

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região



v. 27 n. 9/10 setembro/outubro 2015

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 27	n. 9/10	p. 1/258	setembro/outubro 2015
---------	----------	-------	---------	----------	-----------------------

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – Diretor

Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/Cojud

Supervisão

Luciana Fernandes Menezes – Supervisora/Serev

Edição

Ana Clara de Barros Balsalobre

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Leandro Scapellato Cruz

Maria Aparecida Guimaraes 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/portaltf1/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)

Desembargador Federal Adhemar Maciel
abril/1989 – novembro/1992

Desembargador Federal Catão Alves
novembro/1992 – outubro/1993

Desembargador Federal Leite Soares
novembro/1993 – junho/1994

Desembargador Federal Tourinho Neto
junho/1994 – abril/1997

Desembargador Federal Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999

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

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

Desembargador Federal Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005

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

Desembargador Federal Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007

Desembargador Federal Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009

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

Desembargador Federal Ítalo Mendes
outubro/2010 – maio/2012

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



Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
a partir de maio/2014

Técnicas procedimentais do processo justo nos tribunais do Brasil, **11**

Souza Prudente

Investidura em cargo público postergada judicialmente e o processo como fonte autônoma de danos – abordagem crítica da repercussão geral no Recurso Extraordinário 724.347, **13**

Luciano de Castro Lamego

Inovações Legislativas

Lei 13.166, de 1º/10/2015.

Lei 13.167, de 06/10/2015.

Lei 13.168, de 06/10/2015.

Lei 13.169, de 06/10/2015.

Medida Provisória 692, de 22/09/2015.

Medida Provisória 694, de 30/09/2015.

Decreto 8.535, de 1º/10/2015.

Decreto 8.536, de 02/10/2015.

Decreto 8.538, de 06/10/2015.

Decreto 8.539, de 08/10/2015.

Acórdãos — Inteiros Teores

Corte Especial – Arguição de inconstitucionalidade. Lei 9.665/1998, art. 1º, inciso I, **23**

Numeração única: 0033261-97.2005.4.01.3400

Arguição de Inconstitucionalidade 2005.34.00.033668-2/DF

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal João Batista Moreira

Corte Especial – Antecipação dos efeitos da tutela reintegrando a agravante na posse de imóvel. Agravo de instrumento julgado pelo colegiado. Perda superveniente do objeto da impetração, **30**

Mandado de Segurança 0053418-91.2014.4.01.0000/MA

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Primeira Seção – Servidor público federal. Revisão geral de remuneração. Vantagem Pecuniária Individual. Irredutibilidade real. Princípio da isonomia, **35**

Numeração única: 0004504-59.2007.4.01.4100

Embargos Infringentes 2007.41.00.004507-0/RO

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Primeira Seção – Alvará judicial. Resíduos de benefícios. Ausência de citação do INSS. Afronta ao art. 1.105 do CPC, **50**

Numeração única: 0020052-52.2000.4.01.0000

Mandado de Segurança 2000.01.00.017048-3/MG

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

Segunda Seção – Desapropriação indireta. Terras indígenas, 52

Numeração única: 0043891-72.2001.4.01.0000

Embargos Infringentes em AC 2001.01.00.031009-2/MT

Relator: Desembargador Federal Ítalo Mendes

Segunda Seção – Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Fase de cumprimento de sentença. Processamento. Juízo prolator da sentença, 66

Conflito de Competência 0025924-23.2015.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Terceira Seção – FGTS. Expurgos inflacionários. Rescisão do julgado. Rejulgamento. Deferimento de diferença. Sucumbência recíproca. Compensação de honorários, 68

Numeração única: 0004290-54.2004.4.01.0000

Ação Rescisória 2004.01.00.006315-4/MG

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

Terceira Seção – Obrigação de retirada de embarcação naufragada. Ilegitimidade do Ministério Público Federal. Incompetência absoluta do juízo. Ilegitimidade passiva do adquirente da coisa. Ausência de responsabilidade, 73

Ação Rescisória 0018727-51.2014.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Quarta Seção – Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Eletrobrás. Conversão dos créditos em ações. Diferença de correção monetária, 76

Ação Rescisória 0003092-35.2011.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Quarta Seção – CSLL. Compensação. Coisa julgada. Inconstitucionalidade da Lei 7.689/1998 reconhecida em anterior mandado de segurança, 86

Numeração única: 0004002-87.2001.4.01.3500

Embargos Infringentes 2001.35.00.004002-2/GO

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

Primeira Turma – Servidor público federal. Demissão. Declaração de Imposto de Renda. Omissão de rendimentos para ocultação de ilícita acumulação de cargos públicos. Má-fé caracterizada. Falta disciplinar grave, 87

Apelação Cível 0045928-08.2011.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Primeira Turma – Pensão por morte. Membro de câmara municipal. Ausência da condição de segurado, 92

Numeração única: 0022186-85.2009.4.01.9199

Apelação/Reexame Necessário 2009.01.99.023339-0/MT

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Segunda Turma – Servidor público federal. Pensão por morte. União estável. Companheiro homossexual. Comprovação de requisitos, 94

Reexame Necessário 0009156-41.2010.4.01.3801/MG

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Segunda Turma – Aposentadoria por invalidez. Acréscimo de 25%. Comprovação de necessidade de assistência de terceiro na vida diária, 96

Apelação/Reexame Necessário 0005674-11.2012.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

Terceira Turma – Operação sanguessuga. Formação de quadrilha. Lavagem de dinheiro. Fraude à licitação. Ex-parlamentar, 99

Numeração única: 0013840-35.2007.4.01.3600

Apelação Criminal 2007.36.00.013840-1/MT

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Relatora p/ acórdão: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

Terceira Turma – Reclamação trabalhista. Determinação judicial. Descumprimento. Ameaça à liberdade de locomoção não demonstrada, 114

Habeas Corpus 0025148-23.2015.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal George Ribeiro da Silva (convocado)

Quarta Turma – Improbidade administrativa. Ministério da Saúde. Verba do SUS. Desvio de finalidade. Município em estado de emergência. Enchentes. Utilização da verba federal em atividades que deveriam ser custeadas com recursos da municipalidade, 117

Numeração única: 0000179-45.2010.4.01.4000

Apelação Cível 2009.40.00.009165-8/PI

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Quarta Turma – Levantamento fraudulento de precatório. Prejuízo suportado pela Caixa Econômica Federal, 124

Apelação Criminal 0002399-27.2011.4.01.3500/GO

Relator: Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado (convocado)

Quinta Turma – Área de Preservação Permanente. Suspensão de atividades agressoras ao meio ambiente. Cumulação de obrigação de fazer (reparação) e de não fazer (inibição de qualquer ação antrópica sem o regular licenciamento ambiental). Irretroatividade do novo Código Florestal, 130

Numeração única: 0001138-96.2008.4.01.3802

Apelação Cível na Ação Civil Pública 2008.38.02.001138-3/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Quinta Turma – Falecimento em acidente automobilístico ocorrido em rodovia federal, em decorrência da má sinalização da via. Omissão do Poder Público. Danos morais, 148

Apelação/Reexame Necessário 0002128-82.2011.4.01.3802/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Sexta Turma – Dever da União e do Estado de fiscalização de fábrica de fogos de artifício. Danos materiais. Danos morais, 154

Numeração única: 0021826-72.2004.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2004.33.00.021829-9/BA

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Sexta Turma – Busca e apreensão de menor. Criança transferida ilicitamente para o Brasil. Convenção de Haia. Restituição ao país de moradia anterior, 163

Numeração única: 0019586-89.2009.4.01.3800

Apelação Cível 2009.38.00.020164-3/MG

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

Sétima Turma – Repasse de verbas relativas ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Coeficiente. Levantamento populacional. Competências do IBGE e TCU, 169

Numeração única: 0005881-38.2006.4.01.3700

Apelação/Reexame Necessário 2006.37.00.006149-7/MA

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Sétima Turma – Ordem dos Advogados do Brasil. Processo administrativo disciplinar. Ausência de prestação de contas a cliente, 177

Numeração única: 0001287-03.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.001289-0/DF

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses

Oitava Turma – Tarifa de conexão. Utilização da estrutura aeroportuária. Remuneração. Sistema de rotas. Estratégia empresarial, 178

Apelação Cível 0034839-17.2013.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Oitava Turma – Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – Tipi. Bebida láctea destinada à alimentação humana. Revisão do enquadramento fiscal da mercadoria pela Receita Federal, 181

Apelação Cível 0033557-46.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Decisões Monocráticas

189

Indenização aos adquirentes de imóveis financiados com recursos do Programa Minha Casa Minha Vida. Paralisação das obras, 189

Agravo de Instrumento 0044201-87.2015.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Fies. Disponibilidade orçamentária. Contratos novos, 191

Agravo de Instrumento 0045897-61.2015.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

Suspensão de contratos administrativos. Aquisição dos capacetes balísticos, 197

Agravo de Instrumento 0045650-80.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Analistas legislativos – atribuição médico. Cumprimento da jornada de trabalho de apenas 20 (vinte) horas semanais, 200

Agravo de Instrumento 0032265-65.2015.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Sindicato dos Servidores do Ministério Público do Estado de Rondônia – Sinsempro. Reconhecimento do direito à transposição aos quadros federais. EC 60/2009. Pagamento dos valores retroativos, 202

Medida Cautelar Inominada 0042779-77.2015.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Sindicato Nacional dos Fiscais Federais Agropecuários. Reposição ao Erário de valores recebidos, 204

Medida Cautelar Inominada 0031818-77.2015.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Inscrição do impetrante na OAB-PA. Art. 30, I da Lei 8.906/1994, 208

Apelação/Reexame Necessário 0006128-54.2013.4.01.3900/PA

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

Redução da jornada de trabalho para acompanhamento de filho menor, diagnosticado com autismo severo, 209

Agravo de Instrumento 0015667-36.2015.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado)

Recolhimento das contribuições previdenciárias – retenção de 11% sobre as notas fiscais emitidas. Isenção. Art. 31 da Lei 8.212/1991, 211

Agravo de Instrumento 0027489-22.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

SUS. Tratamento preparatório para a realização da cirurgia bariátrica, 214

Agravo de Instrumento 0022516-24.2015.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Suspensão de ato administrativo. Pena de inidoneidade de licitar e contratar com a Administração Pública, 216

Agravo de Instrumento 0054083-73.2015.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Conselho de Defesa Econômica – Cade. Processo administrativo. Apuração da existência de cartel, 218

Agravo de Instrumento 0032996-61.2015.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

Permuta de escrivão para cartório extrajudicial. Irregularidade. Ausência de concurso público, 223

Agravo de Instrumento 0052724-88.2015.4.01.0000/AM

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Sindicato dos Trabalhadores da Fundação Universidade de Brasília – Sintfub. Movimento grevista. Determinação de desobstrução do acesso aos prédios da UnB. Cominação de multa diária, 226

Petição 0033740-56.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Aneel. Suspensão da exigência de aporte financeiro. Valores decorrentes de outras decisões judiciais, 227

Agravo de Instrumento 0047523-18.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

ONS. Aneel. Suspensão da exigibilidade da multa, independentemente do oferecimento de garantia. Impedimento da inscrição no cadastro de inadimplentes, 231

Agravo de Instrumento 0051382-42.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Preços máximos para os serviços de praticagem. Direito de negociar livremente a remuneração com os tomadores dos serviços, 233

Agravo de Instrumento 0048699-32.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

JEFs em Revista

237

Prescindibilidade de perícia judicial prévia para concessão de tutela antecipada em demandas versando sobre auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, 237

Numeração única: 0064689-92.2008.4.01.3400

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2008.34.00.922076-1

Relator: Juiz Federal Márcio Braga Magalhães

Resíduo de 3,17%. Reestruturação de carreira. Lei que não importou em reestruturação, 239

Numeração única: 0057803-75.2007.4.01.3800

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2007.38.00.718743-3/MG

Relator: Juiz Federal Márcio Braga Magalhães

Apuração de infrações penais no âmbito do Senado Federal. Aproveitamento de perícia já realizada pelo Senado. Ato discricionário da autoridade policial federal.

Apropriação indébita. Depósito de bem fungível. Desaparecimento de grãos.

Desconto indevido de parcelas de pensão alimentícia. Responsabilidade objetiva do Estado. Dano moral.

Pensão por morte. Menor. Guarda de fato. Impossibilidade de concessão do benefício.

Execução de sentença. Honorários sucumbenciais. Direito exclusivo e autônomo do advogado (falecido) que atuou com exclusividade na fase de conhecimento. Transmissão aos sucessores/herdeiros.

Servidor público. Reajuste geral anual. Necessidade de lei específica de iniciativa do presidente da República. Indenização por omissão legislativa.

Evasão de divisas. Exportação de mercadorias. Ausência de comprovação de liquidação do contrato de câmbio. Ingresso das divisas em território nacional.

Passagem forçada. Situação de encravamento do imóvel.

Uso excessivo e imotivado de força policial. Comunidades quilombolas e segmentos da sociedade civil. Dano moral coletivo.

Recursos repassados pela Petrobrás a título de fundo especial. Incompetência do Tribunal de Contas da União para fiscalizar a aplicação dos recursos pagos ao município.

Aquisição internacional de equipamentos de informática. Responsabilidade do CNPq pelos prejuízos causados. Enriquecimento sem causa. Exigência de perícia contábil.

Ação civil pública. Concurso público. Reserva de vagas a candidatos portadores de necessidades especiais. Limites estabelecidos. Certame expirado. Compensação de reserva de vagas em concursos futuros.

Ação civil pública. Execução provisória de sentença. Prisão administrativa e deportação imediata de estrangeiro.

Direito de participação no recebimento de *royalties* marítimos.

Plano de saúde. Ressarcimento de gastos com medicamento de alto custo. Autogestão. Exclusão da cobertura.

Conselho Regional de Medicina. Fertilização *in vitro*. Planejamento familiar. Constituição Federal, art. 226, § 7º. Vedação à doação de óvulos por pessoa não anônima. Falta de regulamentação legislativa.

Serviço de telefonia fixa comutado. Bloqueio de terminal. Impossibilidade de cobrança de tarifa de assinatura básica. Ausência de serviço.

Concurso público. Retardo mental leve. Deficiência física caracterizada.

Ordem dos Advogados do Brasil. Quinto constitucional. Lista sêxtupla. Votação aberta. Vício na composição do conselho.

Ordem dos Advogados do Brasil. Exame de ordem. Membro da magistratura ou Ministério Público. Estrangeiro. Dispensa.

Técnicas procedimentais do processo justo nos tribunais do Brasil

Souza Prudente*

Visando o cumprimento das garantias constitucionais da *razoável duração do processo com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação e o acesso pleno e oportuno à Justiça* na determinação da Carta Política Federal de que *“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”* (CF, art. 5º, incisos XXXV, LXXVIII e respectivo § 1º), os tribunais do Brasil devem adotar *as técnicas procedimentais necessárias à realização do processo justo*, para a rápida e eficaz resolução dos conflitos que lhes são submetidos, mediante a instrumentalidade do devido procedimento legal, como direito de todos e dever do Poder Judiciário republicano.

Nesse contexto, recomenda-se a prática diuturna e racional nos gabinetes dos tribunais, na ordem seguinte:

1 - *Triagem de todos os feitos processuais existentes no gabinete, a começar, prioritariamente, pelo acervo dos processos deixados pelo juiz antecessor*; 2 - *Redistribuição dos feitos distribuídos equivocadamente aos órgãos de jurisdição regimentalmente incompetentes, evitando-se, desse modo, uma injusta demora no julgamento desses feitos judiciais, indevidamente alocados pela distribuição do tribunal ao relator integrante do órgão fracionário que não tem competência regimental para julgá-los*; 3 - *Triagem de todos os feitos processuais do gabinete, classificando-os por matéria, a fim de possibilitar o julgamento conjunto perante a sessão competente, evitando-se, assim, o julgamento pulverizado desses feitos portadores de matéria idêntica*; 4 - *Triagem com prioridade para o julgamento dos feitos apontados pelas preferências legais, inclusive, aqueles feitos arrolados no comando do art. 1.211-A do CPC vigente*; 5 - *Triagem e julgamento prioritário de todos os feitos de ações coletivas, que veiculam interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, em face do relevante interesse público e do fenômeno de repercussão geral que dominam esses processos*; 6 - *Rigorosa triagem dos feitos portadores de pedidos de antecipação de tutela de urgência cautelares, satisfativas e de eficácia mista, para o julgamento imediato e consequente cumprimento das decisões judiciais portadoras dessas tutelas específicas,*

no mais elevado nível da garantia constitucional da razoável duração do processo e do acesso pleno e oportuno à Justiça (CF, art. 5º, incisos XXXV, LXXVIII e respectivo § 1º); 7 - *Rigorosa triagem diuturna de todos os feitos processuais que aportam no gabinete apenas em grau de remessa necessária, sem recurso voluntário, para julgamento, também, prioritário, por se tratar de feitos já solucionados definitivamente no juízo de origem e assim desprovidos de caráter litigioso (*processo sem lide*), revelando-se como o mais injusto dos processos em tramitação perante os tribunais do Brasil*; 8 - *Triagem para urgente apreciação de todos os processos originários e recursos processuais em trâmite no gabinete, que devam ser julgados *monocraticamente pelo relator*, negando-lhes ou dando-lhes provimento, nos termos do art. 557, *caput* e respectivo § 1º do CPC vigente, bem assim sob o comando determinante dos paradigmas jurisprudenciais firmados pelos Tribunais Superiores (STF e STJ), no fenômeno processual dos feitos repetitivos e de repercussão geral e ainda de acordo com as normas regimentais aplicáveis na espécie*; 9 - *Triagem diuturna dos embargos de declaração e agravos regimentais em feitos virtuais e físicos, visando solucioná-los com presteza nas sessões de julgamento seguintes a seus ajuizamentos, independentemente de pauta*; 10 - *Triagem constante dos recursos de agravo de instrumento, tanto os virtuais quanto os físicos, no sentido de verificar e decretar sua perda de objeto, em face da resolução, por sentença, do processo principal, perante o juízo da instância originária*; 11 - *Triagem dos feitos judiciais por antiguidade na distribuição ao gabinete do relator, visando o julgamento prioritário, com base nas metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em face das secantes realizadas pelas prioridades anteriormente aqui apontadas neste sumário procedimental*; 12 - *Distribuição racional das atividades de cada servidor do gabinete, observando-se seu preparo intelectual, habilidades técnicas e capacidade produtiva na resolução das tarefas que lhes são atribuídas no interesse maior do serviço da Justiça.*

A condução dessas atividades procedimentais por um *magistrado corajoso e funcionalmente independente garante a segurança jurídica de todos, no Estado Democrático de Direito.*

Como se vê, a racionalização das técnicas procedimentais nos gabinetes dos tribunais

*Desembargador Federal; graduado no Curso de Direito do Largo São Francisco (Arcadas/USP/SP); professor decano do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília; mestre e doutor em Direito Público-Ambiental pela Universidade Federal de Pernambuco.

integrantes da organização institucional do Poder Judiciário republicano, no Estado Democrático de Direito, possibilita, no esforço conjunto do reduzido quadro de servidores atuantes na atividade-fim de cada gabinete, a melhor solução *para se combater o odioso fenômeno de morosidade da Justiça*, na linha de eficácia plena da *garantia fundamental da razoável*

duração do processo, com os meios criativos que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII), visando sempre a tutela dos direitos, em tempo oportuno, para o acesso pleno à tão sonhada Justiça (CF, art. 5º, XXXV).

Brasília (DF), em 11 de agosto de 2015.

Investidura em cargo público postergada judicialmente e o processo como fonte autônoma de danos — abordagem crítica da repercussão geral no Recurso Extraordinário 724.347

Luciano de Castro Lamego*

Resumo

O texto contém abordagem crítica do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral do Recurso Extraordinário 724.347. Decidiu a Suprema Corte brasileira que o candidato empossado tardiamente em cargo público efetivo, por efeito de decisão judicial, não tem direito a receber reparação pecuniária. A decisão propicia crítica, bem como requer revisão de tese de acordo com o art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil e 327, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 724.347. Responsabilidade do Estado por ato lícito. Investidura em cargo público postergada pela atuação judicial do Estado. Reparação do dano. O processo como fonte autônoma de danos.

1 Introdução

1.1 O filtro da repercussão geral

A criação do instituto jurídico da repercussão geral pela Emenda Constitucional 45/2004 tem origem primária na necessidade de se resolver a ostensiva crise de funcionalidade que acomete o Supremo Tribunal Federal. A crise reflete o desfecho judiciário do fenômeno sociológico que Boaventura de Souza Santos (1993) denominou de explosão de litigiosidade — crise em grande parte causada a) pela cultura do litígio; b) pelo próprio Estado, que cria o ordenamento jurídico, mas recusa-se a se submeter espontaneamente a ele; e, considerada a competência do Supremo Tribunal Federal, exercida em sede de recurso extraordinário, c) pela existência de uma Constituição analítica.

Com o novel instituto, o acesso à jurisdição da Suprema Corte, por meio de recurso extraordinário, dependerá, além do preenchimento dos demais requisitos legais, regimentais e sumulares, da demonstração, em tópico apartado da petição recursal, da transcendência e da relevância da tese que se

pretende ver apreciada, ou seja, demonstrar que o recurso extraordinário contém questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que estas ultrapassem os interesses subjetivos da causa, nos termos do art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil.

A par da opção incontestável do Poder Constituinte originário por Constituição analítica e rígida, é intuitivo que o produto da opção traz, a reboque, um amplo leque de matérias de hierarquia constitucional e que mais dia, menos dia, as lides constitucionais desafiarão a jurisdição da Suprema Corte. Assim, o filtro processual introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, o estreito crivo por ele criado e o elevado grau de afetação que é inerente a uma repercussão geral impõem aos membros do Supremo Tribunal Federal um ônus qualificado no seu processo de produção, sob pena de, a pretexto da aplicação do filtro, propiciar-se o fechamento do protocolo da Corte, em caso de desajuste, imprecisão ou inadequada seletividade da tese proclamada. O atual modelo do filtro da repercussão geral permite esta distorção, pois, fixada a tese pelo Supremo Tribunal Federal, é definitiva e irrecurável para esta Corte a decisão *a quo* que, a pretexto do juízo de admissibilidade, aplica a repercussão geral a recurso extraordinário então interposto (AI 760358 QO – relator Min. Gilmar Mendes – Tribunal Pleno).

2 Desenvolvimento

2.1 Da Repercussão Geral RE 724.347

Apreciando a Tese 671, o Supremo Tribunal Federal decidiu em repercussão geral que o candidato empossado em cargo público, por efeito de decisão judicial, não tem direito a reparação pelo retardamento da investidura, ressalvada arbitrariedade patente. Trata-se do Recurso Extraordinário 724.347, que recebeu a relatoria do Ministro Marco Aurélio e relatoria para acórdão do Ministro Roberto Barroso. Assim foi ementado o acórdão:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO POR

* Advogado.

FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. 1. Tese afirmada em repercussão geral: na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante. 2. Recurso extraordinário provido (RE 724347 – Relator Min. MARCO AURÉLIO - Relator p/ Acórdão Min. ROBERTO BARROSO – Tribunal Pleno – Pub. 13/05/2015).

No caso representativo desta repercussão geral, em sua origem, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao decidir recurso de apelação, assentou que os recorrentes, servidores públicos estatutários empossados em seus cargos por efeito de decisão judicial, têm direito a receber reparação pecuniária em valor que espelhe os vencimentos não recebidos, desde a data em que deveriam ter sido empossados até a data da investidura, *“descontando-se os rendimentos eventualmente recebidos durante esse tempo em razão do exercício de outro cargo público inacumulável ou de atividade privada”*.

Diante da decisão desfavorável, a União manejou recurso extraordinário, alegando violação ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal e argumentando a imprescindibilidade do efetivo exercício do cargo para viabilizar a retribuição pecuniária, sob pena de se propiciar enriquecimento sem causa.

Duas correntes antagônicas se apresentaram. A primeira, capitaneada pelo Ministro Marco Aurélio, relator original e seguida pelo Ministro Luiz Fux, que negaram provimento ao recurso fazendário, e a segunda, a partir da divergência aberta pelo Ministro Roberto Barroso, que acolhia o recurso.

O voto do relator originário, o Ministro Marco Aurélio, de perfil reconhecidamente dogmático, foi assim ementado:

CONCURSO PÚBLICO – ÓBICE ADMINISTRATIVO ILEGÍTIMO – CONTROLE JUDICIAL – NOMEAÇÃO E POSSE TARDIAS – INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – CABIMENTO – ARTIGO 37, § 6º, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Envolvidas nomeação e posse tardias, ante ato administrativo reconhecido como ilegítimo em decisão judicial transitada em julgado, incumbe ao Estado, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, indenizar o cidadão lesado, tendo-se por critério de quantificação o que deixou de auferir no período, subtraídos valores recebidos em razão da ocupação de cargo público ou de emprego na iniciativa privada.

Para negar provimento ao recurso extraordinário interposto pela União, o Ministro Marco Aurélio argumentou que o obstáculo ao exercício legítimo

do cargo público pelos servidores, tardiamente empossados, deveu-se a ato administrativo ilícito, assim reconhecido por meio de decisão judicial passada em julgado.

Afirmou, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição da República, que é dever do Estado reparar o patrimônio do cidadão, desfalcado por conta de ato ilícito praticado pela Administração Pública. Nas suas palavras, consignou o ministro relator:

O precedente revela, a mais não poder, a caracterização, pelo Supremo, da responsabilidade da Administração e o correlato dever de indenizar quando reconhecida a ilegitimidade de ato administrativo por meio do qual se obstaculiza exercício de direito a cargo público, havendo de ser fixada a indenização a partir da soma das parcelas remuneratórias que o cidadão haveria percebido se nomeado e empossado em ocasião própria.

Além da argumentação de ordem constitucional, ou seja, da aplicação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal ao caso, o ministro relator trouxe outro argumento de ordem lógica, ou seja, de não conter os autos o pedido de pagamento de remuneração:

A remuneração não é o objeto do pedido, mas critério para quantificar-se a reparação. A duas, porquanto a responsabilização civil se impõe, por força de norma constitucional, como maneira de minimizar efeitos patrimoniais indesejados causados por conduta de agente público. Afastar o direito à indenização implicaria, em última análise, negar vigência ao próprio preceito constitucional sem que a Carta da República preveja exceção.

Inaugurando a divergência, o Ministro Roberto Barroso, louvando-se no parecer ofertado pelo procurador-geral da República, proferiu voto no sentido do provimento do recurso extraordinário interposto pela União, adotando como argumento central a impossibilidade de enriquecimento ilícito, pois o acolhimento do pedido dos servidores públicos recorridos implicaria o pagamento de vencimentos sem o respectivo exercício funcional. Secundariamente, o Ministro Roberto Barroso sustentou *“o possível impacto financeiro da decisão a ser tomada”*.

Ressaltou-se em seu voto, entretanto, a reparação em situações de patente arbitrariedade, como

[...] descumprimento de ordens judiciais, litigância meramente procrastinatória, má-fé e outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições, ocorrem fatos extraordinários que exigem reparação adequada [...].

A argumentação prevalecente na Repercussão Geral do Recurso Extraordinário 724.347 predispõe o

standard à crítica e esta se revela não apenas possível, mas necessária, pela constatação da existência de dupla ordem de fragilidades argumentativas. A primeira é de ordem *formal* e diz respeito à legitimidade do exercício do *jus dicere*, reclamando abordagem pela ótica dos pressupostos dogmático-legais, assim como pelo prisma da aptidão lógico-persuasiva da decisão, ambas inerentes à função jurisdicional. Quanto ao aspecto *material*, é possível apontar a firme inadequação entre o conteúdo da tese vencedora e o argumento constitucional eleito para tanto, qual seja, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

2.2 Da crítica formal

2.2.a Da fragilidade dogmático-legal

“Não há Estado sem poder” (Temer, 2003, p. 117) e na repartição orgânica do poder estatal, no tocante ao ato formal e materialmente jurisdicional, o órgão judicante, diferentemente do que ocorre nos demais Poderes, não retira sua legitimidade do mandato popular (Bonavides, 1996, p. 116). Retira-a diretamente da Constituição da República. Bem por isto, o órgão judicial não está sujeito a *accountability* no âmbito da opinião pública. Não é inerente à investidura do membro do Poder Judiciário o mandato popular, por meio do qual é possível e permitido aos seus detentores proceder a escolhas tipicamente governamentais, e, dentre elas, escolher, inclusive, o que é ruim, para se evitar uma escolha trágica.

Diferentemente, no processo de decisão, o órgão judicial investido em suas funções busca legitimidade na eleição de critérios decisórios dogmáticos e científicos e por isto o processo de seleção para a investidura dos membros do Poder Judiciário pressupõe a sindicância pública do domínio de conhecimentos e habilidades técnicas e científicas por parte do candidato. Longe de representar qualquer exercício de retórica, a realidade exposta tem por objetivo tão somente lembrar que o produto da função jurisdicional é resultado do emprego de método científico dogmático-legal (ex: pressupostos processuais e condições da ação) e a sua legitimidade decorre de argumentação lógico-dedutiva sustentável e sustentada por necessária e objetiva racionalidade (ex: fundamentação das decisões).

Pois bem. Como dito, a decisão proferida na Repercussão Geral 724.347 viabilizou a crítica por dois ângulos formais distintos: o primeiro é de ordem dogmático-legal e o segundo de caráter lógico-persuasivo.

Quanto ao primeiro aspecto, o ponto de partida é o caráter inequivocamente *extra petita* dos votos vencedores. Com efeito, como exposto pelo Ministro Marco Aurélio ao relatar o caso, os servidores públicos recorridos ingressaram com ação ordinária visando reparação pecuniária, em valor que espelhe os vencimentos não recebidos, desde o momento em que deveriam ter sido empossados até a data da investidura e o fizeram com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, na regra que veicula a responsabilidade civil do Estado.

Apesar do pedido certo formulado pelos autores da ação ordinária, consistente em reparação de natureza civil, por conduta estatal ensejadora de dano, a estrutura argumentativa dos votos vencedores cuidou de coisa diversa, qual seja, consistiu na impossibilidade de deferir o pagamento de vencimentos a servidor público sem o respectivo desempenho das funções.

Todavia, há de se levar em conta a diferença substancial entre o pedido de reparação civil, formulado com fundamento na regra da responsabilidade patrimonial do Estado pelo dano e o pedido de pagamento de vencimentos, que tem sede legislativa diversa e inequívoco *caráter funcional-estatutário*.

De fato, ordinariamente, pagamento de vencimentos constitui exclusiva retribuição por trabalho efetivamente prestado. Entretanto, fosse este o pedido formulado na ação ordinária, a fundamentação reclamaria o exame da legislação infraconstitucional, no caso, o art. 40 da Lei 8.112/1990, uma vez que os litigantes recorridos integram a Administração Pública federal. Conforme dispõe o dispositivo em referência, “*Vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei.*”

Percebe-se que esta não foi a lide submetida ao crivo do Poder Judiciário. Para decidir este objeto, faltaria à Corte Suprema o pressuposto da previsão constitucional expressa da competência para o julgamento do recurso extraordinário. Os votos vencedores, ao afirmarem nuclearmente a inexistência de direito à reparação pecuniária, por ausência da prestação laboral, inequivocamente incorreram em duplo vício, seja o vício da incompetência jurisdicional, seja o vício do julgamento *extra petita*.

Como se percebe, o viés argumentativo apontado não apenas fragiliza, mas infirma a decisão abordada, pois — obtida em julgamento *extra petita*, torna-a também ilegítima, por não advir de processo decisório alicerçado em argumentação dogmático-legal.

2.2.b Da fragilidade lógico-persuasiva

Superando a abordagem estritamente dogmática e legal, é possível também formular crítica pelo ângulo lógico-persuasivo, considerado o alerta feito inicialmente, ao propósito de um específico método de produção de decisões judiciais, informado por uma incontornável racionalidade argumentativa.

Com efeito, partindo-se do argumento central contido na repercussão geral, no sentido de que a ausência de prestação laboral afasta o direito à reparação pecuniária, é possível apontar contradição insuperável, capaz de lhe subtrair a consistência lógico-argumentativa, necessária à legitimidade do ato decisório estatal, bem como a sua validade como decisão judicial, observada esta pela ótica do imperativo constitucional da motivação válida (racional).

Como é sabido, a independência dos órgãos judiciais materializa-se, dentre outras coisas, pelo exercício do livre convencimento motivado, que se expressa pela necessária fundamentação das decisões judiciais, a teor do art. 93, IX, da Constituição Federal. Se o ordenamento jurídico consiste em sistema de normas e valores articulados por perfeita racionalidade, é correto afirmar também que a fundamentação das decisões judiciais deva expressar uma perfeita, ou, no mínimo, uma aceitável racionalidade, sob pena de incorrerem em a) patologia constitucional da ausência, insustentabilidade ou insuficiência de motivação e, b) ilegitimidade como ato judicial estatal.

Pois bem, sem maior esforço interpretativo, observa-se que o argumento vencedor, invocado pelo Ministro Roberto Barroso, no sentido de que a ausência de prestação laboral afasta o direito à reparação pecuniária, contém fundamento visivelmente insustentável, do ponto de vista lógico, para negar o pedido de reparação de danos materiais.

Ora, do ponto de vista da lógica ao menos razoável que deve qualificar os atos decisórios jurisdicionais, como se poderia eleger simultaneamente o resultado da conduta estatal, ou seja, a impossibilidade de efetivo exercício no cargo público, como sendo também a causa excludente do dever de indenizar (reparar)? Tal construção lógica, que serviu de fundamento para erigir toda a árvore argumentativa da repercussão geral de que se trata, por exalar contradição evidente, não passa pelo rigoroso crivo na necessária motivação, se por esta se deve entender argumentação racional, idônea a justificar a decisão adotada.

2.3 Da crítica ao argumento substantivo

Ultrapassando a abordagem formal da decisão proferida na Repercussão Geral do Recurso Extraordinário 724.347, que diz respeito à sua legitimidade e sustentabilidade lógica, é possível também examinar a questão pelo seu desacerto material, ou seja, pela sua contrariedade a valores constitucionalmente consagrados na Carta Magna.

2.3.a Da responsabilidade patrimonial do Estado – licitude, ilicitude e antijuridicidade

Na base da regra emergente do regime jurídico geral da responsabilidade aquiliana está a prática de um ato ilícito. Consoante o art. 186 do Código Civil. *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

No âmbito da Constituição Federal, o art. 37, § 6º, consagra a regra da responsabilidade estatal e diferentemente do que ocorre no direito privado, em que é pressuposto da responsabilidade a prática de um ato ilícito, quando se trata da responsabilidade do Estado,

[...] no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da sociedade [...] (Di Pietro, 2009, p. 638).

A propósito consignou o saudoso Prof. Celso Ribeiro Bastos que “O Estado, na verdade, hoje responde por qualquer ato causador de dano. (1996, p. 190).

É certo dizer, com esteio no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que o plano da *antijuridicidade* abarca tanto a *ilicitude* quanto a *licitude* das condutas, sempre que da ação resultar dano, como se depreende da norma em questão, cuja descrição normativa não contém o *ato ilícito*. Objetivamente,

É que não nos podemos esquecer de que a função da responsabilidade civil é privilegiadamente reparadora: o propósito principal é o de reparar danos e não o de sancionar condutas [...] (Cortez, 2000, p. 54).

E não poderia ser de outra forma, pois, no que pertine ao regime jurídico de direito público, diferentemente do particular, que se lhe faculta fazer tudo que não seja proibido, a Administração Pública só pode fazer o que a lei determina. E assim pode ocorrer que o agir no seu exclusivo universo de atuação possível, ou seja, na enormidade de atos e fatos a ela cometidos por lei, a potestade pública cause dano ao

particular. Assim ocorrendo, sob a ótica do art. 37, § 6º, da Lei Maior, nasce, por igual, o dever de reparar o dano.

Então se pode afirmar que o acerto ou o desacerto da decisão abordada não reclama saber a licitude ou ilicitude da *causa petendi* — ou *causa remota* (Theodoro Junior, 1998, p. 64), qual seja, do ato administrativo que impediu a posse dos candidatos ao cargo público licitado. Afinal, a ilicitude do ato administrativo restou configurada e foi procedida a investidura no respectivo cargo público.

O que há de ser respondido é se, à luz do art. 37, § 6º, da Lei Maior, a questão revolve-se *somente* com a posse dos candidatos litigantes, considerando-se que da atuação judicial na defesa do interesse primário da Administração Pública — ainda que formalmente legítima, decorreu longo lapso temporal e que devido a ambos os fatores — a resistência da fazenda pública e o transcurso do tempo — os litigantes foram impedidos do exercício de seus cargos públicos por longo período.

Do ponto de vista de seu destinatário, o *cargo público efetivo* é um complexo de bens e direitos e que tem como marco inicial de sua fruição o instante a partir do qual o seu titular pode ou deveria *no cargo* ser investido. E apenas para exemplificar podem ser citados o direito líquido e certo à nomeação (RE 598099 – Relator Min. Gilmar Mendes – Tribunal Pleno, Repercussão Geral – Mérito – Pub. 03/10/2011), à remuneração, à contagem do tempo de serviço para fins previdenciários (vide Emendas Constitucionais 20, 41 e 47), o direito à estabilidade, às progressões na carreira, às vantagens funcionais que têm como fator de apuração o elemento *tempo de serviço*, dentre outras, dependendo do regime jurídico estatutário ao qual o servidor esteja atrelado.

Com efeito, quem decide empreender o ingresso em cargo público efetivo confia na promessa do edital do concurso. Para tanto investe tempo, recursos financeiros, morais e emocionais, abdica da vida social e, não raras vezes, do convívio com a própria família, tudo para viabilizar o projeto de vida, como bem retratou o Ministro Marco Aurélio dos autos do emblemático Recurso Extraordinário 598.099:

Os candidatos, disse então, almejando melhoria, quer sob o ângulo profissional, quer sob o ângulo econômico, quase sempre dedicam-se com exclusividade aos estudos. Um concurso público é uma verdadeira via crucis, especialmente quando em jogo cargos de difícil acesso, como são os compreendidos no âmbito da magistratura, do Ministério Público, das Defensorias e das

Procuradorias estaduais. Desligam-se das atividades que viabilizam o próprio sustento, passando a depender dos familiares, cuja convivência, ainda que de forma momentânea, sacrificam em face da eleição de um objetivo maior. Por outro lado - ressaltei-, vem à balha o princípio da boa-fé, nos parâmetros constantes das normas regedoras do concurso, procedimento que é antecedido da análise nas chances havidas. Confiam no todo poderoso Estado – Recurso Extraordinário 192.568, Segunda Turma.

Considerando-se que o Estado responde por danos, ainda que estes sejam causados pelos atos lícitos de seus órgãos, para se validar a formulação extraída dos votos vencedores segundo a qual a

[...] *simples existência de um litígio judicial sobre concurso público é fato normal na vida de uma sociedade com instituições, e a defesa judicial pelo Estado de um ponto de vista minimamente razoável, dentro das regras do jogo, não gera dano indenizável* [...],

seria necessário que, *a) imediatamente à prática de ato lesivo, b) se seguisse a própria reparação*, ou seja, que no domínio do tempo, entre um e outro não decorresse lapso temporal cujo transcurso não corresponda, ele mesmo, fator de dano. Ante a realidade judiciária nacional, este não é apenas um sonho distante, mas, outrossim, impossível.

Por esse prisma, o *processo* não pode ser encarado apenas como função da soberania estatal, como direito fundamental proclamado e consagrado na Constituição em seu art. 5º, inciso XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), atividade esta revestida de predicamentos públicos, como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural e o devido processo legal. Quanto a este (*o devido processo legal*) e a sua pertinência ao debate que ora se apresenta, não basta que seja atendida a *forma da lei* para que se alcance a sua finalidade pública e política, pois, o *devido* (*due*) nem sempre propicia o *justo*:

O devido processo legal, assegurado como instrumento indispensável à composição de litígios em juízo, não é visto apenas como uma simples forma de obter o pronunciamento judicial. Somente se entende como tal aquele que se organize e se desenvolva de maneira a cumprir a tarefa que lhe foi reservada, ou seja, a de proteger o direito subjetivo individual de qualquer lesão ou ameaça. O *due process of Law* tem de ser, portanto, o processo justo. (THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 50).

A despeito da missão e da promessa inequivocamente transformadora da realidade,

trazida com a vigência da Constituição Cidadã, a regra emergente da decisão ora examinada frustra esta promessa, ao trazer o velho *status quo*, agora sob a nova roupagem de repercussão geral. E é talvez, por este decepcionante *pensar dentro da caixa*, que esteja o Poder Público governamental à vontade para descumprir a promessa e a missão do Poder Constituinte, sendo a causa primária da litigiosidade que embarga e embaraça o livre funcionamento da máquina judiciária, impedindo-a de se desincumbir de sua missão em tempo socialmente aceitável e necessariamente útil para os litigantes, tudo num desalentador círculo vicioso.

Ante o argumento judicial ora em debate, qual seja, a afirmada inexistência de dano indenizável pela “defesa judicial pelo Estado de um ponto de vista minimamente razoável”, a propósito dos embaraços comodamente criados pela Administração aos candidatos em concursos públicos e a supremacia do controle judicial, presente a chaga da morosidade judiciária — numa batalha perdida, diga-se, observado para tanto a utopia do princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII – CF), a desfecho da repercussão geral ora comentada permite afirmar que o *processo* pode não apenas consistir em *fonte autônoma de bens* (Theodoro Junior, 1998, p. 78), mas, outrossim, em *fonte de danos*, numa inequívoca e bem embalada violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A propósito da *promessa*, da *missão*, do *velho status quo* e da *dignidade da pessoa humana*, vale trazer à colação o pensamento do sempre genial Haroldo Plínio Gonçalves:

A dignidade humana é valor que não se negocia, como realmente sempre o foi, por isso nasce a ânsia de promovê-la. Compreende-se, então, o apelo para que o Direito seja o elemento transformador da sociedade. Mas não se pode esquecer que a sociedade contemporânea não tem a pureza das primitivas, e já não aceita profetas com suas tábuas de leis. Quer fazer o seu destino e quer ser agente da sua história. Seus conflitos são trazidos à luz do dia e resolvem-se no jogo das pressões e das contradições. (1992, p. 11).

O desfecho da repercussão geral ora em comento permite, confortavelmente, afirmar que o *processo* pode, presente na relação processual a fazenda pública, ainda que vencida esta, ser inequívoca e autônoma *fonte de danos*, e o que é pior, dano não reparável.

2.3.b Do possível impacto financeiro

Por fim, ainda do ponto de vista da compatibilidade da decisão comentada com o ordenamento jurídico, cumpre verificar neste modesto trabalho se o segundo argumento elencado na divergência aberta pelo Ministro Roberto Barroso — muito embora assim argumentasse em caráter meramente ancilar, qual seja, “o possível impacto financeiro da decisão a ser tomada” — é válido a justificar a conclusão a que se chegou na repercussão geral.

Neste prisma, por se confrontarem em sede processual o particular e a Fazenda Pública, por se haver outorgado a esta um privilégio material, consistente em blindagem de seu patrimônio em face do possível impacto financeiro, impõe-se saber se a outorga deste especial tratamento, no que o ente público possui de peculiar, se a peculiaridade então especificada na regra jurídica concreta (*standard*) é justificável, considerado para tanto o princípio da igualdade.

Segundo atualizado constitucionalista Kildare Gonçalves Carvalho, referindo Paulino Jacques, “O princípio da igualdade é o que mais tem `desafiado a inteligência humana e dividido os homens” (2011, p. 695). O princípio da igualdade, encontrando-se implícito no ápice da ordem jurídica, é o ponto de partida fundamental da política legislativa. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, eminentíssimo Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que o princípio da igualdade é direcionado primacialmente ao legislador, pois, a despeito da legalidade genérica (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – art. 5º, II, CF), não pode o legislador conferir tratamento igual ao que se apura diferente no plano da existência.

Em obra clássica, o ilustrado doutrinador elenca os critérios a partir dos quais é permitido ao legislador estabelecer distinções. A saber:

Para que um *discrímen* legal seja conveniente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:

- a) que a *desequiparação* não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas *desequiparadas* pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos

interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público. (1994, p. 41).

Sob a ótica da lição do renomado mestre — e se processo é *igualdade*, o fato é que a Lei Pátria já procedeu previamente aos critérios de desigualação possíveis e aplicáveis aos particulares e à Fazenda Pública figurantes na relação processual, estabelecidas a seu juízo de conveniência legislativa. Muito embora, hodiernamente objeto de severas críticas, dentre tais critérios podem ser mencionados a previsão em favor da Fazenda Pública de prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, a impossibilidade do reconhecimento dos efeitos da confissão ficta em caso de revelia, o duplo grau de jurisdição necessário, a imprescritibilidade dos bens públicos. No tocante à validade do critério em exame, qual seja, o argumento segundo o qual o acolhimento da pretensão reparatória de que se trata ocasionaria *impacto financeiro* — deve-se ter em mente que o legislador constitucional já instituiu, neste particular, a desigualação possível em favor do Erário, ao prever a impenhorabilidade dos bens públicos, ante a reserva orçamentária prévia e obrigatória de que trata o art. 100 da Lei Maior.

Nesse quadrante, no que toca ao efeito patrimonial das decisões condenatórias passadas em julgado e proferidas em face da Fazenda Pública, que contêm condenações por quantia certa, no que ela tem de peculiar face o litigante genérico, a lei já procedeu ao tratamento isonômico legalmente válido, ao instituir disciplina jurídica que desconhece congêneres no direito comparado (Cunha, 1999, p. 117), para que se proceda à devida previsão orçamentária de pagamento. É o que prescreve o art. 100, § 5º, da Constituição Federal:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

[...]

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados

monetariamente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Assim, por haver a lei outorgado à Fazenda Pública um privilégio formal e material, benesse de que não usufrui o particular quando demandado, municiando o Erário de condições para a implementação do seu equilíbrio orçamentário, não se revela consentâneo com o princípio da igualdade o argumento desfilado na repercussão geral em comentário e oposto à pretensão dos servidores públicos litigantes, no sentido de que o acolhimento do pedido desaguaria em possível impacto financeiro das pretensões reparatórias.

3 Conclusão

O Supremo Tribunal Federal decidiu que, excetuada situação de patente arbitrariedade, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal não enseja reparação pecuniária pela investidura tardia em cargo público efetivo.

A abordagem crítica do decidido pelo Supremo Tribunal Federal na repercussão geral permite afirmar que o julgado padece de vício de argumentação dogmático-legal e lógico-persuasivo. Quanto ao primeiro, conclui-se que a Corte incorreu em julgamento *extra petita*, ao decidir que o pagamento de vencimentos não prescinde do efetivo exercício do cargo público. Há diferença substancial entre o pedido de reparação civil, formulado com fundamento na regra da responsabilidade patrimonial do Estado pelo dano (art. 37, § 6º, CF) e pedido de pagamento de vencimentos, que tem sede legislativa diversa e inequívoco caráter funcional-estatutário (art. 40, Lei 8.112/1990).

Quanto ao segundo vício argumentativo, o lógico-persuasivo, não se pode logicamente eleger o resultado da conduta estatal, ou seja, a ausência de efetivo exercício no cargo público, por obstáculo judicialmente criado pela Administração Pública, como sendo também a causa excludente do dever de indenizar (reparar).

Diferentemente do que ocorre no regime jurídico geral da responsabilidade aquiliana do art. 186 do Código Civil, onde *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*, no âmbito da Constituição Federal, o art. 37, § 6º, consagra a regra da responsabilidade estatal por dano, pouco importando a licitude ou a ilicitude da conduta.

À luz do art. 37, § 6º, da Lei Maior, o reconhecimento judicial da ilegalidade do ato administrativo

que impede o usufruto do cargo público não se resolve meramente com a posse.

[A] [...] *simples existência de um litígio judicial sobre concurso público é fato normal na vida de uma sociedade com instituições, e a defesa judicial pelo Estado de um ponto de vista minimamente razoável, dentro das regras do jogo [...]*

é patologia causadora de dano, pois desconsidera a chaga da morosidade judiciária e a utopia do princípio da razoável duração do processo, devendo a reparação ser a mais ampla possível. Bem por isso é possível afirmar que a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário 724.347 permite ao Estado substituir um dano por outro.

O argumento lançado na decisão de que se trata, que obsta o pedido de reparação pelo “*possível impacto financeiro da decisão a ser tomada*”, estabelece hipótese de imunidade formal e material não agasalhada pelo princípio da igualdade, pois, no que se desiguam o particular e a Fazenda Pública, tal impacto financeiro já foi devidamente equacionado com a regra da prévia inscrição do crédito em precatório, nos termos do art. 100, § 5º, da Constituição da República — privilégio de que não desfruta o particular, quando demandado pela Fazenda Pública.

Considerada a cultura do descumprimento da lei, em que o Estado cria o ordenamento jurídico, mas recusando-se seus agentes cronicamente a cumpri-lo, a longa tramitação dos procedimentos judiciais envolvendo a Fazenda Pública, a mitômana impossibilidade judicial da posse e do exercício precários, a decisão examinada coloca a Administração Pública em desalentadora zona de conforto da antijuridicidade inconsequente.

O desfecho da repercussão geral de que se trata permite afirmar que, presente a Fazenda Pública na relação processual, o processo pode ser fonte de danos não reparáveis.

A abordagem crítica ora formulada reclama a revisão de tese a que se referem os arts. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil e 327, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, para admitir a reparação ampla, na hipótese fática examinada na repercussão geral, não apenas no caso de arbitrariedade flagrante.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 724347 – Repercussão Geral – Relator Min. Marco Aurélio – Relator p/ Acórdão Min. Roberto Barroso – Tribunal Pleno – Pub. 13/05/2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 760358 QO – Relator Min. Gilmar Mendes – Tribunal Pleno – Pub. 12/02/2010 – Repub. 18/02/2010.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 598099 – Relator Min. Gilmar Mendes – Tribunal Pleno – Repercussão Geral – Mérito – Pub. 03/10/2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CORTEZ, Margarida. *Responsabilidade Civil da Administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CUNHA, Lázaro Cândido da. *Precatório. Execução Contra a Fazenda Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo, Atlas, 2009.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; *Introdução crítica ao direito do trabalho*, Brasília: UnB, 1993.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e do processo de conhecimento*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e Processo. Direito Processual ao Vivo. Aprimoramento e Modernização do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v. 5.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 13.166, de 1º/10/2015.

Dispõe sobre a prestação de auxílio financeiro pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, relativo ao exercício de 2014, com o objetivo de fomentar as exportações do País.

Publicada no *DOU* de 02/10/2015.

Lei 13.167, de 06/10/2015.

Altera o disposto no art. 84 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para estabelecer critérios para a separação de presos nos estabelecimentos penais.

Publicada no *DOU* de 07/10/2015.

Lei 13.168, de 06/10/2015.

Altera a redação do § 1º do art. 47 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Publicada no *DOU* de 07/10/2015.

Lei 13.169, de 06/10/2015.

Altera a Lei 7.689/1988, para elevar a alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL em relação às pessoas jurídicas de seguros privados e de capitalização, e dá outras providências. Mensagem de veto

Publicada no *DOU* de 07/10/2015.

Medida Provisória 692, de 22/09/2015.

Altera a Lei 8.981, de 20 de janeiro de 1995, para dispor acerca da incidência de imposto sobre a renda na hipótese de ganho de capital em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza, e a Medida Provisória 685, de 21 de julho de 2015, que institui o Programa de Redução de Litígios Tributários – Prorelit.

Publicada no *DOU* de 22/09/2015.

Medida Provisória 694, de 30/09/2015.

Altera a Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995, para dispor sobre o imposto sobre a renda incidente sobre juros de capital próprio, a Lei 10.865, de 30 de abril de 2004, e a Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, para dispor sobre os benefícios fiscais do Regime Especial da Indústria Química e para suspender, no ano-calendário de 2016, os benefícios fiscais de que tratam os arts. 19, 19-A e 26 desta Lei.

Publicada no *DOU* de 30/09/2015.

Decreto 8.535, de 1º/10/2015.

Dispõe sobre a contratação de serviços de instituições financeiras pelos órgãos e entidades do Poder Executivo federal.

Publicada no *DOU* de 02/10/2015.

Decreto 8.536, de 02/10/2015.

Altera o anexo ao Decreto 6.129, de 20 de junho de 2007, que dispõe sobre a vinculação das entidades integrantes da Administração Pública Federal indireta.

Publicada no *DOU* de 05/10/2015.

Decreto 8.538, de 06/10/2015.

Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da Administração Pública Federal.

Publicada no *DOU* de 07/10/2015.

Decreto 8.539, de 08/10/2015.

Dispõe sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Publicada no *DOU* de 09/10/2015.

Corte Especial

Arguição de Inconstitucionalidade 0033261-97.2005.4.01.3400 (2005.34.00.033668-2)/DF

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado
Relator p/acórdão: Desembargador Federal João Batista Moreira
Autor: Roberto de Oliveira Aranha
Advogado: Dr. Roberto de Oliveira Aranha
Ré: União Federal
Réu: Luíz Inácio Lula da Silva
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Suscitante: Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Suscitada: Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Publicação: e-DJF1 de 17/09/2015, p. 491

Ementa

Arguição de inconstitucionalidade. Lei 9.665/1998, art. 1º, inciso I. Arguição rejeitada.

I. Arguida inconstitucionalidade da Lei. 9.665/1998 (art. 1º, inciso I) ao fundamento de que, “ao autorizar o Poder Executivo a conceder remissão parcial de créditos externos da União, sem a anuência do Congresso Nacional, ignorou a regra constitucional que consagra a competência compartilhada entre o Executivo e o Legislativo para o tratamento da matéria prevista no inciso I do artigo 49” da Constituição.

II. Admitida a premissa de que a hipótese da Lei 9.665/1998, art. 1º, inciso I, trata de “ato complexo”, se os atos (“perdão de dívida”) ainda não foram submetidos ao Congresso, não há se falar em “efeitos definitivos”, logo, esvaziada a alegação de violação ao “inciso I do artigo 49” da Constituição.

III. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.

Acórdão

Decide a Corte, por maioria, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 16/07/2015.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:
— Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela Quinta Turma desta Corte Regional no julgamento de remessa oficial interposta de sentença proferida pelo juiz da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, em *ação popular* ajuizada por Roberto de Oliveira Aranha contra a União e Luiz Inácio Lula da Silva, julgou improcedente o pedido deduzido, pretendendo fosse declarada judicialmente a nulidade do ato de remissão, concedido pelo segundo requerido quando do exercício do cargo de presidente da República de nosso País, a dívidas de países africanos e sul-americanos contraídas com o Brasil.

Em sessão de julgamento aos 11 de setembro de 2013, a Quinta Turma deste Tribunal suscitou, por maioria, vencido o relator — Desembargador Federal

João Batista Moreira — incidente de declaração de Inconstitucionalidade do art. 1º, inciso I, da Lei 9.665, de 19 de junho de 1998, nos termos do voto divergente da Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida (certidão à fl. 184), tendo-se manifestado posteriormente o representante da Procuradoria Regional da República pelo conhecimento da arguição (fls. 254-257).

Encaminhados os autos ao Ministério Público Federal nos termos do art. 355, § 3º, do Regimento Interno desta Corte, opinou o douto Procurador Regional Edmar Gomes Machado pelo acolhimento da arguição de inconstitucionalidade (parecer às fls. 264-269).

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:
— O dispositivo objeto da presente arguição de inconstitucionalidade é o art. 1º, inciso I, da Lei 9.665, de 19 de junho de 1998

Autoriza o Poder Executivo a conceder remissão parcial de créditos externos, em consonância com parâmetros estabelecidos nas Atas de Entendimentos originárias do chamado "Clube de Paris" ou em Memorandos de Entendimentos decorrentes de negociações bilaterais, negociar títulos referentes a créditos externos a valor de mercado e receber títulos da dívida do Brasil e de outros países em pagamento e dá outras providências [...],

examinado em cotejo com o disposto no art. 49, inciso I, da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

LEI 9.665/98

Art. 1º Observado o disposto nos incisos V e VII do art. 52 da Constituição, fica o Poder Executivo autorizado a conceder o seguinte tratamento a créditos externos da União em relação a outros países ou garantias por estes:

I – conceder remissão parcial, em consonância com parâmetros estabelecidos nas Atas de Entendimentos originadas do chamado Clube de Paris ou em Memorandos de Entendimentos decorrentes de negociações bilaterais;

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

A petição inicial da ação popular e documentos que a instruem relatam a prática de atos atribuídos ao então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva que, de forma autônoma, sem o referendo do Congresso Nacional, teria perdoado dívidas de países africanos e sul-americanos contraídas com o Brasil, com base no supra transcrito art. 1º, inciso I, da Lei 9.665/1998, gerando aos cofres públicos uma perda patrimonial da ordem de R\$ 246.000.000,00 (duzentos e quarenta e seis milhões de reais), em valores

calculados à época (petição inicial à fl. 13, ajuizada aos 04/08/2004).

Pois bem. O art. 1º, inciso I, da Lei 9.665/1998 autoriza o Poder Executivo a conceder remissão parcial de dívidas em consonância com parâmetros estabelecidos nas atas de entendimentos originadas do chamado *Clube de Paris* ou em memorandos de entendimentos decorrentes de negociações bilaterais, “observado o disposto nos incisos V e VII do art. 52 da Constituição”, os quais determinam, *in verbis*:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(omissis)

V – autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

(omissis)

VII – dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

A competência privativa do Senado Federal para dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno dos entes da Administração Pública é hipótese diversa da versada na espécie em exame, que diz com o perdão, pelo presidente da República, de dívidas contraídas por países estrangeiros com o Brasil, não me parecendo, igualmente, a previsão do inciso V — “*autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios*” — relacionar-se exatamente ao caso em presença, cabendo ser ressaltado, todavia, quanto a estas “operações externas de natureza financeira de interesse da Administração direta” que, se estas envolverem tratados, acordos ou atos internacionais gravosos ao patrimônio nacional, far-se-ia imprescindível a intervenção do Congresso Nacional, ao qual compete, nos termos do citado art. 49, I, da Constituição Federal, resolver definitivamente, com exclusividade, sobre atos internacionais que resultem em encargos onerosos aos cofres públicos.

Em harmonia com as disposições constitucionais aqui referidas, o art. 84, inciso VIII, da Lei Maior, determina competir privativamente ao presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, os quais ficam, entretanto, “sujeitos a referendo do Congresso Nacional.” Já se vislumbra, pois, com clareza, que a recepção de tratados internacionais em geral e acordos que o Brasil venha

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, Maria do Carmo Cardoso, João Batista Moreira, Néviton Guedes, Ney Bello, Neuza Alves, Candido Moraes, Jamil de Jesus Oliveira, Hercules Fajoses, Jirair Aram Meguerian, Mário César Ribeiro, Carlos Moreira Alves, I'talo Mendes e Ângela Catão.

a celebrar depende da aprovação pelo Parlamento, como também, da ratificação pelo presidente da República, na qualidade de chefe de Estado, com a sua promulgação através de decreto, para que se viabilize a produção de efeitos na ordem interna.

Como bem destacou a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida no voto-vista condutor da decisão colegiada de encaminhamento do presente incidente de inconstitucionalidade (fl. 178):

Cabe ainda ao Congresso Nacional, em caráter exclusivo, “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I), sendo possível afirmar, com Vicente Marcos Fontanive, que essa disposição constitucional reflete, ao lado do art. 52, incisos V e VII, a manifesta intenção do legislador constituinte de assegurar ao Poder Legislativo o exercício da fiscalização e controle das operações financeiras externas quando da resolução de atos internacionais em geral que acarretem prejuízo ao erário, casos estes em que a responsabilidade é compartilhada entre Legislativo e Executivo. Adotou o Texto Constitucional, alinhando-se à tradição brasileira, a teoria dos atos complexos, à luz dos “princípios de direito público e ao regime democrático.

(Confiram-se: Estudo a respeito da necessidade de que as remissões de dívidas de outros países com o Brasil, concedidas pelo Presidente da República, devam ser previamente aprovadas pelo Senado Federal, Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 03/2008, p. 4; e, Valério de Oliveira Mazzuoli, citando Themistocles Brandão Cavalcanti. O Senado Federal e o problema das operações externas de natureza financeira: exegese do art. 52, inc. V, da Constituição Brasileira de 1988 à luz do Direito Internacional. O Brasil e os acordos econômicos internacionais – Perspectivas jurídicas e econômicas à luz dos acordos com o FMI, RT, 2003, fl. 103.)

A questão da independência harmônica entre os Poderes remete à teoria do sistema de freios e contrapesos que, adotada pelo Texto Constitucional brasileiro, configura um dos arcações do chamado Estado Democrático de Direito, estabelecido como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, devendo-se partir da premissa, para a exata compreensão do instituto, de que a atividade precípua de cada um dos Poderes não está imune aos atos de controle e fiscalização dos demais, não sendo absolutas nem a divisão de funções nem a independência havidas entre Executivo, Legislativo e Judiciário, vindo a resultar, do equilíbrio entre estas forças, o bem comum.

De fato,

O sistema de freios e contrapesos foi concebido pelo constituinte originário como parte integrante do sistema de controle recíproco dos Poderes, sendo impensável cogitar-se seja possível ferir, por emenda constitucional, esse verdadeiro núcleo axiológico da Carta Magna [...]. (STF: MS 30.585/DF, Tribunal Pleno, na relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJE-233 de 28/11/2012.)

Na doutrina, José Afonso da Silva tece considerações precisas acerca do princípio da separação entre os Poderes:

A Harmonia entre os Poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do Poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro, e especialmente dos governados.

Se ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para a sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas, e até de rejeitá-lo. O presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto e, pelo presidente do Senado, promulgar a lei, se o presidente da República não o fizer no prazo previsto (art. 66, § 7º).

Se o presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos, para obter aprovação rápida de seus projetos, é-lhe, porém, facultado marcar prazo para sua apreciação, nos termos dos §§ do art. 64. Se os Tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando, neste caso. O presidente da República não interfere na função jurisdicional; em compensação, os ministros dos Tribunais Superiores são por ele nomeados (art. 84, XIX-XVI), sob controle do Senado Federal, a que cabe aprovar o nome escolhido (art. 52, III, “a”). (...) 5.4 Freios e contrapesos.

São esses apenas alguns exemplos do mecanismo dos freios e contrapesos caracterizador da harmonia entre os Poderes. Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo

especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro, nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que entre eles há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmando. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro.

(SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 44 e 45.)

Conclui-se, portanto, que o art. 1º, inciso I, da Lei 9.665/1998, ao autorizar o Poder Executivo a conceder remissão parcial de créditos externos da União devidos por outros países

[...] em consonância com parâmetros estabelecidos nas Atas de Entendimentos originadas do chamado Clube de Paris ou em Memorandos de Entendimentos decorrentes de negociações bilaterais [...],

olvidando-se, contudo, da obrigatória (e necessária) intervenção do Poder Legislativo, a quem compete, por determinação constitucional, com exclusividade, resolver sobre atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, afronta o art. 49, inciso I, da Constituição Federal, veiculando ao Poder Executivo irregular competência na medida em que lhe facultou, no particular, perdoar autônoma e independentemente dívidas de nações estrangeiras para com o Brasil, em prejuízo aos cofres públicos.

Em resumo, para que se conforme ao ordenamento constitucional brasileiro, o perdão de dívidas externas de outros Estados soberanos para com o Brasil, quer tenha sido concedido por tratado, convenção ou ato internacional, todos da competência privativa do presidente da República, demanda, para ter validade, como ato subjetivamente complexo que é, a aprovação do Congresso Nacional, sem a qual não se cumpre a nossa Lei Maior.

Nesse sentido:

É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da

conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. (omissis)

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) –, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO – O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

(STF: ADI 1.480 MC / DF, Tribunal Pleno, na relatoria do Ministro Celso de Mello, DJ de 18/05/2001, pp. 429 – grifou-se.)

E não socorre o dispositivo impugnado, tal como já destacado, a ressalva no corpo do art. 1º da norma impugnada quanto à competência privativa do Senado Federal para as hipóteses dos incisos V e VII do art. 52 da Constituição da República, as quais, como se viu, não se subsumem ao caso analisado, de renúncia, por ato exclusivo do presidente da República, sem a participação do Poder Legislativo, a créditos devidos à União por países sul-americanos e africanos.

São estes, portanto, os fundamentos pelos quais declaro a inconstitucionalidade do art. 1º, inciso I, da Lei 9.665/1998.

É como voto.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor presidente, eu estava acompanhando o voto e

pensando até em pedir esclarecimentos ao eminente relator quanto a esse ponto do seu voto, que diz o seguinte:

Ao autorizar o Poder Executivo a conceder remissão parcial de créditos externos da União devidos por outros países “em consonância com parâmetros estabelecidos nas Atas de Entendimentos originadas do chamado Clube de Paris ou em Memorandos de Entendimentos decorrentes de negociações bilaterais”, olvidando-se, contudo, da obrigatória (e necessária) intervenção do Poder Legislativo, a quem compete, por determinação constitucional, com exclusividade, resolver sobre atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, o artigo 1º, inciso I, da Lei 9.665/98, afronta o art. 49, inciso I, da Constituição Federal, veiculando ao Poder Executivo irregular competência na medida em que lhe facultou, no particular, perdoar autônoma e independentemente dívidas de nações estrangeiras para com o Brasil, em prejuízo dos cofres públicos.

Estava realmente com dúvidas em relação ao *caput* do art. 1º da Lei, quando diz: “Observado o disposto nos incisos V e VII do art. 52 da Constituição Federal”, tal, mas, ao concluir o seu voto, o eminente relator esclareceu que essa ressalva não afasta a inconstitucionalidade, porque esses incisos do art. 52 mencionados não atendem exatamente a hipótese de que trata a lei, sendo assim, violado, segundo o relator, o art. 49, inciso I, e de maneira que também assim concluiu e acompanhou o voto do eminente relator.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Senhor presidente, mantenho o voto dado na Turma; É um caso bastante antigo e não muito simples. Pelo que me recordo, a interpretação que dei, conforme a Constituição, foi no sentido de que essa suposta delegação ao presidente da República estava sujeita ao disposto no art. 84, inciso VIII, da Constituição, segundo o qual “compete privativamente ao presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *sujeitos a referendo do Congresso Nacional*”. Esse ato do presidente da República estava sujeito a referendo do Congresso Nacional. Se não submetido a referendo do Congresso Nacional, seria ato inválido; se submetido a referendo e rejeitado, restaria sem efeito; se submetido a referendo e referendado, estaria suprida a suposta inconstitucionalidade em razão de alegada delegação em confronto com a Constituição. Meu voto foi no mesmo sentido da sentença, do hoje Desembargador Marcos Augusto,

com esse fundamento. Parece-me que esse foi o fundamento central, por isso mantenho.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Vossa excelência, então, acompanha, também, o eminente relator?

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado: — Não, diverge.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Vossa excelência rejeita?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Fiquei vencido na Turma.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Vossa excelência, na Turma, enfrentou a questão constitucional, também, então.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Senhor presidente, tive ocasião de fazer um breve estudo sobre este tema, porque me parece já havia sido pautada esta arguição em momento passado — pelo menos tema semelhante — e também, pelas razões agora apresentadas por sua excelência, o Desembargador João Batista, não alcancei encontrar no dispositivo legal algum vício de inconstitucionalidade. A lei especificamente dispõe:

Observado o disposto nos incisos V e VII do art. 52 da Constituição, fica o Poder Executivo autorizado a conceder o seguinte tratamento a créditos externos da União em relação a outros países ou garantias por estes [...].

Esse dispositivo isoladamente, naturalmente, não fala em perdão, não fala em remissão de dívidas, e só quando acrescentamos o caso concreto ao dispositivo legal, consegue-se indevidamente extrair a consequência de que ele é inconstitucional. A leitura do dispositivo em si não consagraria qualquer inconstitucionalidade. Eventual inconstitucionalidade, à consideração dos perdões das dívidas dos países africanos e sul-americanos, poderia estar inserida no inciso I, porque sabemos que o controle de constitucionalidade no Brasil tem o princípio da chamada parcelaridade ou especificidade: só se declara inconstitucional o dispositivo que efetivamente confronta a Constituição. O *caput* do art. 1º não revela, não manda fazer, diz simplesmente isto, observado o disposto tal, fica o Poder autorizado a conceder os seguintes tratamentos. É só na concretização dos casos específicos que ficamos sabendo que, em alguns casos, isso implicou remissão. Como disse sua excelência, o Desembargador João Batista, a eventual contrariedade com a Constituição

estaria em cada um desses atos que, sendo realizados, não tivessem sido submetidos ao Congresso Nacional, ao Senado Federal. O art. 84 da Constituição, lido por sua excelência, demonstra que o presidente não pode realizar nenhum tratado, tendo ou não envolvimento de valores, sem se submeter ao Congresso Nacional, sob pena de não ter qualquer validade na nossa ordem jurídica, mas o art. 52 da Constituição, nos incisos V e VII, não obstante — devo concordar que não é exatamente a aplicação do caso —, de qualquer maneira, já diz que qualquer coisa que se faça com base nessa lei é submetida aos limites que o Senado Federal (porque é isso que consta dos incisos V e VII da Constituição) venha estabelecer, mas esse nem é o argumento mais forte. Na época, fui pesquisar a matéria, e é bom que se diga, a lei que estamos a questionar, apesar de que, veja só, estamos declarando a inconstitucionalidade da lei por conta de atos praticados — pelo que entendi, na ação popular — pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, mas a lei não foi criada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a Lei 9.665 foi publicada e promulgada no dia 19 de junho de 1998 pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, que, aliás, também perdoou dívidas de países africanos (por exemplo, Moçambique) e submeteu ao Senado Federal, como exatamente foi feito, em diversos casos, em todos esses casos, por sua excelência, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e, também, pela Presidente Dilma Rousseff. Leio notícia da Folha de São Paulo; se vossas excelências colocarem os temas: “perdão”, “dívida”, “países africanos”, vai surgir uma relação infinita no *Google* indicando, sobretudo que, a discussão foi feita no Senado Federal, ou seja, isso nunca deixou de ser submetido ao Senado Federal. Aqui tem: Folha de São Paulo, 17/07/2000: “Fernando Henrique Cardoso perdoa 95% da dívida de Moçambique”, com base nessa lei. E agora, mais recentemente, notícia do site do Senado Federal:

Brasília. O plenário do Senado Federal aprovou projeto de resolução que determina que matérias que tratem de perdão das dívidas das quais o Brasil é credor, devem ser analisadas também pela comissão;

outra, falando que recentemente o Senado aprovou perdões que foram feitos pelo Presidente Lula e pela Presidente Dilma Rousseff. Em síntese, como disse sua excelência, o Desembargador João Batista, em nenhum momento o dispositivo legal diz que isso não deva ser submetido ao Senado. A lei, definitivamente, com a vênua concedida, não revela qualquer inconformidade com o Texto Constitucional. Por essas razões, peço respeitosa vênua para acompanhar a divergência aberta pelo Desembargador João Batista Moreira.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: — Cuida-se, em síntese, de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela Quinta Turma deste TRF da 1ª Região, quando do julgamento da remessa oficial determinada pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, em sede de ação popular ajuizada contra a União e Luiz Inácio Lula da Silva, julgou improcedente o pedido para que fosse declarada judicialmente a nulidade do ato de remissão, concedida pelo segundo requerido, na condição de presidente da República, das dívidas contraídas por países africanos e sul-americanos junto ao Brasil.

Após o voto do relator, Desembargador Federal José Amílcar Machado, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º, I, da Lei 9.665/1998, no que foi acompanhado pelos Desembargadores Federais Daniel Paes Ribeiro e Maria do Carmo Cardoso, e dos votos divergentes dos Desembargadores Federais João Batista Moreira e Néviton Guedes, que rejeitaram a arguição de inconstitucionalidade, pedi vista dos autos para uma melhor análise do caso concreto.

A petição inicial da referida ação popular relata a prática dos questionados atos pelo então presidente da República que, de forma autônoma, sem o referendo do Congresso Nacional, concedeu remissão de dívidas de outros países — Gabão, Cabo Verde e Bolívia —, com fulcro no art. 1º, I, da Lei 9.665/1998, implicando numa perda patrimonial ao Erário da ordem de R\$ 246.000.000,00 (duzentos e quarenta e seis milhões de reais), valor da data do ajuizamento da demanda em 04/08/2004.

No caso presente, constato que o pano de fundo da ação popular diz respeito à forma como o chefe do Poder Executivo dispõe sobre as dívidas contraídas por outros países, geralmente africanos e sul-americanos, com o Brasil.

Para firmar um ente de convicção, procedi a uma análise minuciosa dos textos legais, da doutrina, dos princípios que norteiam a pública Administração, de pareceres do Congresso Nacional, e das informações obtidas nos meios de comunicação, notadamente da *internet*.

Inicialmente, friso que não se trata de “perdão” total dessas dívidas, até porque não existe a possibilidade em nosso ordenamento jurídico, mas, tão somente, de “remissão parcial”, através de reescalonamento ou reestruturação dos débitos, o que não se choca com a Constituição da República, ao contrário, por ela é autorizado, desde que o ato seja referendado pelo Senado Federal.

Nesse ponto, concordo com a observação do Desembargador Federal João Batista Moreira, contida em seu voto-vogal, quando diz que o indigitado

[...] *ato do Presidente da República estava sujeito ao referendo do Congresso Nacional. Se não submetido a referendo do Congresso Nacional, seria um ato inválido; se submetido a referendo e rejeitado, estaria sem efeito; se submetido a referendo e referendado, estaria suprida essa suposta inconstitucionalidade, em razão da alegada delegação em confronto com a Constituição [...].*

Também concorda com essa assertiva o Desembargador Federal Néviton Guedes.

Em consulta ao *site* do Senado Federal não encontrei informações acerca do envio e da aprovação das remissões ora impugnadas. Em outra pesquisa, verifiquei a existência de projetos de lei que visam exatamente extirpar a discussão ora travada, tornando obrigatório ao Executivo a obtenção de autorização expressa e específica do Congresso Nacional para operações financeiras, como a discutida nos autos da presente ação popular.

Ainda sobre esse ponto, colaciono excerto do Acórdão 415/2007/TCU/Plenário, que determina expressamente que a celebração desse tipo de acordo deve ser precedida de autorização do Senado Federal, nos seguintes termos:

Item 9.1. Determinar ao Ministério da Fazenda que, a partir da publicação do presente acórdão, e em atendimento ao inciso V, do art. 52 e ao § 1º do art. 68 da Constituição Federal, que estabelece rito de autorização de matéria de competência privativa do Senado Federal, não assine contrato de remissão total ou parcial de créditos da União sem dispor de autorização específica do Senado Federal.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade do art. 1º e do seu inciso I, da Lei 9.665/1988, partindo do método de controle difuso e regido pelo princípio da parcelaridade, pelo qual se declara inconstitucional apenas parte do texto legal que estiver em conflito com o Texto Constitucional, não se me afigura ser inconstitucional o artigo que diz “*observado o disposto nos incisos V e VII do art. 52 da Constituição*”, tampouco o inciso que textualmente assevera “conceder remissão parcial”.

Estatuem os dispositivos legais que se aplicam à questão, *litteris*:

LEI Nº 9.665, DE 19 DE JUNHO DE 1998.

Autoriza o Poder Executivo a conceder remissão parcial de créditos externos, em consonância com parâmetros estabelecidos nas Atas de Entendimentos originárias do chamado “Clube

de Paris” ou em Memorandos de Entendimentos decorrentes de negociações bilaterais, negociar títulos referentes a créditos externos a valor de mercado e receber títulos da dívida do Brasil e de outros países em pagamento e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Observado o disposto nos incisos V e VII do art. 52 da Constituição, fica o Poder Executivo autorizado a conceder o seguinte tratamento a créditos externos da União em relação a outros países ou garantias por estes:

I – conceder remissão parcial, em consonância com parâmetros estabelecidos nas Atas de Entendimentos originadas do chamado “Clube de Paris” ou em Memorandos de Entendimentos decorrentes de negociações bilaterais;

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

[...]

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

Omissis.

VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

[...]

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

Com efeito, tenho que o art. 1º, I, da Lei 9.665/1998 harmoniza-se com o Texto Constitucional, tanto do ponto de vista formal como material, pelo que descabe falar em sua inconstitucionalidade.

Tecidas essas considerações, pedindo vênias ao relator Desembargador Federal José Amílcar Machado, acompanho a divergência inaugurada pelo Desembargador Federal João Batista Moreira, para *rejeitar a arguição de inconstitucionalidade*.

É o voto-vista.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira: — Senhora presidente, também acompanho a divergência. E, exatamente, no julgamento, na Turma, é que se poderá ver se alguma formalidade essencial deixou de ser observada, inclusive com a submissão a referendo do Congresso ou se há alguma omissão dessa casa legislativa em referendar o empréstimo. Mas, a lei em si, ao prever essa possibilidade, não traz nenhuma inconstitucionalidade. Acompanho a divergência.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Hercules Fajoses: — Senhora presidente, apesar de não ter participado da sessão que iniciou essa discussão, tendo em vista os esclarecimentos do Desembargador Ney Bello, muito específicos, muito claros a respeito da matéria, sinto-me apto a votar. Voto com a divergência.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Senhora presidente, a questão aqui se limita a discutir a constitucionalidade do art. 1º, I, da Lei 9.665. Não se discute aqui o ato de não submissão ao Congresso Nacional na operação de empréstimo. É isso?

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Exatamente.

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Então, eu acompanho a divergência no sentido da constitucionalidade do dispositivo.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Mendes: — Senhora presidente, sinto-me habilitado a votar, embora não estivesse presente na sessão, e acompanho, por conta disso, o voto divergente.

Voto-Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Acompanho a divergência, convencida da justeza dos seus argumentos.

Encaminhamento

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Ainda consulto mais uma vez se os presentes, Dr. Daniel e Dra. Maria do Carmo, querem ou não, direito que lhes assistem, rever o voto?

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Não.

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Com todas as vênias dos brilhantes votos, especialmente, o brilhante voto do Desembargador Ney Bello, eu me senti convencida naquele momento e vou me manter convencida.

Corte Especial

Mandado de Segurança 0053418-91.2014.4.01.0000/MA

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão
 Impetrantes: Wanderson Valente Ferreira e outro
 Advogados: Dr. Alcebíades Tavares Dantas e outros
 Impetrado: Desembargador Federal da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
 Interessada: Transnordestina Logística S/A
 Advogados: Dra. Gilmaria Maria de Oliveira Barbosa e outros
 Publicação: e-DJF1 de 09/10/2015, p. 123

Ementa

Processual Civil. Mandado de segurança. Impetração contra decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela e reintegrou a agravante na posse de imóvel. Agravo de instrumento julgado pelo colegiado. Perda superveniente do objeto da impetração. Segurança denegada. Precedentes desta Corte Especial.

I. O mandado de segurança foi impetrado contra ato do relator de agravo de instrumento que deferiu a antecipação de tutela pretendida pela agravante, em desfavor dos impetrantes, e determinou sua reintegração na posse de imóvel.

II. A decisão monocrática da lavra do Desembargador Federal Souza Prudente e atacada pela via mandamental foi substituída pelo julgamento do colegiado da 5ª Turma que, à unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, reformando a decisão de origem para deferir a antecipação de tutela e determinar a “imediate desocupação da área *non aedificandi* invadida e demolição da edificação ali erguida”. Nesse cenário, há que se reconhecer a perda superveniente do objeto da impetração.

III. Segurança denegada (art. 6º, §5º, da Lei 12.016/2009).

Acórdão

Decide a Corte, por unanimidade, denegar a segurança.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 01/10/2015.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Adoto o bem lançado relatório constante no parecer do Ministério Público Federal às fls. 139-143, da lavra do Procurador Regional da República Ronaldo Meira de Vasconcellos Alba, *in verbis*:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por WANDERSON VALENTE FERREIRA e CARLOS EDUARDO VALENTE MAIA, contra ato tido por coator atribuído ao DESEMBARGADOR FEDERAL DA 5ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO [Desembargador Federal Souza Prudente], que restou por decidir, em sede de antecipação de tutela recursal no recurso de Agravo de Instrumento interposto por TRANSNORDESTINA LOGÍSTICA S/A (registro TRF-1 nº 0040630-89.2014.4.01.0000/MA), em reformar a decisão oriunda do Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, determinando a reintegração na posse descrita nos autos principais de nº 0045139-11.2013.4.01.3700/MA (Ação Possessória).

Argumenta o impetrante, em apertada síntese, que trata-se de tutela de urgência, bem como inexistente recurso com efeito suspensivo ou medida que possa sustar ato teratológico.

Requer ao final a reforma da decisão proferida pelo Relator Convocado da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região a fim de se manter a decisão originária do Juiz da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão.

[...]

Diferi a análise do pedido de liminar para após a oitiva da autoridade coatora (fl. 86).

A autoridade impetrada Desembargador Federal Souza Prudente prestou informações às fls. 89-93.

Às fls. 121-132 foram juntadas as peças relativas ao julgamento do Agravo de Instrumento 40640-89.2014.4.01.0000/MA pela 5ª Turma deste TRF 1ª

Região, que, à unanimidade, deu provimento ao recurso, reformando a decisão de origem para deferir a antecipação de tutela e determinar a “imediate desocupação da área *non aedificandi* invadida e demolição da edificação ali erguida”.

Participaram da sessão de julgamento o relator Desembargador Federal Souza Prudente, o Desembargador Federal Néviton Guedes e o Juiz Federal convocado Márcio Barbosa Maia, ausente, justificadamente, por motivo de licença, o Desembargador Federal João Batista Moreira (fl. 129).

Determinei a intimação dos impetrantes para que esclarecessem se persistia interesse no julgamento do feito, haja vista as informações prestadas (fl. 134).

Petição juntada à fl. 136 em que os impetrantes pugnam pelo regular processamento do feito.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 139-143 em que se manifesta pela denegação da segurança, caso superadas as preliminares apontadas no sentido de inadmissão do mandado de segurança, uma vez que a autoridade coatora aplicou a legislação em vigor, bem como pela perda do objeto da impetração, uma vez que a decisão monocrática atacada foi substituída por decisão colegiada.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — O mandado de segurança é meio apto a garantir direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo da autoridade coatora (Lei 12.016/2009).

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Kassio Marques, Néviton Guedes, João Luiz de Sousa, Gilda Sigmaringa Seixas, Jamil de Jesus Oliveira, Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz, José Amílcar Machado e João Batista Moreira.

Para a concessão do mandado de segurança, deve a parte impetrante comprovar a existência de ato ilegal ou ato abusivo da autoridade apontada como coatora, bem como a existência de direito líquido e certo que se encontra violado ou em vias de ser violado por esse ato.

Além da liquidez e certeza do direito, imprescindível, portanto, a existência de ato ilegal ou de ato abusivo da autoridade impetrada.

Compulsando os autos, verifico que não assiste razão ao impetrante.

Em suas informações, a autoridade coatora manifestou-se nos seguintes termos:

[...]

1. O agravo de instrumento em referência foi interposto pela TRANSNORDESTINA LOGÍSTICA S/A contra decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, nos autos da ação de reintegração de posse movida pela recorrente contra Carlos Eduardo Valente Maia e Outro, figurando, como litisconsorte ativo, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, em que se busca a reintegração da autora na posse de imóvel ocupado pelos promovidos.

2. Examinando o pedido de antecipação da tutela recursal em referência, o eminente Juiz Federal convocado Carlos Eduardo Castro Martins, em substituição a esta Relatoria, deferiu o aludido pleito, por decisão datada de 24 julho de 2014, nestes termos:

“Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão proferida pelo douto juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, nos autos da ação possessória ajuizada TRANSNORDESTINA LOGÍSTICA S/A contra Carlos Eduardo Valente Maia e Outro, figurando, como litisconsorte ativo, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, em que se busca a reintegração de posse de imóvel ocupado pelos promovidos.

O juízo monocrático indeferiu o pedido de antecipação da tutela formulado no referido feito, nestes termos:

TRANSNORDESTINA LOGÍSTICA S.A., qualificada, ajuizou ação ordinária de obrigação de fazer c/c reintegração de posse e pedido de liminar contra CARLOS EDUARDO VALENTE MAIA e WANDERSON VALENTE FERREIRA

Afirma a autora (ex-Companhia Ferroviária do Nordeste - CFN) ser concessionária de serviço público de transporte ferroviário, sendo que, quando da realização da fiscalização de bens e instalações de sua responsabilidade, verificou a existência de invasão/ocupação, pelos réus, de faixa de domínio ferroviário, localizada no KM 12 da Ferrovia que

corta a localidade, mais precisamente na Rua Vila Maranhão, n.06 e n.07, na cidade de São Luis/MA, eis que erguidas construção de imóveis a pelo menos 5m (cinco metros) dos trilhos, dentro da área não edificável de 15m (quinze metros) de cada lado dos trilhos da ferrovia, o que afronta a determinação contida no art. 4º, 111, da Lei nº 06.766/79.

Aduz que, em 13/08/2013, foi emitida notificação Extrajudicial endereçada aos Promovidos, cientificando-lhes acerca da prática do ato ilícito sobre bem público afeto à atividade ferroviária, bem como para ciência dos perigos das edificações construídas em áreas non edificandi.

Informa que, em 14/08/2013, registrou Boletim de Ocorrência.

Requeru, pois, a concessão da liminar inaudita altera parte, com o objetivo de se ver reintegrada na posse da área, bem assim a determinação de demolição das construções irregularmente erguidas. Promoveu a citação da União, DNIT, e ANTT, na qualidade de litisconsortes ativos necessários.

Carreou os documentos de fl. 112/153.

Comprova recolhimento de custas (fl. 154/155).

Audiência de justificação prévia, em que se fizeram presentes apenas a parte autora, a testemunha por ela indicada, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT e a União. Ouvida a testemunha José Domingos Pereira de Sousa, encerram-se os trabalhos, concluindo-se os autos para decisão (fl. 166/167).

Manifestação da Agência Nacional de Transportes (ANTT) informando não ter interesse em integrar a lide (fl.173/175).

Citada, a União entende que possui interesse em integrar a lide, mas não na qualidade de litisconsorte ativo necessário, mas sim na qualidade de assistente simples da autora.

Nessa condição pugna que expedição de mandado liminar de reintegração de posse em favor da autora (fl.176/192).

É o que comporta relatar. Passo a decidir.

Inicialmente, importa frisar que se apresenta firmada a competência da Justiça Federal para conhecimento da demanda, tanto pela existência de serviço público de transporte ferroviário, de titularidade da União, concedido (fl. 77/98), quanto pelo interesse já manifestado pelo DNIT, a partir da presença no ato de audiência. Ademais, quanto a este último, não se pode olvidar as disposições do art. 11, I, da Lei nº 11.483/2007, referentes à transferência que lhe fora feita dos bens da extinta RFFSA.

Pois bem. O procedimento específico das ações possessórias, no segmento que o diferencia do rito ordinário, possui previsão da concessão da liminar, especificamente no art. 928, CPC, desde que se trate de “ação de força nova”, isto é, aquela em

que a ofensa ao bem do demandante é datada de menos de ano e dia (art. 924, CPC).

Ainda que possa ser concedida liminar sem a oitiva da parte contrária, no caso concreto, este Juízo entendeu ser necessária realização da audiência de justificação prévia.

A situação caracteriza esbulho, visto que os demandados estariam ocupando o imóvel à míngua de melhor posse. Entretanto, mesmo após a realização da audiência preliminar, não restou comprovado que o esbulho teria ocorrido a menos de ano e dia. Com efeito, a única testemunha ouvida disse que não esteve na localidade indicada na inicial (Km 12 da Ferrovia), limitando-se a informar que houve uma vistoria na primeira quinzena de agosto de 2013.

Assim, não é possível precisar, pelas provas carreadas pela autora, a data em que teria ocorrido o esbulho. Aparentemente, nem mesmo a própria autora está ciente desta data.

Ante o exposto, INDEFIRO A LIMINAR PLEITEADA”.

Em suas razões recursais, insiste a recorrente na concessão da medida postulada, reiterando os fundamentos deduzidos perante o juízo monocrático, destacando que, em se tratando de área não edificável, de uso público, como no caso, a sua ocupação possui natureza precária, não se convalidando com o tempo. Acrescenta, ainda, que, em face da proximidade das edificações em referência com os trilhos da ferrovia descrita nos autos, afigura-se manifesto o risco de dano daí decorrente, colocando em risco não só a vida dos promovidos, mas, também, dos usuários dos serviços de transporte ferroviário, impondo-se, assim, o deferimento do seu pleito.

Não obstante os fundamentos em que se amparou a decisão agravada, vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 558 do CPC, a autorizar a concessão da pretendida antecipação da tutela recursal, em face do seu caráter nitidamente preventivo e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do referido dispositivo legal.

Com efeito, conforme bem consignou o juízo monocrático, na hipótese em comento, o esbulho possessório afigura-se manifesto, na medida em que os promovidos teriam edificado imóvel em área non aedificandi (cerca de 5 metros dos trilhos da ferrovia descrita nos autos), em manifesta afronta à legislação de regência e desprovida de qualquer autorização do órgão competente, colocando em risco suas próprias vidas e a de terceiros que se utilizam dos transportes ferroviários naquela localidade, devendo-se privilegiar, em casos assim, a garantia constitucional fundamental do direito à vida, assegurada em nossa Constituição Federal.

Sobre a matéria, este egrégio Tribunal já firmou o entendimento no sentido de que “as margens de Rodovia Federal (BR 262 em

Belo Horizonte-MG), regular e devidamente desapropriada, é bem público de uso restrito do DNIT, sendo irregular sua ocupação por particulares, principalmente para fins de moradia, ainda mais quando situada nas proximidades deanel viário com intenso fluxo de veículos por onde também passam gasodutos da GASMIG, o que reforça o risco da questionada ocupação” (AC 0029570-20.1997.4.01.3800 / MG, Rel. JUIZ FEDERAL OSMANE ANTONIO DOS SANTOS, 2ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.294 de 03/09/2013) e de que “é cabível a ação de reintegração de posse relativamente a faixa de domínio de rodovia federal ocupada por terceiro, tendo em vista que, declarada de utilidade pública para fins de desapropriação e afetação rodoviária, passa a constituir-se bem de uso comum do povo (CC/1916, art. 66, I), cujo domínio foi transferido à autarquia federal então responsável pelas rodovias federais (DNER)” (AC 0003141-18.1999.4.01.4100 / RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, SEXTA TURMA, DJ p.23 de 04/04/2005).

Registre-se, por oportuno, que, embora regularmente intimados, os promovidos sequer compareceram à audiência de justificação designada pelo juízo monocrático, aquiescendo, assim, tacitamente, com as alegações deduzidas pela suplicante, no feito de origem.

Com estas considerações, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, para determinar a determinar a reintegração da agravante na posse da área descrita nos autos, bem assim, a demolição das edificações ali existentes, assegurando-se aos atuais ocupantes o prazo de 30 (trinta) dias, para a desocupação voluntária”.

3. Por intermédio de petição protocolada em 19 de setembro de 2014, os recorridos interpuseram recurso especial, impugnando a decisão em referência e, em 03 de outubro corrente, formularam pedido de reconsideração, que restou indeferido, conforme se vê da decisão anexa, por fotocópia.

4. No que pertine ao recurso especial em destaque, a despeito do seu manifesto descabimento, submeti-o, nesta data, à apreciação da Presidência deste egrégio Tribunal, competente para o exercício do juízo de sua admissibilidade, na forma regimental.

Como visto, a decisão em referência encontra-se devidamente motivada, tendo o seu prolator vislumbrado, na espécie, a presença dos requisitos necessários para a concessão da pretendida antecipação da tutela recursal, revelado não apenas pelo esbulho possessório descrito nos autos, decorrente da edificação de imóvel, por parte dos recorridos, ora impetrantes, em área non aedificandi (cerca de 5 metros dos trilhos da ferrovia descrita nos autos), em manifesta afronta à legislação de regência e desprovida de qualquer autorização do órgão competente, mas, principalmente, por colocar em risco suas próprias vidas e a de terceiros que se utilizam dos transportes ferroviários naquela localidade, devendo-se privilegiar, em casos assim,

a garantia constitucional fundamental do direito à vida, assegurada em nossa Constituição Federal. [...]

Manifestou-se também o Ministério Público Federal em parecer de fls. 139-143, da lavra do Procurador Regional da República Ronaldo Meira de Vasconcellos Alba, *in verbis*:

[...]

Ao adentrarmos no mérito da questão originária (Ação Possessória nº 0045139-11.2013.4.01.3700/MA), temos ainda que não restou comprovada a alegação dos ora impetrantes quanto a presença dos interessados na audiência de justificação designada pelo juízo monocrático (vide fls. 4/5).

Confere-se das fls. 100 dos autos digitais que os impetrantes se fizeram representar pelos advogados, não estando presentes naquela ocasião.

Nessa mesma ata de audiência de justificação prévia (fls. 100) verifica-se que o advogado impetrante somente havia sido procurado pelos impetrantes na noite anterior da citada audiência, motivo pelo qual requereu o adiamento de tal ato, sendo indeferido tal pleito sob o correto argumento de que estes mesmos impetrantes, então réus, tiveram tempo suficiente (desde suas intimações) para praticarem quaisquer atos para suas defesas.

Ainda quanto ao mérito da questão originária (Ação Possessória nº 0045139-11.2013.4.01.3700/MA), observa-se que o próprio magistrado a quo reconheceu que a questão caracterizava esbulho, se limitando a não deferir a medida liminar na ação possessória por entender não restar comprovado que o mencionado esbulho teria ocorrido a menos de ano e dia (fls. 81).

Ocorre que a área esbulhada reveste-se de natureza de bem público, insuscetível de ocupação, bem como de usucapião.

A desocupação dos ora impetrantes é medida que se faz necessária, não só por determinação legal, mas para fins de se evitar que outros visem construir às margens de ferrovias, principalmente quando se percebe claramente que os ora impetrantes, então esbulhadores, restaram por instituir edificações à menos de 5 metros dos trilhos ferroviários.

Nesse contexto, frise-se que o perigo é real e imediato, eis que a vida dos próprios impetrantes, bem como de terceiros, estão à todo tempo em iminente risco.

Quanto ao julgamento do presente Mandado de Segurança, temos que este resta prejudicado.

Da nova documentação juntada pela autoridade apontada como coatora podemos verificar, com facilidade, que o Agravo de Instrumento interposto por TRANSNORDESTINA LOGÍSTICA S/A (registro TRF-1 nº 0040630-89.2014.4.01.0000/MA) foi julgado provido, por

unanimidade, pela Egrégia 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (fls. 120/132).

No mais, ainda é informado que os nobres causídicos dos impetrantes restaram ainda por interpor Recurso Especial, por ocasião do unânime provimento do mencionado agravo de instrumento pela 5ª Turma do TRF-1ª Região (fls. 120).

Assim sendo não há mais razões legais para prosseguir o mandamus em tela, eis que perde-se o objeto quando a decisão atacada foi substituída por decisão colegiada.

Ante o exposto, manifesta-se o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pelo não conhecimento da impetração pelo fato de não se vislumbrar ato ilegal, abusivo ou teratológico.

Caso assim não entenda, somos ainda pela perda o objeto, ante ao fato de que a decisão atacada via mandamus haver sido substituída por decisão colegiada (Egrégia 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região).

Superadas as preliminares, somos, por fim, pela denegação da segurança, ante aos fatos e motivos de direito aqui expostos. [...]

Sobre o julgamento do agravo de instrumento, vê-se que, às fls. 121-132, foram juntadas as peças relativas ao julgamento do Agravo de Instrumento 40640-89.2014.4.01.0000/MA pela 5ª Turma deste TRF 1ª Região, que, à unanimidade, deu provimento ao recurso, reformando a decisão de origem para deferir a antecipação de tutela e determinar a “imediata desocupação da área *non aedificandi* invadida e demolição da edificação ali erguida”.

O acórdão restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FERROVIA FEDERAL. FAIXA DE DOMÍNIO. OCUPAÇÃO POR TERCEIRO. ÁREA NON AEDIFICANDI. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE CUMULADA COM PEDIDO DEMOLITÓRIO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CABIMENTO. I - A orientação jurisprudencial de nossos tribunais firmou-se no sentido de que “é cabível a ação de reintegração de posse relativamente a faixa de domínio de rodovia federal ocupada por terceiro, tendo em vista que, declarada de utilidade pública para fins de desapropriação e afetação rodoviária, passa a constituir-se bem de uso comum do povo (CC/1916, art. 66, I), cujo domínio foi transferido à autarquia federal então responsável pelas rodovias federais (DNER)” (AC 0003141-18.1999.4.01.4100/RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, SEXTA TURMA, DJ p.23 de 04/04/2005). II - Na hipótese em comento, constatado o manifesto esbulho possessório, decorrente da edificação de imóvel, por parte dos recorridos, em área *non aedificandi* (cerca de 5 metros dos trilhos da ferrovia descrita nos autos), em manifesta afronta à legislação de regência e desprovida de qualquer autorização do órgão

competente, afigura-se cabível a desocupação e a demolição pretendida, ante o iminente risco às próprias vidas dos ocupantes e às de terceiros que se utilizam dos transportes ferroviários naquela localidade, devendo-se privilegiar, em casos assim, a garantia constitucional e fundamental do direito à vida, assegurada em nossa Constituição Federal. III - Agravo de instrumento provido. Decisão reformada. Concessão da antecipação da tutela, para imediata desocupação da área non aedificandi invadida e demolição da edificação ali erguida.

(AG 0040640-89.2014.4.01.0000/MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.416 de 06/11/2014)

A questão já foi objeto de análise por parte desta Corte Especial que, em caso análogo ao presente, entendeu pela superveniente perda do objeto da impetração. Veja-se:

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DE RELATOR EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO POSTERIOR DO AGRAVO. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. 1. Julgado o Agravo de Instrumento nº 2008.01.00.035403-7/MT, no qual foi proferida a decisão ora impetrada, tem-se por configurada a perda de objeto do presente mandado de segurança. Aplicação de precedentes jurisprudenciais do egrégio Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal. 2. Na hipótese de mandado de segurança impetrado contra ato de relator que decidiu pedido de antecipação de tutela recursal em sede de agravo, deve ser denegada a segurança, na forma do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, pela perda superveniente de objeto do writ, quando já

julgado o recurso de agravo pelo colegiado do órgão jurisdicional competente. 3. Mandado de segurança denegado (art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009).

(MS 0043831-55.2008.4.01.0000 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, CORTE ESPECIAL, e-DJF1 p.406 de 03/02/2012)

Com efeito, no caso dos autos, vê-se que a decisão monocrática da lavra do Desembargador Federal Souza Prudente e atacada pela via mandamental foi substituída pelo julgamento do colegiado da 5ª Turma que, repita-se, à unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, reformando a decisão de origem para deferir a antecipação de tutela e determinar a “imediate desocupação da área non aedificandi invadida e demolição da edificação ali erguida”.

Nesse cenário, há que se reconhecer a perda superveniente do objeto desta impetração, como bem pontuado pelo membro do Ministério Público Federal em seu parecer.

Não fosse suficiente, vê-se que a autoridade coatora agiu dentro dos limites da legislação vigente, restando inexistente ato ilegal ou arbitrário praticado pela autoridade impetrada ou teratologia no conteúdo do quanto decidido.

Isso posto, em razão da perda superveniente do objeto da impetração, denego a segurança (art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009).

Honorários incabíveis. Custas *ex lege*.

É o meu voto.

Primeira Seção

Numeração única: 0004504-59.2007.4.01.4100

Embargos Infringentes 2007.41.00.004507-0/RO

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
 Embargante: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Embargados: Maria Helena Cavalcante e outros
 Advogados: Dr. Francisco Ricardo Vieira Oliveira e outro
 Publicação: e-DJF1 de 04/09/2015, p. 2.504

Ementa

Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Servidor público federal. Art. 37, X, Constituição. Revisão geral de remuneração. Lei 10.697/2003. Vantagem Pecuniária Individual. Lei 10.698/2003. Revisão geral anual. Irredutibilidade real. Princípio da isonomia. Embargos infringentes rejeitados.

I. “A decisão de embargos infringentes será adstrita aos limites da divergência, podendo o recurso: a) ser acolhido totalmente, com a prevalência do voto que fora vencido no aresto embargado; b) ser acolhido parcialmente, caso em que o embargante receberá menos do que fora deferido no voto vencido; ou, c) ser rejeitado, caso em que prevalecerá às inteiras a solução adotada nos votos vencedores lançados no aresto embargado.” (REsp 8.405-SP, rel. Min. Athos Carneiro, 4ª T do STJ, unânime, in DJU de 18/05/1992).

II. O art. 37, X, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998, assegura aos servidores públicos federais o direito à revisão geral anual de seus vencimentos sempre na mesma data e sem distinção de índices.

III. A garantia de irredutibilidade de vencimentos é real e não somente nominal, pois a inflação é fato que corrói o poder de compra da moeda e a garantia constitucionalmente assegurada previne exatamente essa perda provocada pelo fenômeno inflacionário.

IV. Foi o próprio Legislativo, mediante a iniciativa do Executivo, que editou as Leis 10.697 e 10.698, ambas em número sequencial e publicadas no mesmo dia, que concederam reajuste geral de 1% e a Vantagem Pecuniária Individual – VPI, que, para os servidores do menor padrão remuneratório, representaram o reajuste geral equivalente à inflação do ano anterior (14,23%).

V. A simulação de reajuste geral feita aos servidores do menor padrão remuneratório ofendeu o inciso X do art. 37 da Constituição Federal, que veda a distinção de índice quando da concessão do reajuste geral. A extensão aos demais servidores não ofende a Súmula 339 e a Súmula Vinculante 37 do STF, pois não é feita com base na isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988), mas por aplicação expressa do dispositivo específico do art. 37, X, que determina que o reajuste geral dos servidores seja sempre na mesma data e *sem distinção de índices*. Precedentes do STF no caso dos 28,86% e de extensão aos inativos de gratificação dada em valores diversos aos ativos.

VI. A Corte Especial Judicial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos Embargos Infringentes em Arguição de Inconstitucionalidade 2007.41.00.004426-0/RO, por maioria, declarou a parcial inconstitucionalidade material do art. 1º da Lei 10.698/2003, no ponto em que fixou em valor único, e não com percentual único, a Vantagem Pecuniária Individual que instituiu, conforme salientado no r. voto da relatora Desembargadora Neuza Alves.

VII. A reserva de plenário está cumprida com a decisão sobre a lei em tese da Corte Especial, cabendo à Turma concretizar o preceito genérico, pois vinculada a esse julgado.

VIII. A VPI, instituída pela Lei 10.698/2003 no valor fixo de R\$ 59,87, representou reajuste de 13,23% no padrão de menor vencimento do serviço público, que somado ao reajuste geral de 1% da norma anterior resultou num reajuste de 14,23% para os servidores com menor remuneração. Assim, cabe o reajuste geral no percentual de 13,23%, adicionado àquele de 1% concedido, aos servidores no ano de 2003, a ser acrescido aos vencimentos, com os efeitos daí decorrentes, até a reestruturação da carreira com absorção do referido reajuste.

IX. Embargos infringentes rejeitados.

Acórdão

Decide a 1ª Seção, à unanimidade, rejeitar os embargos infringentes.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 25/08/2015.

Juiz Federal *Cleberson José Rocha*, relator convocado.

Relatório

Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: — Trata-se de embargos infringentes opostos pela União contra o v. acórdão (fls. 224-240) proferido pela 1ª Turma deste Tribunal, da lavra da Desembargadora Federal convocada Ângela Catão.

Na aludida assentada, ficou vencido o eminente Desembargador Federal Néviton Guedes, que acolhia

a preliminar de inconstitucionalidade e, no mérito, julgava improcedente o pedido dos autores. (fls. 241-248)

A União, nos embargos infringentes, sustenta que o voto do Desembargador Federal Néviton Guedes perfilhou entendimento no sentido de que é incabível ao órgão judicante estender aos demais servidores qualquer aumento deferido aos servidores do Poder Legislativo. Afirma que o r. voto vencedor, ao declarar

inconstitucionais as Leis 10.697/2003 e 10.698, feriu o disposto no art. 97 da Constituição Federal.

Aduz que o Governo Federal, a título de revisão geral, reajustou os vencimentos dos servidores no percentual de 1% para todos, fato que demonstra qualquer ausência de distinção de índices. Tece considerações acerca da ausência de qualquer descumprimento da norma do art. 37, inciso X, da Constituição Federal, uma vez que a mesma deve ser interpretada sistematicamente, em conjunto com a norma do art. 61, §1º, II, *a*, da CF/1988, que permite ao presidente desencadear o processo legislativo de aumento salarial. (fls. 253-273)

Não houve apresentação de contrarrazões.

Embargos infringentes admitidos à fl. 275.

É o relatório.

Voto*

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

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

A todo modo, oportuno registrar que, em 2 de julho de 2003, foram editadas as Leis 10.697 e 10.698, tais ordenamentos estabeleceram, respectivamente, a revisão geral de 1% para os servidores públicos federais e uma “Vantagem Pecuniária Individual – VPI” no valor de R\$ 59,87. A presente lide circunscreve-se à consideração dessas normas como revisão geral de estipêndios e extensível a todos os servidores — sentido amplo — na forma de percentual idêntico.

Sabe-se que em 2002 o INPC fechou o ano indicando a inflação em 14,87%, segundo o IBGE¹.

Para os servidores que percebiam remuneração de valor superior, a VPI instituída pela Lei 10.698/2003 no valor fixo de R\$ 59,87 representou índice sempre proporcional entre tal vantagem e a classe de remuneração comparada, mas sempre inferior aos 14,23% em relação à menor remuneração então paga no serviço público, acrescidos à revisão geral de 1% autorizada pela Lei 10.697/2003.

O Executivo divulgou por meio de entrevista dada pelo Ministro da Fazenda, Guido Mantega, que a “revisão” seria feita de forma a garantir a reposição de perdas inflacionárias e aumento real aos servidores de menor remuneração apenas.

A verba orçamentária utilizada para as despesas decorrentes de ambas as normas tem a mesma origem, apesar de a VPI ser destinada também a outros Poderes e órgãos.

As normas foram editadas na mesma data (02/07/2003) e publicadas no *D.O.U.* de 03/07/2003.

Com tais medidas foi concedida a revisão geral anual e a VPI por iniciativa de lei do Executivo para os demais Poderes — Legislativo e Judiciário — e órgãos independentes, enquanto tal iniciativa do chefe do Executivo somente seria admitida para a *revisão geral anual* e não para a chamada VPI.

Tais fatos demonstram que o Estado deixou de dar cumprimento ao comando constitucional de se fazer a revisão geral anual sempre na mesma data e sem distinção de índices. Vejamos.

1. Revisão geral anual – Irredutibilidade real

Inicialmente há de se pontuar que a *garantia de irredutibilidade de vencimentos é real* e não somente nominal, pois a inflação é fato que corrói o poder de compra da moeda e a garantia constitucionalmente assegurada previne exatamente essa perda provocada pelo fenômeno inflacionário.

Essa garantia previne o orçamento do agente público — servidor público contra a “redução salarial” que resulta no achatamento salarial causada pela omissão legislativa do Estado em face da inflação verificada.

A correção dessa perda não implica fomento da chamada *cultura inflacionária*, pois ela é voltada para corrigir distorção passada e não uma projeção de expectativa inflacionária para o futuro. Sua aplicação é sempre retroativa, quanto ao índice inflacionário a ser reposto e não num aumento a ser aplicado para o futuro em consideração de suposta perda inflacionária futura. Esta última hipótese seria fomento à cultura inflacionária. Já a mera reposição inflacionária de período passado é *forma tardia* de reajustamento do poder de compra da moeda. Assente-se que a revisão geral, como de regra, não tem efeito retroativo para corrigir mês a mês a perda ocorrida, já impõe prejuízo ao trabalhador, que é tanto mais relevante quanto maior for a inflação mensal verificada ao longo de um ano que somente será revisada com efeito futuro no ano seguinte.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Candido Moraes, João Luiz de Sousa, Gilda Sigmaringa Seixas, Jamil de Jesus Oliveira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado).

¹ Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/10012003ipca.shtm>>.

A Constituição da República de 1988 estabelecia no art. 37, X e XV:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

X - a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data;

[...]

XV - os vencimentos dos servidores públicos são irredutíveis, e a remuneração observará o que dispõem os arts. 37, XI e XII, 150, II, 153, III e § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, 1998)

Ao se conjugar tais dispositivos extrai-se o comando constitucional da obrigatoriedade de revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices para, no mínimo, a *preservação de seu valor real*.

II. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF

Na vigência dessas regras o Supremo Tribunal Federal – STF proferiu inúmeras decisões em casos particulares que não demonstram claramente uma posição firmada sobre o tema.

Com efeito, a Primeira Turma do STF estabeleceu em situação diversa que a garantia de irredutibilidade era apenas nominal e não real. Tais julgados apreciavam a reposição de 84,32% e o fundamento principal da improcedência dos pedidos era o *não aperfeiçoamento do direito adquirido* à reposição em face da modificação na situação fática. Confira-se:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Artigo 102, inciso II, alínea “a”, CF. Acórdão que denegou a segurança. Omissão de Ministro de Estado, quanto a reposição salarial de 84,32%, prevista pela Lei n. 7.830/89. IPC apurado entre 16-02 e 15-03-1990. Alegada violação de direito adquirido: eficácia retroativa da Lei n. 8.030/90. Competência da Turma para julgamento dos recursos ordinários interpostos de decisões denegatorias de mandado de segurança impetrado originariamente perante Tribunal. Precedentes do STF: RMS 21.335, 21.355, 21.366, 21.300, 21.362, 21.421, 21.481, 21.387, 21.469, 21.364, 21.505, 21.334. Inexistência de violação de direito adquirido. O acórdão recorrido adotou o pensamento desta Corte sobre a matéria, ao decidir que a Lei n. 7.830/89 foi revogada pela Medida Provisória n. 154, de 16-03-1990, convertida na Lei n. 8.030/90, antes

de consumados os fatos idoneos a aquisição do direito, RE 176.520. Já entendeu o Pleno que, dessa forma, não fica vulnerado o princípio constitucional que assegura a intangibilidade do direito adquirido, eis que a revogação precedeu a própria aquisição e não somente o exercício do direito, MS 21.216. O aperfeiçoamento do direito subjetivo de que se dizem titulares os impetrantes ficou impedido, em virtude da falta de um dos seus elementos integralizadores, no caso, a implementação do tempo exigido para a incidência da regra de revisão outrora vigorante, abolida por lei posterior. O que se frustrou não passava de expectativa de continuidade do critério ou regime da fixação de remuneração futura, e isso o Supremo Tribunal, uniformemente, tem-se recusado a admitir como direito adquirido, mesmo em favor de funcionários protegidos pela irredutibilidade: RE 77.897, RE 99.217. O STF sempre encarou o princípio da irredutibilidade como um conceito jurídico, não simplesmente economico, ficando o direito a majoração do vencimento nominal a depender de indispensável autorização legislativa, no caso, revogada antes de vir a gerar efeitos financeiros, RE 94.041, RE 96.458, RE 100.007. A irredutibilidade ou intocabilidade dos vencimentos não tem como corolário a sua revisão automática em razão dos índices de desvalorização da moeda, RE 94.011, RE 101.183, RE 83.280, RE 140.768, RE 140.763, RE 141.678, RE 143.751, RE 147.264, MS 21.216. Recurso ordinário conhecido, mas desprovido, na conformidade de precedentes desta Corte, mantido o acórdão recorrido. (RMS 21774, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 04/10/1994, DJ 02-12-1994 PP-33199 EMENT VOL-01769-01 PP-00184)

MANDADO DE SEGURANÇA - LEIS Nºs 7.788 E 7.830, AMBAS DE 1989 - MEDIDA PROVISÓRIA N. 154/90 - LEI DE CONVERSÃO N. 8.030/90 - REPOSIÇÃO SALARIAL (84,32%) - SERVIDORES PÚBLICOS - DIREITO ADQUIRIDO - INEXISTÊNCIA - CLÁUSULA ASSECURATORIA DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS - INAPLICABILIDADE A ESPÉCIE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - O recurso extraordinário representa um dos mais expressivos instrumentos jurídico-processuais de preservação da supremacia e da intangibilidade da ordem normativa contemplada na Lei Fundamental da República. E suscetível de conhecimento, pois, o recurso extraordinário que, insurgindo-se contra decisão que fez inadequada aplicação de norma constitucional, busca restabelecer o sentido exato de princípio consagrado pela Carta Política. - Ventila tema constitucional o acórdão que, para reconhecer em favor do servidor público a oponibilidade de certo direito ao Estado, invoca, como fundamento precipuo de sua afirmação decisória, a necessidade de observância, pela Administração Pública, da garantia tutelar proclamada pelo art. 5., inciso XXXVI, da Carta Política. - A revogação da Lei n. 7.830/89 pela Medida Provisória n. 154/90 - que se converteu na Lei n. 8.030/90 - verificou-se em

momento anterior ao da consumação de fatos idoneos necessários a aquisição do direito ao reajuste de vencimentos previsto para 1. de abril de 1990. Tendo-se antecipado, validamente, a incorporação desse direito no patrimônio jurídico dos servidores, o ato ab-rogatorio não ofende a cláusula constitucional que tutela a intangibilidade de situações definitivamente consolidadas (CF, art. 5., XXXVI). - A garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos impede que ato superveniente do Estado afete, reduza ou suprima o direito ao estipêndio que já se incorporara ao patrimônio jurídico do servidor público. A só condição de destinatário da proteção constitucional não basta para conferir ao beneficiário dessa expressiva garantia o direito a revisão corretiva dos efeitos nocivos gerados pelo processo inflacionário. Os índices de desvalorização da moeda não geram direito, ação e pretensão a revisão automática dos valores remuneratórios pagos a servidores públicos, pois esses reajustamentos não constituem decorrência necessária da cláusula constitucional institutiva da garantia de irredutibilidade de vencimentos. Precedentes.

(RE 140768, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 09/03/1993, DJ 23-04-1993 PP-06924 EMENT VOL-01700-05 PP-00918)

No mesmo sentido outros acórdãos nos RE 140.763, RE 143.753 e 147.264, todos da Primeira Turma do STF.

De se notar que o julgado precedente, no qual se basearam os demais acórdãos, não toca em momento algum na natureza da irredutibilidade salarial garantida pela Constituição, se nominal ou real, mas apenas indefere o pedido em razão da ausência de direito adquirido pela modificação legislativa posterior:

Mandado de Segurança contra ato omissivo do Presidente do Supremo Tribunal, em virtude do qual ficaram privados os Impetrantes, funcionários da Secretaria da Corte, do reajuste de 84,32% sobre os seus vencimentos, a decorrer da aplicação da Lei n. 7.830, de 28-9-89. Revogada esta pela Medida Provisória n. 154, de 16-3-90 (convertida na Lei 8.030-90), antes de que se houvessem consumados os fatos idoneos a aquisição do direito ao reajuste previsto para 1.-4-91, não cabe, no caso, a invocação da garantia prevista no art. 5., XXXVI, da Constituição. Pedido indeferido, por maioria.

(MS 21216, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 05/12/1990, DJ 28-06-1991 PP-08905 EMENT VOL-01626-02 PP-00216 RTJ VOL-00134-03 PP-01112)

Finalmente quanto a esse entendimento são todos anteriores (entre 1993 e 1994) aos precedentes da 2ª Turma e do Pleno do STF em sentido contrário. Confira-se.

Posteriormente a essas decisões a 2ª Turma do STF e o Plenário passaram a perfilar entendimento oposto, qual seja, de que a *garantia à irredutibilidade salarial dos servidores públicos é real para preservação de seu poder de compra*. Vamos aos julgados:

RECURSO ORDINÁRIO - PRAZO - MANDADO DE SEGURANÇA - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O silêncio da legislação sobre o prazo referente ao recurso ordinário contra decisões denegatórias de segurança, ou a estas equivalentes, como é o caso da que tenha implicado a extinção do processo sem julgamento do mérito - mandado de segurança nº 21.112-1/PR (AGRG), relatado pelo Ministro Celso de Mello, perante o Plenário, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 29 de junho de 1990, à página 6.220 - é conducente à aplicação analógica do artigo 33 da Lei nº 8.038/90. A oportunidade do citado recurso submete-se à dilação de quinze dias. REVISÃO DE VENCIMENTOS - ISONOMIA. "a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data" - inciso X - sendo irredutíveis, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal), mas real (poder aquisitivo) os vencimentos dos servidores públicos civis e militares - inciso XV, ambos do artigo 37 da Constituição Federal.

(RMS 22307, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/1997, DJ 13-06-1997 PP-26722 EMENT VOL-01873-03 PP-00458 RTJ VOL-00163-01 PP-00132)

RECURSO ORDINÁRIO - PRAZO - MANDADO DE SEGURANÇA - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O silêncio da legislação sobre o prazo referente ao recurso ordinário contra decisões denegatórias de segurança, ou a estas equivalentes, como é o caso da que tenha implicado a extinção do processo sem julgamento do mérito - Mandado de Segurança nº 21.112-1/PR (AGRG), relatado pelo Ministro Celso de Mello, perante o Plenário, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 29 de junho de 1990, à página 6.220 - é conducente à aplicação analógica do artigo 33 da Lei nº 8.038/90. A oportunidade do citado recurso submete-se à dilação de quinze dias. REVISÃO DE VENCIMENTOS - ISONOMIA. A revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data - inciso X - sendo irredutíveis, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal), mas real (poder aquisitivo), os vencimentos dos servidores públicos civis e militares - inciso XV, ambos do artigo 37 da Constituição Federal.

(RMS 22295, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 30/05/2000, DJ 30-06-2000 PP-00090 EMENT VOL-01997-02 PP-00230)

REVISÃO DE VENCIMENTOS - ISONOMIA - De acordo com o inciso X, do artigo 37 da Constituição

Federal, “a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data”, sendo irredutíveis, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal), mas real (poder aquisitivo), os vencimentos dos servidores públicos civis e militares (inciso XV também do rol das garantias constitucionais). (RE 200858 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 27/04/1998, DJ 12-06-1998 PP-00058 EMENT VOL-01914-04 PP-00828)

Os precedentes demonstram, a meu juízo, que o STF modificou o entendimento quanto à garantia de irredutibilidade salarial do servidor para considerá-la de forma a *garantir o valor real* e não meramente nominal, especialmente considerando os julgados relativos aos 28,86% julgados no Plenário da colenda Corte.

A Carta Magna foi alterada no art. 37, incisos X e XV para reforçar as garantias ao servidor público de: a) revisão geral anual sem distinção de índices; e b) a irredutibilidade do subsídio e dos vencimentos dos agentes públicos. A nova redação:

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)

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Regulamento)

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Dessa forma, a garantia de resguardo dos vencimentos dos servidores sobre perdas inflacionárias ganhou reforço com a nova redação do art. 37, X, dada pela Emenda 19/1998 (X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, *assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices*). Por isso que a irredutibilidade (inciso XV) é real e não meramente nominal. Nesse sentido votou novamente o relator Ministro Marco Aurélio no RE 565.089, cujo processo se

encontra com vista à Ministra Cármen Lúcia. Vejamos as palavras do douto Ministro:

Atentem para a distinção entre aumento e reajuste. O Direito, tanto o substancial quanto o instrumental, é orgânico e dinâmico, descabendo confundir institutos que têm sentido próprio. Na espécie, não se trata de fixação ou aumento de remuneração – estes, sim, a depender de lei, na dicção do inciso X do artigo 37 da Carta da República. Versa-se o reajuste voltado a afastar os nefastos efeitos da inflação. Objetiva-se a necessária manutenção do poder aquisitivo da remuneração, expungindo-se o desequilíbrio do ajuste no que deságua em vantagem indevida para o Poder Público, a aproximar-se, presente a força que lhe é própria, do fascismo. Não se pode adotar entendimento que implique supremacia absoluta do Estado, em conflito com o regime democrático e republicano.

Consoante a jurisprudência tradicional do Supremo, mostra-se inviável o aumento remuneratório de servidor público por decisão judicial, porquanto o Poder Judiciário não possui função legislativa – Verbete nº 339 da Súmula: “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. A visão é correta. Não há espaço para a concessão de aumento pela via judicial, mas os recorrentes não buscam isso. Buscam a indenização pelo descumprimento de um dever jurídico, consistente no inadimplemento de majoração remuneratória para resguardo da equação entre remuneração e trabalho.

O Supremo já assentou que “a correção monetária não se constitui em um plus, não é uma penalidade, mas mera reposição do valor real da moeda corroída pela inflação” – Agravo Regimental na Ação Cível Originária nº 404, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa. Com idêntico fundamento, há jurisprudência no sentido da desnecessidade do pedido expreso relativo à correção monetária, mesmo inexistindo dispositivo semelhante ao artigo 293 do Código de Processo Civil, que trata especificamente dos juros. A propósito, cito o que decidido no Recurso Especial nº 1.112.524/DF, da relatoria do Ministro Luiz Fux, à época no Superior Tribunal de Justiça: “A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expreso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita”.

[...]

No mais, atentem para a interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais. A garantia é de manutenção do valor da remuneração, e não da correspondente expressão monetária. Descabe confundir, como alerta Diogo de Figueiredo

Moreira Neto, “valor” da remuneração com a equivalente “expressão pecuniária”. O acréscimo remuneratório em percentual inferior à inflação do período representa inequívoca diminuição do valor da remuneração, em desacordo com a garantia constitucional.

O caso não é idêntico a outros nos quais o Supremo Tribunal Federal – STF entendeu de reconhecer a omissão e determinou ao Congresso Nacional sanasse tal falta.

Para concluir, adoto a premissa de que a revisão geral de vencimentos e subsídios é para garantia do valor real da moeda.

Quanto à possibilidade de o Judiciário resolver acerca da omissão do legislador em conceder a revisão geral e qual índice adotar é que passo a analisar.

III. Inconstitucionalidade por omissão

A inconstitucionalidade por omissão, no que interessa analisar, pode ser classificada: a) em sentido formal e no sentido material; b) em total ou parcial; ou c) em absoluta ou relativa, dentre as classificações que se pode extrair da doutrina de Juliano Taveira Bernardes, em seu artigo *Novas Perspectivas do Controle da Omissão Inconstitucional no Direito brasileiro* (disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6126/novas-perspectivas-do-controle-da-omissao-inconstitucional-no-direito-brasileiro#ixzz2pqEFsz54>>).

A inconstitucionalidade no sentido formal é aquela representada pela completa ausência de produção legislativa de regulamentação requerida por norma constitucional. A inconstitucionalidade no sentido material é verificada quando há falha na norma produzida que, por isso, é inadequada para atender à norma constitucional.

A inconstitucionalidade por omissão pode ser total ou parcial. A total é quando o legislador nada trata acerca do seu dever constitucional de promover a revisão geral anual. A inconstitucionalidade por omissão parcial se dá quando o legislador atua de forma incompleta, seja quanto ao índice, seja quanto à universalidade de agentes públicos beneficiados.

Já a inconstitucionalidade por omissão absoluta ou relativa a norma constitucional não prevê obrigação concreta de implementar a norma regulamentadora. Ante essa ausência de cominação, o simples não fazer caracteriza a omissão absoluta e nenhuma consequência daí advirá para efeito de controle constitucional. Já na omissão relativa, o legislador atua e a norma complementar descumpre, por insuficiência material na situação ou nos sujeitos de direito, norma

constitucional, podendo ser objeto de arguição da inconstitucionalidade, como se verá.

No caso de inconstitucionalidade por omissão formal ou total a providência a ser adotada pelo Judiciário pode ser, em controle concreto de normas, pelo mandado de injunção – MI ou no controle abstrato, pela ação de inconstitucionalidade por omissão – ADInO, com efeitos que passaremos a analisar, e, ainda na ação por descumprimento de preceito fundamental – ADPF — da Constituição (Lei 9.882/1999) que tem sido considerada meio de corrigir inconstitucionalidades.

Quando se tratar de omissão relativa o controle concentrado não pode se dar pela ADInO e pelo MI, mas pode ser feita pela ADPF, cujos efeitos não interessam ao caso em estudo, e por meio da ação direta de inconstitucionalidade – ADI — quanto ao comando legal que violou a constituição por ação regulamentadora vulneradora de norma constitucional, *v.g.* quando ofenda o princípio da igualdade. No controle difuso pode se dar por ação de conhecimento de iniciativa do interessado.

Em se tratando de omissão parcial ou material, em que se pressupõe existência de norma regulamentadora incompleta o controle de constitucionalidade pode ser abstrato ou concreto, cabendo nesse caso meios ordinários de solução do vício, ou no controle concreto ou difuso por ação do interessado.

Nesse sentido Juliano Taveira assenta:

8.1. Técnicas decisórias na ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Assentado o raciocínio de que a ADInO pode ser usada no controle das omissões formais e materiais parciais, mas não no das omissões relativas, cumpre saber quais são as técnicas e, no que interessam aos objetivos do trabalho, os efeitos da procedência do pedido feito neste tipo de ação. [...]

Mais adiante esclarece:

8.2

[...]

Ademais, embora também cabível a ADPF autônoma para controlar omissões relativas, o presente item delas não tratará. Tal assunto será examinado adiante, [142] pois a abordagem ora se restringe à fiscalização da constitucionalidade omissiva e, portanto, somente às omissões formais e parciais.

Sobre a possibilidade de controle dessa omissão o Ministro Gilmar Mendes assentou, no artigo *O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e*

Municipal na Constituição Federal de 1988, publicado na Revista Jurídica Virtual da Casa Civil, v. 1, n. 3, de julho de 1999:

[...]

5. O Controle da omissão legislativa no plano estadual

Muitas Constituições estaduais consagraram, ao lado do controle abstrato de normas, a ação direta por omissão. Assim sendo, é de se indagar se as unidades federadas estariam autorizadas a instituir o procedimento de controle da omissão, tendo em vista especialmente o disposto no art. 125, § 2o da Constituição Federal.

Tal como reconhecido pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, configura-se omissão legislativa não apenas quando o órgão legislativo não cumpre o seu dever, mas, também, quando o satisfaz de forma incompleta.

[...] os grifos não constam no original

A omissão parcial ou material e a relativa podem ser implícitas ou explícitas. São explícitas quando o dispositivo regulamentador expressamente exclui do seu âmbito normativo situação jurídica ou pessoa, em ofensa à isonomia na lei. São implícitas quando a norma regulamentadora regula de forma deficiente o direito e deixa de estender sua normatividade à situação jurídica ou à pessoa em ofensa à isonomia. Nas omissões parciais ou materiais e relativas, implícitas, a técnica jurídico-judicial para sanar a inconstitucionalidade e restabelecer a isonomia pode ser a da “sentença aditiva”, preconizada no Direito italiano e utilizada no estudo de Juliano Taveira.

O professor Inocêncio Mártires Coelho, em seu livro *Interpretação Constitucional*, 4. ed., Editora Saraiva, pp. 174 e 176, esclarece sobre tal ponto, citando o jurista italiano Riccardo Guastini quando trata das técnicas de interpretação do direito italiano. Confira-se:

[...]

No âmbito dessa corte Constitucional, ele nos aponta as seguintes espécies de interpretação conforme ou de adequação das leis à Constituição, que a rigor configuram nítida criação judicial do direito:

“1. Decisões interpretativas em sentido estrito, compreendendo duas subespécies:

- 1.1. sentenças interpretativas de rechaço; e
- 1.2. sentenças interpretativas de aceitação.

2. decisões manipuladoras, compreendendo também duas subespécies:

- 2.1. sentenças aditivas; e
- 2.2. sentenças substitutivas”.

[...]

(pg. 174)

[...]

Denominam-se sentenças aditivas aquelas em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma disposição, na parte em que não expressa determinada norma, que deveria conter para ser compatível com a Constituição.

Por via de regra, esse tipo de sentença decorre da aplicação do princípio da igualdade, naquelas situações em que alguma lei concede um benefício a certo grupo de pessoas, deixando de contemplar outros indivíduos que se encontram em igualdade de condições com os beneficiados. Nesses casos, a Corte declara inconstitucional a norma na parte em que não confere o mesmo tratamento ao grupo por ela excluído. Como, por outro lado, essa parte da norma não existe, até porque não integra formalmente o texto – e o texto é o portador do significado, como adverte Ricoeur -, o que a Corte faz, em tese, é criar uma norma autônoma, que estende aos excluídos o benefício antes concedido apenas aos indivíduos expressamente contemplados no texto/norma objeto de julgamento.

Daí se dizer, continua Guastini, que nesses casos, em rigor, a Corte não declara a inconstitucionalidade do texto/norma que delimita o universo dos seus beneficiários – o que lhes cancelaria o benefício sem concedê-lo aos demais -, mas sim a de outra norma, implícita, extraída do texto com o argumento a contrario, ou seja, daquela norma que nega o mesmo direito a indivíduos merecedores de idêntico tratamento. Isso só é possível – arremata esse mestre italiano – porque se entende que a anulação de uma norma que nega determinado direito implica a concessão do direito por ela negado.

[...]

(pg. 176, sem grifos no original)

Feita essa primeira análise das hipóteses e lançada a premissa da admissão da técnica da sentença aditiva nos casos de omissão relativa e parcial ou material implícitas, passamos a analisar cada uma das hipóteses e os meios passíveis de serem enfrentadas no controle de constitucionalidade.

IV. Omissão relativa (regulamentação de norma constitucional sem aplicação direta)

A omissão relativa — aquela cuja violação de norma constitucional sem aplicabilidade direta decorre da regulamentação deficiente por discriminação arbitrária — pode ser feita pela ADI que poderá, ao invés de anular a regra, determinar efeito aditivo para reconhecer a norma implícita ou explícita daquilo que implicou *descremem* inconstitucional, ofendendo outra regra constitucional de eficácia plena, como a isonomia. Nesse caso a decisão demandaria extensão

da regra àquela situação jurídica ou àquele sujeito discriminado inconstitucionalmente. Nesse sentido a doutrina citada:

9. Fundamentos do controle das omissões relativas pelas vias de fiscalização dos atos comissivos

[...]

Por isso, nessas hipóteses, a decisão do tribunal implicaria espécie de “efeito aditivo”. Declarar a inconstitucionalidade seja da cláusula expressa de exclusão (omissão relativa explícita), seja da norma implícita discriminatória (omissão relativa implícita), envolve nítida “adição normativa” ao preceito impugnado, pois a consequência lógica dessa declaração é a própria extensão da disciplina legal a fatos, pessoas ou situações não desejados pelo órgão legislativo. [149] Em outras palavras, mesmo quando a censura incide em face “daquilo que não foi contemplado” pela providência normativa, por meio dessa mecânica de controle, o que sucede é a adesão, à providência censurada, daquilo que foi por ela omitido. [150]

[...]

A omissão relativa também pode ser aferida em ADPF, cujos efeitos não interessam à solução do caso.

Finalmente, pode a inconstitucionalidade ser suscitada em processo de conhecimento diretamente proposto por interessado no controle difuso ou concreto de normas. Nesse caso o juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade por omissão relativa (implícita) e dar efeito aditivo para estender a previsão à situação ou pessoa discriminada inconstitucionalmente. Se a omissão for explícita, por afastar expressamente a norma à situação ou pessoa com o malferimento da isonomia a solução será mais simples, bastando reconhecer inconstitucionalidade da norma anti-isonômica e restabelecer a isonomia.

Dos precedentes do STF se pode extrair julgados que teriam aplicado, em controle difuso, a solução aditiva a decisão de inconstitucionalidade relativa implícita, inclusive em situação muito semelhante à tratada no presente caso, como se verá. Confira-se:

ISONOMIA - ATIVOS E INATIVOS - § 4º DO ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - APLICABILIDADE. A garantia insculpida no § 4º do artigo 40 da Constituição Federal e de eficácia imediata. A revisão dos proventos da aposentadoria e a extensão aos inativos de quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade pressupõem, tão-somente, a existência de lei prevendo-os em relação a estes últimos. O silêncio do diploma legal quanto aos inativos não e de molde a afastar a observância da igualação, sob pena de relegar-se a atuação do

legislador ordinário como se a este fosse possível introduzir, no cenário jurídico, temperamentos a igualdade. Uma vez editada lei que implique outorga de direito aos servidores em atividade, da-se pela existência da norma constitucional, a repercussão no campo patrimonial dos aposentados. A locução contida na parte final do § 4º em comento - “na forma da lei” - apenas submete a situação dos inativos as balizas impostas na outorga do direito aos servidores da ativa. (AI 141189 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 09/06/1992, DJ 14-08-1992 PP-12228 EMENT VOL-01670-02 PP-00436 RTJ VOL-00142-03 PP-00966)

RECURSO ORDINÁRIO - PRAZO - MANDADO DE SEGURANÇA - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O silêncio da legislação sobre o prazo referente ao recurso ordinário contra decisões denegatórias de segurança, ou a estas equivalentes, como é o caso da que tenha implicado a extinção do processo sem julgamento do mérito - mandado de segurança nº 21.112-1/PR (AGRG), relatado pelo Ministro Celso de Mello, perante o Plenário, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 29 de junho de 1990, à página 6.220 - é conducente à aplicação analógica do artigo 33 da Lei nº 8.038/90. A oportunidade do citado recurso submete-se à dilação de quinze dias. REVISÃO DE VENCIMENTOS - ISONOMIA. “a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data” - inciso X - sendo irreduzíveis, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal), mas real (poder aquisitivo) os vencimentos dos servidores públicos civis e militares - inciso XV, ambos do artigo 37 da Constituição Federal.

(RMS 22307, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/1997, DJ 13-06-1997 PP-26722 EMENT VOL-01873-03 PP-00458 RTJ VOL-00163-01 PP-00132)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDORES DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. REAJUSTE DE VENCIMENTOS DE 28,86%, DECORRENTE DA LEI Nº 8.627/93. DECISÃO DEFERITÓRIA QUE TERIA SIDO OMISSA QUANTO AOS AUMENTOS DE VENCIMENTOS DIFERENCIADOS COM QUE O REFERIDO DIPLOMA LEGAL CONTEMPLA DIVERSAS CATEGORIAS FUNCIONAIS NELE ESPECIFICADAS. Diploma legal que, de efeito, beneficiou não apenas os servidores militares, por meio da “adequação dos postos e graduações”, mas também nada menos que vinte categorias de servidores civis, contemplados com “reposicionamentos” (arts. 1º e 3º), entre as quais aquelas a que pertence a maioria dos impetrantes. Circunstância que não se poderia deixar de ter em conta, para fim da indispensável compensação, sendo certo que a Lei nº 8.627/93 contém elementos concretos que permitem calcular o percentual efetivamente devido a cada servidor. Embargos acolhidos para o fim explicitado. (RMS 22307 ED, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO,

Relator(a) p/ Acórdão: Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/1998, DJ 26-06-1998 PP-00008 EMENT VOL-01916-01 PP-00016 RTJ VOL-00167-01 PP-00109)

V. Omissão total ou formal (regulamentação de norma constitucional de aplicabilidade direta)

O controle dessa omissão pode ser pela via da ação direta de inconstitucionalidade (ADInO) por omissão ou na ADPF (controle abstrato ou concentrado) ou pelo mandado de injunção – MI (controle difuso ou concreto).

No controle abstrato de normas essa omissão total ou formal poderá ser apreciada em ação de inconstitucionalidade por omissão – ADInO — na qual caberá ao Tribunal Constitucional declarar a omissão e cientificar o Poder competente para adoção de providências ou para cumprir em 30 dias se se tratar de órgão administrativo (art. 103, § 2º, da Constituição da República de 1988). Nesse sentido:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC Nº 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998).

Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, a, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC nº 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, in fine, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação. (ADI 2061, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2001, DJ 29-06-2001 PP-00033 EMENT VOL-02037-03 PP-00454 RTJ VOL-00179-02 PP-00587)

No controle abstrato de normas a inconstitucionalidade por omissão pode ainda ser questionada em ADPF (Lei 9.882/1999), cuja solução jurisdicional atrai a norma do art. 103, § 2º, da Constituição, ou seja, solução, em regra, semelhante àquela dada no ADInO, conforme o doutrinador Juliano Bernardes no estudo citado.

Um efeito que se pode extrair da mora legislativa, depois de constatada pelo Judiciário no controle abstrato de inconstitucionalidade de normas e ausente

o saneamento dessa mora pode ser a conversão em favor do prejudicado do direito em perdas e danos, o que não será enfrentado aqui, por irrelevante à solução do caso.

No caso do controle concreto da omissão inconstitucional poderá ser declarada no mandado de injunção intentado por qualquer legitimamente interessado.

Nesse caso os efeitos da decisão do tribunal no mandado de injunção tinha solução semelhante à da ação de inconstitucionalidade por omissão, com mera cientificação pelo tribunal ao Poder competente para sanar a mora legislativa. Contudo, o STF tem evoluído para dar solução concreta ao direito inviável por ausência de norma regulamentadora. Esse avanço, proposto em doutrina, tem encontrado acolhimento em recentes decisões do STF, como nos MI 543, 670, 708 e 712. Confira-se as ementas do primeiro e do último julgado, posto os demais serem idênticos ao último citado:

CONSTITUCIONAL ART. 8º, §3º DO ADCT ANISTIA. REPARAÇÃO ECONÔMICA ÀQUELES QUE FORAM IMPEDIDOS DE EXERCEREM, NA VIDA CIVIL, ATIVIDADE PROFISSIONAL. PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. MORA DO CONGRESSO NACIONAL. PROJETOS DE LEI VETADOS PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. WRIT PRETENDE A MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DESTE TRIBUNAL, PARA QUE ESTE FIXE OS LIMITES DA REPARAÇÃO E ACOMPANHE A EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO. O TRIBUNAL DECIDIU ASSEGURAR, DE PLANO, O DIREITO À INDENIZAÇÃO, SEM CONSTITUIR EM MORA O CONGRESSO NACIONAL, PARA, MEDIANTE AÇÃO DE LIQUIDAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DE SENTENÇA DE CONDENAÇÃO, A FIXAR O VALOR DA INDENIZAÇÃO. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO EM PARTE.

(MI 543, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2000, DJ 24-05-2002 PP-00055 EMENT VOL-02070-01 PP-00035)

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE

INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na

relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque “serviços ou atividades essenciais” e “necessidades inadiáveis da coletividade” não se superpõem a “serviços públicos”; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 20 da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.

(MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384)

Ressalte-se que o MI é viável em razão de ser instrumento de garantias constitucionais, previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição e todo cidadão tem legitimidade para propô-lo, devendo, conforme o mais moderno entendimento, o Judiciário provê-lo de eficácia tal que satisfaça outro direito fundamental de inafastabilidade do controle judicial (XXXV), todos de eficácia direta e aplicabilidade imediata (§ 1º do art. 5º).

Finalmente neste tema cabe mencionar, sem adentrar na seara específica, que há entendimento substancial de que no caso do controle concentrado ou abstrato da omissão formal ou total, permanecendo

a mora do legislador pode o interessado requerer perdas e danos.

VI. Omissão parcial ou material

No caso de omissão parcial ou material parcial o controle de constitucionalidade pode ser abstrato ou concreto. No abstrato pela ADI, pela ADInO ou pela ADPF. No concreto ou difuso pelo MI ou ação de conhecimento.

Se a omissão for explícita, na ADI ou na ADPF a solução será a declaração da inconstitucionalidade da norma de exclusão que, automaticamente, restabelecerá a isonomia. Também no controle concreto ou difuso, bastará declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da discriminação inconstitucional explícita. Nesse caso não caberá a ADInO.

Se implícita, caberá a ADInO ou a ADPF, no controle abstrato ou concentrado, ou o MI ou ação de conhecimento pelo interessado na via concreta ou difusa. Nesses casos pode-se adotar a técnica da sentença aditiva para declarar a inconstitucionalidade e restabelecer a isonomia na lei, para fazer abranger situação ou pessoa implicitamente excluída da previsão normativa.

Quanto ao MI a decisão do tribunal poderá declarar incidentalmente a omissão inconstitucional parcial ou material e como consequência fixar prazo ao legislador para atuar, sob pena de não o fazendo a tempo e modo estabelecer preceito para substituir a medida legislativa omitida, tornando efetivo o direito decorrente, conforme tem evoluído a jurisprudência do STF com os precedentes citados anteriormente.

No controle concreto por meio de ação de conhecimento o juiz ou tribunal, no controle difuso, poderá reconhecer a mora legislativa parcial ou material e emitir preceito decisório, colmatando a lacuna e deferindo o direito inviabilizado pela norma deficientemente editada. Da mesma forma que na omissão relativa implícita, ou seja, com efeito aditivo, conforme precedentes citados do STF.

Quanto a esse ponto crucial da fundamentação é preciso trazer pequena distinção de classificação e solução de inconstitucionalidade omissiva.

É que valendo do estudo empreendido pelo Dr. Juliano, no artigo citado, em que analisa um caso de inconstitucionalidade por omissão relativa (item 11) e propõe solução (item 12), defendendo a aplicação da técnica da sentença aditiva, que em tudo se aplica ao caso de omissão parcial ou material de que se cuida na presente causa.

Isso porque a omissão relativa implícita ocorre por ação do legislador na regulamentação de norma constitucional sem aplicabilidade direta — sem cominação do dever ao legislador — em que discrimina inconstitucionalmente situação ou pessoa da previsão normativa e a omissão parcial ocorre em situação semelhante, mas ao regulamentar norma com aplicabilidade direta — na qual o constituinte comina obrigação de regulamentação, estando em mora se não o fizer.

Se o efeito aditivo pode e já foi utilizado na omissão relativa implícita, com maior razão deverá ser utilizada na omissão parcial ou material.

Tanto assim, que no caso julgado pelo STF, usado pelo mestre Juliano como exemplo de decisão com efeito aditivo em omissão relativa (implícita), atualmente teria a classificação de omissão parcial ou material, porque a EC 19/1998, que alterou o art. 37, X, da Constituição, passou a determinar a obrigação de *revisão geral anual* aos vencimentos e subsídios dos agentes públicos. O mesmo precedente, hoje, seria caso de omissão parcial ou material, pela alteração do parâmetro constitucional que tornou a revisão geral anual obrigatória.

De toda sorte, seja omissão relativa implícita ou parcial ou material, os casos são semelhantes, cuidando de extensão de revisão geral aos servidores.

VII. Inconstitucionalidade no caso concreto

A sequência dos atos praticados pela ré demonstra que, ao constatar uma inflação de 14,87% (IBGE) e instituir uma reposição de 14,23% (Lei.10.697/2003) + 1% (Lei 10.698/2003), tentou-se institucionalizar um reajuste geral discriminatório, o que é vedado pela Constituição Federal, a qual repudia expressamente a utilização de índices distintos na revisão geral anual de remuneração dos servidores, art. 39, X, CF/1988.

É fato, ainda, que a verba orçamentária utilizada para implementação da VPI tem origem no mesmo montante provisionado para fins de reajuste geral, vide Lei Orçamentária 10.640/2003. Tanto o é, que o desmembramento da verba foi perpetrado posteriormente pela Lei 10.691/2003, de autoria do chefe do Executivo, para fins de viabilizar o seccionamento do reajuste na forma pretendida.

A Lei 10.698/2003, de iniciativa do presidente da República, concedeu a VPI a todos os servidores públicos federais ativos e inativos, inclusive do *Judiciário, do Legislativo e Executivo* e até aos empregados públicos. Tal iniciativa do presidente da República — Executivo

— em aumentar despesa dos outros somente tem lugar quando se trata de *reajuste geral de vencimentos dos servidores públicos* (art. 37, X) e não com base no art. 61, § 1º, II *a*. A criação de vantagem a servidores vinculados ao Legislativo e Judiciário cabe somente por iniciativa do respectivo Poder. Tal ocorreu, porque, de fato, foi o artifício usado para conceder reajuste geral com distinção de índices.

A própria Lei 10.698/2003 determinou que a VPI (Art. 2º *Sobre a vantagem de que trata o art. 1º incidirão as revisões gerais e anuais de remuneração dos servidores públicos federais*) sofresse incidência dos reajustes gerais anuais posteriores, transformando tal verba em verdadeiro reajuste percentual a ser influenciado por todo e qualquer reajuste geral que lhe sucedesse. A VPI perdeu, *por redação expressa do dispositivo, a natureza de verba identificada apartada dos efeitos gerais incidentes sobre os vencimentos dos servidores e corrigível somente por outra norma de mesma natureza*. Do contrário, passou a ser geral e incorporada aos vencimentos para qualquer efeito posterior.

Oportuno consignar que o Governo Federal, por meio de pronunciamento do Sr. ministro do Planejamento Orçamento e Gestão, veiculado no site do MPOG, afirmou em 9 de abril de 2003 que *“o reajuste não será único, nem igual para todos os servidores” [...] “será um reajuste diferenciado”*. Em outras palavras, o porta-voz do Poder Executivo afirmou textualmente a pretensão de ofender os dispositivos constitucionais norteadores da isonomia e da manutenção do valor real dos estípedios pagos aos servidores públicos.

Como tratado alhures, mormente no que foi discorrido pelo Ministro Marco Aurélio (RE 565.089, transcrição supra), o Poder Judiciário não está impedido de reparar o erro ora constatado, a extensão do percentual relativo à VPI a todos os servidores é diretriz que se impõe. Não se aplica ao caso, a vedação preconizada pela Súmula 339 do STF, não se trata de extensão de vantagem ou majoração de vencimentos, o que se opera, *por mister de justiça*, é a simples reposição da perdas inflacionárias que, longe de caracterizar reajustamento, é mera manutenção do valor real, art. 37, X e XV, da CF/1988.

O caso, entendo, é de ofensa aos princípios e normas constitucionais na medida em que a norma buscou se esquivar dolosamente de mandamentos da Constituição e que acabou por prejudicar direito dela extraído expressamente quanto à revisão geral *anual* sem distinção de índice (art. 37, X, CF/1988) e de irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV, CF/1988), ofendendo por via direta o *princípio da isonomia na lei*.

Ressalto que o STF já decidiu em sentido diverso em precedente da 2ª Turma, de relatoria da lavra do Ministro Gilmar Mendes:

Agravo interno em recurso extraordinário com agravo. 2. Administrativo. Remuneração. 3. Alegação de que a Lei 10.698/2003 operou revisão geral dissimulada dos vencimentos dos servidores da União em descompasso com o preceituado pelo art. 37, X, da Constituição Federal. Tese inconsistente e incompatível com a harmonia do texto constitucional. 4. Texto normativo que não se submete ao âmbito de incidência do preceito constitucional invocado. Fosse o caso de revisão, ter-se-ia a tentativa de neutralizar consequências negativas de um processo inflacionário anterior, de tal sorte que o legislador teria enunciado o benefício contido na Lei 10.698/2003 por meio de um índice que tentasse refletir a respectiva corrosão do poder aquisitivo. 5. O fato de os desdobramentos gerados na esfera da economia individual de cada servidor serem diferentes é consequência natural de um estatuto normativo que, a par de beneficiar a todos os servidores, não expressa mensagem legal destinada a recompor de maneira geral perdas próprias de processo inflacionário. 6. Mostra-se plenamente legítima a motivação política que subjaz a esse diploma legislativo, ao se apresentar mais sensível no benefício das classes dos servidores que ganham menos, subentendendo-a como reflexo de uma realidade social específica. 7. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 649212 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 10-08-2012 PUBLIC 13-08-2012)

Contudo, a não contemplação de todos os servidores na recomposição real prevista na Lei 10.697/2003 implicou inconstitucionalidade por omissão legislativa parcial, por ofensa à isonomia quando efetivou revisão geral anual em percentuais distintos para categorias salariais, ou seja, para uns a lei afastou por completo a deterioração provocada pela inflação do período (14,87%) e para outros não. Tal circunstância autoriza o Judiciário a aplicar a técnica da *sentença aditiva*, para declarar a inconstitucionalidade por omissão parcial ou material da norma e expandir seus efeitos para aqueles a quem a norma, por aplicação do princípio da isonomia e de norma constitucional (revisão geral anual sem distinção de índices), discriminou.

VIII. Reserva de plenário

Cabe registrar, no ponto, que a matéria já foi submetida à reserva de plenário, uma vez que a e. Corte Especial Judicial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na Arguição de Inconstitucionalidade 2007.41.00.004426-0/RO (0004423-13.2007.4.01.4100),

por maioria, declarou a parcial inconstitucionalidade material do art. 1º da Lei 10.698/2003, quando fixou em valor único e, por consequência, o percentual de 13,23% apenas para os servidores de menor padrão remuneratória, e não com percentual único, a Vantagem Pecuniária Individual que instituiu, nos termos do r. voto da relatora Desembargadora Neuza Alves. Vejamos a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1º DA LEI Nº 10.698/2003. REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA CHAMADA “VANTAGEM PECUNIÁRIA INDIVIDUAL”. RECONHECIMENTO DA VIABILIDADE PROCESSUAL DO INCIDENTE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA REVISIONAL. CONSTATAÇÃO. CONCESSÃO CAMUFLADA DE AUMENTOS SALARIAIS COM ÍNDICES DISTINTOS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA RESTRITA À INICIATIVA DE LEI VOLTADA À REVISÃO GERAL PARA OS SERVIDORES DOS TRÊS PODERES. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS. ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DA VPI COM VERBA ORÇAMENTÁRIA PREVISTA PARA A REVISÃO ANUAL. FINALIDADE REVISIONAL DA VANTAGEM EXPLÍCITA NA ORIGEM DE SUA NORMA INSTITUIDORA. EXTENSÃO DO MAIOR PERCENTUAL PARA OS DEMAIS SERVIDORES. EXTRAÇÃO DO CORRETO SENTIDO JÁ PRESENTE NA NORMA. SÚMULA VINCULANTE Nº 37 DO STF. INAPLICABILIDADE. DECLARAÇÃO DE PARCIAL INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 10.698/2003.

1. Mesmo havendo decisão do Supremo Tribunal Federal pela inexistência de repercussão geral em recursos extraordinários que tratam do tema versado nos autos, não resta comprometida a análise da presente arguição de inconstitucionalidade. Com efeito, enquanto a Corte Suprema decidiu que a análise de eventual violação da Constituição Federal demandaria o exame prévio da Lei 10.698/2003, o que se afere no presente incidente é justamente se esse ditame teria encerrado violação direta ao Livro Regra.

2. As Leis nº 10.697 e 10.698/2003 tiveram origem simultânea no âmbito da Presidência da República, tendo sido publicadas, ambas, em 03.07.2003. O primeiro ditame positivou a concessão do aumento linear de 1% para todos os servidores federais, e o segundo, a concessão da chamada “Vantagem Pecuniária Individual – VPI” com o valor único de R\$59,87 para os mesmos destinatários.

3. Ocorre que o art. 37, X, da Constituição Federal, impõe a concessão da revisão geral de vencimentos para os servidores sempre na mesma data e sem distinção de índices, correspondendo, a criação da mencionada VPI, a uma afronta a essa impositiva diretriz constitucional.

4. Encerra evidente contradição a concessão de uma vantagem, dita individual, indistintamente em favor de todos os servidores públicos federais, ativos, inativos e pensionistas, sem a exigência de uma condição mínima que fosse, apta a permitir sua qualificação como vantagem da sobredita natureza.

5. A norma instituidora da VPI nasceu por iniciativa do Presidente da República, cuja competência para a deflagração de processo legislativo voltado à concessão de aumento para os servidores dos Três Poderes da União é restrita aos casos de deferimento da revisão geral de remuneração ou, no dizer do mestre Hely Lopes Meirelles, do chamado “aumento impróprio”. Assim, a única forma de validação da VPI para os servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário é a sua configuração como um instrumento de revisão geral de remuneração.

6. Não há que se argumentar que a extensão da VPI para os aludidos servidores é que se mostrou equivocada, devendo ser excutida de suas remunerações; essa premissa somente seria correta se fosse constatada a natureza de “aumento próprio” da parcela em comento. Aplicação do princípio da conservação das normas jurídicas.

7. Como bem posto na Mensagem nº 207/2003 que deu início ao processo legislativo da VPI, ela foi criada com vistas à correção de distorções “remuneratórias”, reduzindo a distância entre os valores da maior e da menor “remuneração”.

8. A Lei Orçamentária de 2003 (Lei nº 10.640/2003) havia previsto apenas a concessão de revisão geral de remuneração para os servidores ativos, inativos, e pensionistas, incluindo em seus anexos as dotações específicas para esse reajuste. Todavia, em face da Lei nº 10.691/2003, também nascida por iniciativa do Poder Executivo, houve parcial anulação da dotação orçamentária original, retirando-se parte do numerário atinente à revisão geral para ser utilizado na concessão da VPI. Em outras palavras, a VPI foi custeada com verba orçamentária inicialmente destinada pela LOA para a concessão da revisão geral de remuneração.

9. O Ministro do Planejamento à época da edição das Leis nº 10.697 e 10.698/2003 declarou, em entrevista oficial, que o Governo não estava satisfeito com o fato de ter de dar um reajuste linear limitado pelos valores disponibilizados para tanto; afirmou, assim, que os “reajustes” seriam diferenciados, e que para que isso ocorresse seria levado a cabo um “malabarismo” jurídico-orçamentário.

10. A Súmula Vinculante nº 37 do colendo STF não vem sendo aplicada nas hipóteses em que ocorra ofensa à Constituição Federal, consumada com a concessão de reajustes diferenciados para os servidores públicos. Além de disso, dito preceito não pode servir como escudo para as inconstitucionalidades praticadas pela Administração, sendo certo que a própria Corte Suprema descarta esse mau uso, como já o fez, por

exemplo, nas discussões relativas à extensão da GDAT e GDASST para os servidores inativos.

11. O art. 1º da Lei nº 10.331/2001, meramente regulamentador do art. 37, X, da CF/88, também foi afrontado pela Administração Federal, que por esta razão não pode invocar descumprimento à mencionada norma (art. 2º), de quilate ordinário, como circunstância impeditiva da necessária extensão do maior percentual a que correspondeu a VPI aos beneficiários que a receberam com repercussão percentual inferior.

12. Arguição de Inconstitucionalidade conhecida, declarando-se a parcial inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 10.698/2003.

Dessa forma, a matéria já foi afetada à Corte Especial deste Tribunal que decidiu pela inconstitucionalidade parcial da norma, cabendo à turma aplicar concretamente tal decisão adotada na análise da norma em tese, decisão à qual a turma está vinculada, diga-se de passagem.

IX. Caso concreto – saneamento da omissão – efeito da sentença aditiva

Verificada a ofensa ao direito dos servidores e a necessidade de sanar tal situação de inconstitucionalidade pronunciada por meio da sentença aditiva cabe então definir o percentual a ser observado como reajuste geral anual dos servidores, sua natureza e consequências em razão de reorganização ou reestruturação de carreiras realizadas.

Ressalte-se em 2 de julho de 2003 foram editadas as Leis 10.697 e 10.698, tais ordenamentos estabeleceram, respectivamente, a revisão geral de 1% para os servidores públicos federais e uma “Vantagem Pecuniária Individual — VPI” no valor de R\$ 59,87 e que em 2002 o INPC fechou o ano indicando a inflação em 14,87%, segundo o IBGE².

Para os servidores que percebiam remuneração de valor superior a VPI instituída pela Lei 10.698/2003 no valor fixo de R\$ 59,87 representou índice sempre proporcional entre tal vantagem e a classe de remuneração comparada, mas sempre inferior aos

13,23% em relação à menor remuneração então paga no serviço público, acrescidos à revisão geral de 1% autorizada pela Lei 10.697/2003.

Assim, por efeito da inconstitucionalidade pronunciada pela Corte Especial, e concretizando o preceito genérico da decisão, deve ser estendido aos demais servidores o percentual de 13,23% no ano de 2002, referente ao reajuste geral concedido pelo legislador.

X. Súmula 339

Essa conclusão não contraria a Súmula 339 e Súmula Vinculante 37 do STF, pois não se estende vantagem a categoria de servidores a título de isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988). Ao contrário aplica-se regra expressa do art. 37, X, da Constituição que manda que o reajuste geral seja feito obrigatoriamente na mesma data e no mesmo índice para todos os servidores. Confira-se:

X - a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data; (Alterado pela Emenda Constitucional nº 419, de 1.998)

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Regulamento)

XI. Atrasados

A consequência desse entendimento é mandar incorporar o reajuste geral aos servidores referente ao ano de 2002, com repercussão financeira daí em diante, até eventual reestruturação da carreira que absorva o reajuste.

XII. Dispositivo

Pelo exposto, rejeito os embargos infringentes.

É o voto.

²Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/10012003ipca.shtml>>.

Primeira Seção

Numeração única 0020052-52.2000.4.01.0000

Mandado de Segurança 2000.01.00.017048-3/MG

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa
Impetrante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pará de Minas – MG
Litisconsortes passivos: Vianir Purcina Nogueira Martins e outros
Defensora: Defensoria Pública da União – DPU
Publicação: e-DJF1 de 02/10/2015, p. 2.157

Ementa

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança originário. Jurisdição voluntária. Alvará judicial. Resíduos de benefícios. Art. 201, § 5º, da Constituição Federal. Ausência de citação do INSS. Afronta ao art. 1.105 do CPC.

I. Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo INSS com vistas à suspensão da eficácia da ordem judicial (alvará judicial) que determina o levantamento de resíduos de benefícios decorrentes da aplicabilidade imediata do art. 201, § 5º, da Constituição Federal, sob o argumento de ausência de citação.

II. Por força do quanto disposto no art. 1.105 do Código de Processo Civil, serão citados, sob pena de nulidade, nos procedimentos de jurisdição voluntária, todos os interessados e o Ministério Público.

III. Se o INSS se opôs ao pleito em seu mérito, caracterizando pretensão resistida, o alvará judicial perdeu a sua natureza de jurisdição voluntária e adquiriu feições de contencioso.

IV. Hipótese em que configurada a ausência de citação do INSS para contestar a lide no procedimento de jurisdição voluntária, em afronta ao art. 1.105 do Código Civil.

V. Segurança concedida.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conceder a segurança.

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

Desembargador Federal *João Luiz de Sousa*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Luiz de Sousa: — Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pelo INSS contra ato do Juízo de Direito da Primeira Vara Cível da Comarca de Pará de Minas/MG, que deferiu, por sentença, a expedição de alvará judicial para levantamento de supostos resíduos de benefícios relativos às diferenças decorrentes da aplicabilidade imediata do art. 201, § 5º, da Constituição Federal, em favor de Vianir Purcina Nogueira Martins, Maria Evarista de Moura, Bernadete Maria Mendonça, Raimundo Lino de Melo, Maria Joana da Silva, Maria Fonseca Campos, Conceição Pereira Duarte, Célio Moura de Almeida e Laeci da Silva.

Argumenta o impetrante que se manifestou nos autos do alvará judicial somente quando prestou informações solicitadas pelo juízo, sobrevivendo, mesmo assim, sentença em seu desfavor com determinação de pagamento dos supostos resíduos aos requerentes do procedimento de jurisdição voluntária.

Defendeu, por fim, a ilegalidade do ato perpetrado pela autoridade coatora, tendo em vista que, no seu entender, além de infringir os arts. 730 do CPC e 100 da Constituição Federal, a autoridade impetrada não teria promovido, em sede de jurisdição voluntária, diante do seu interesse no feito, a citação do INSS, nos termos dos arts. 1.105 e 1.108, ambos do Código Processual Civil.

Liminar deferida à fl. 33 para suspender a ordem judicial de pagamento.

Informações prestadas pela autoridade impetrada – fls. 72-76.

Litisconsortes passivos necessários devidamente citados, conforme certidões de fls. 95 e 146.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão plena da segurança – fl. 78.

Manifestação da Defensoria Pública da União às fls. 139-141, que arguiu a nulidade de citação dos litisconsortes passivos e, no mérito, contestou-o por negativa geral, pugnano pela denegação do *mandamus*.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Luiz de Sousa: — Com o presente *mandamus*, objetiva o INSS ser desobrigado a dar cumprimento ao alvará judicial expedido nos autos do Processo 25430 da Comarca de Pará de Minas, em nome dos requerentes Vianir Purcina Nogueira Martins, Maria Evarista de Moura, Bernadete Maria Mendonça, Raimundo Lino de Melo, Maria Joana da Silva, Maria Fonseca Campos, Conceição Pereira Duarte, Célio Moura de Almeida e Laeci da Silva.

Inicialmente, cumpre asseverar que, à vista da jurisprudência pátria, compete ao Tribunal Regional Federal apreciar e julgar mandado de segurança impetrado por qualquer das entidades mencionadas no art. 109, I, da CF/1988, contra ato de juiz de Direito, ainda que não investido de competência federal (cf. MS 2006.01.00.036001-6, rel. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (conv.), Corte Especial, e-DJF1 de 20/04/2009; e MS 2003.01.00.010152-0, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, 3ª Seção, DJ de 19/05/2004).

Ressalte-se, ainda, que não há nulidade de citação dos litisconsortes passivos. Legítima a notificação por edital após frustradas as tentativas de notificação pelo correio, eis que utilizados todos os meios de localização dos litisconsortes.

Passo a análise do mérito da questão.

Insurge-se o INSS contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da Primeira Vara Cível da Comarca de Pará de Minas/MG, que, em sede de jurisdição

voluntária, deferiu o pedido de expedição de alvará para levantamento dos resíduos de benefícios decorrentes da aplicabilidade do art. 201, § 5º, da Constituição Federal.

Para tanto, alega a nulidade da decisão impugnada em razão de não haver sido citado no procedimento de jurisdição voluntária.

Com efeito, é cediço que aos herdeiros dos segurados previdenciários falecidos é permitido reivindicar por meio de alvará judicial o levantamento dos créditos devidos aos falecidos. Contudo, deve-se ressaltar que os referidos valores devem estar à disposição dos beneficiários.

Na hipótese em apreço, observa-se que o INSS, quando instado a cumprir o alvará judicial, se opôs à determinação ali contida, fundamentando a sua resistência na ausência do direito dos requerentes, bem assim na impossibilidade de pagamento de dívida sem previsão orçamentária.

Constata-se, portanto, que há resistência à pretensão, o que não é admitido no procedimento especial de jurisdição voluntária. Se o INSS se opôs ao pleito em seu mérito, caracterizando pretensão resistida, o alvará judicial perde a sua natureza de jurisdição voluntária, adquirindo feições de contencioso.

Nesse contexto, verifica-se que a autoridade impetrada deixou de promover a citação do INSS para integrar a lide de procedimento de jurisdição voluntária, em afronta ao art. 1.105 do Código de Processo Civil, segundo o qual “*Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público.*”

Dessa forma, considerando a ausência de citação do INSS no procedimento de jurisdição voluntária, forçoso reconhecer a procedência da pretensão mandamental.

Posto isso, confirmo a liminar e concedo a segurança para suspender a eficácia da ordem judicial que determina o pagamento de resíduos, por meio de alvará judicial expedido nos autos do Processo 25.430 em trâmite junto à Comarca de Pará de Minas – MG.

Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios, a teor do art. 25 da Lei 12.016/2009.

É como voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Gilda Sigmaringa Seixas, Jamil de Jesus Oliveira, Candido Moraes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado).

Segunda Seção

Numeração única: 0043891-72.2001.4.01.0000

Embargos Infringentes em AC 2001.01.00.031009-2/MT

Relator: Desembargador Federal I'talo Mendes
Embargante: Fundação Nacional do Índio – Funai
Procuradores: Dra. Adriana Maia Venturini e outro
Embargados: João Carlos Conte e outros
Advogados: Dr. Miguel Luiz Conte e outros
Publicação: e-DJF1 de 11/09/2015, p. 7

Ementa

Constitucional. Civil. Administrativo. Processo Civil. Embargos Infringentes. Desapropriação indireta. Terras indígenas. Art. 20, incisos I e XI, da Constituição Federal. Art. 231, caput e § 6º da Constituição Federal. Súmula 650 do egrégio Supremo Tribunal Federal. Acórdão mantido. Embargos infringentes desprovidos.

I. No caso em comento, apresenta-se como necessário estabelecer o alcance do art. 20, incisos I e XI, da Constituição Federal e sobre quais terras ocupadas por indígenas incide a proteção do § 6º do art. 231 da Carta vigente. Acerca do tema, o egrégio Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua competência pertinente à interpretação constitucional, fez editar a sua Súmula 650, na qual constou que *“Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”*. Assim, quando o egrégio Supremo Tribunal Federal define que os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam as terras de aldeamentos *extintos*, mesmo que tenham sido ocupadas em passado remoto, impõe como condição essencial para que as terras indígenas integrem o patrimônio da União, que haja a demarcação, precedente à Constituição Federal (1988), para compatibilizar com o *caput* do art. 231 da mesma Carta.

II. Não é possível compreender o art. 20, incisos I e XI, bem assim o art. 231, § 6º, todos da Constituição Federal de 1988, como autorizadores da quebra do sistema jurídico pátrio então constituído. A expressão *“terras tradicionalmente ocupadas”* pressupõe a posse contemporânea à edição da Carta de 1988, presente a sua utilização pelos indígenas. Assim, a proteção do § 6º do art. 231 da Constituição Federal incide apenas sobre as terras ocupadas por silvícolas que são patrimônio da União, que, por sua vez, são apenas aquelas que estão ocupadas pela população indígena, sem prejuízo de a União desapropriar outras áreas, com destinação à habitação dos índios, pressupondo sempre, na espécie, o pagamento da justa indenização.

III. Assim, na forma do que visualizou em seu voto o eminente Desembargador Federal Olindo Menezes, quando anotou que *“Não consta que a perícia histórico-antropológica tenha dado esse diagnóstico: de que, na promulgação da Constituição de 1946, ou pelo menos em 18/01/61, data da alienação feita pelo Estado de Mato Grosso, estivessem as terras dos apelantes permanentemente ocupadas pelos indígenas”* (fl. 726), verifica-se que a área em questão, não estando dentre aquelas sobre as quais incide a proteção do § 6º do art. 231 da Constituição Federal, faz com que deva ser reconhecido o direito dos ora embargados à indenização reconhecida no acórdão embargado, que deve, portanto, ser mantido pelos seus próprios fundamentos.

IV. Não merece, assim, ser reformado o acórdão embargado.

V. Embargos infringentes desprovidos.

Acórdão

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

2ª Seção do TRF 1ª Região – 19/08/2015.

Desembargador Federal I'talo Mendes, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Italo Mendes: — Trata-se de embargos infringentes interpostos pela Fundação Nacional Do Índio – Funai (fls. 829-842), em face de acórdão da Terceira Turma deste Tribunal Regional Federal, e que restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TERRAS DEVOLUTAS. ALIENAÇÃO PELOS ESTADOS. TERRAS OCUPADAS TRADICIONALMENTE PELOS INDIOS. JUROS COMPENSATÓRIOS. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Tendo a parte legitimamente havido o imóvel do transmitente que, por sua vez, o adquirira de Estado-membro, como titular das terras devolutas, não é lícito negar-lhe a correspondente indenização, em desapropriação indireta, em função de ocupação pelo Estado (União - FUNAI), à conta do fato de tratar-se de terras ocupadas (supostamente) tradicionalmente pelos indígenas. O possuidor legitimado por títulos recebidos do Estado, em priscas eras, não pode ser espoliado do fruto do seu trabalho sem indenização.” (STF - MS nº 20.234-3/MT).

2. A nulidade de atos jurídicos que tenham por objeto o domínio, a posse e a ocupação de terras indígenas, sem direito a indenização, prevista na Constituição de 1967 (art. 198, §§ 1º e 2º) e na Constituição de 1988 (art. 231, § 4º), além de não poder abarcar os atos jurídicos praticados anteriormente, segundo as normas constitucionais a eles contemporâneas — os preceitos constitucionais, inclusive os que garantem o direito de propriedade, não podem simplesmente ser considerados como letra morta —, somente se aplica às terras indígenas demarcadas e efetivamente ocupadas pelos índios. “Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos indígenas extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.” (Súmula nº 650 - STF).

3. O cidadão que acreditou na potestade pública, que atua com presunção de verdade, não pode ser confiscado nos seus direitos legalmente adquiridos, menos ainda estando de boa-fé, sem que tenha contribuído com alguma parcela de culpa nos eventuais defeitos legais dos atos praticados. O Estado tem o dever de demarcar as reservas indígenas, com relação aos quais a questão da terra tem um valor de sobrevivência física e cultural, mas não de forma ilegal e sem pagamento, espoliando o direito de propriedade de terceiros, pois, por preceito constitucional, ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal.

4. Insustentáveis os fundamentos da sentença, que negou aos autores o direito à indenização, é de fixar-se-lhes a indenização com base no laudo pericial, que, cumpridamente fundamentado e a salvo de críticas fundadas, merece ser acatado como tradutor do preço de preço de mercado do imóvel,

na data da perícia, salvo no ponto em que avaliou em separado o potencial madeireiro.

5. Ao valor da indenização devem ser acrescidos os juros compensatórios de 12% ao ano, a partir da ocupação (Súmulas 69 e 114-STJ); os juros de mora de 6% ao ano, devidos em razão do atraso no pagamento da indenização, contados na forma prevista no art. 15-B do Decreto-lei nº 3.365/41 (MP nº 2.183-56, de 24/08/01); e a correção monetária, pelos índices oficiais, a partir do laudo.

6. Provimto da apelação (fl. 741).

Em defesa de sua pretensão, argumentou, em síntese, a ora embargante:

1) “Trata-se de Ação de Indenização por Desapropriação Indireta proposta por *João Carlos Conte e Outros*, em desfavor da *Fundação Nacional do Índio – FUNAI e da União Federal*, objetivando a condenação das rés ao pagamento de indenização pela desapropriação indireta de terras das quais alegam ser proprietários, localizadas em áreas demarcadas como de reserva indígena” (fl. 830);

2) “Em primeiro grau de jurisdição, foi proferida sentença pelo Exmo. Sr. Juiz Federal da 1º Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso, na qual o pedido formulado na exordial foi acertadamente julgado *improcedente*, sob o fundamento de que a indenização seria incabível em face do que estabelece o § 6º do art. 231 da Constituição Federal de 1988, uma vez que, ‘de acordo com a inicial, os Requerentes adquiriram seus imóveis tão-somente no ano de 1985. Portanto, quando os Requerentes tornaram-se titulares dominiais, já era de conhecimento público os limites da reserva indígena, aspecto suficiente para se afastar a possibilidade de que estivessem de boa-fé no momento da aquisição dos imóveis objeto desta demanda [...]’ (fl. 830);

3) “[...] ante o provimento, por maioria, do recurso de apelação dos ora embargados, que reformou a sentença de 1º Grau, sendo voto vencido o do Eminentíssimo Desembargador Federal Relator TOURINHO NETO, que deveria prevalecer, na parte que rejeitou a pretensão dos autores, pelos seus apropriados fundamentos de fato e de direito, afiguram-se cabíveis os presentes Embargos Infringentes [...]” (fl. 832);

4) “O voto divergente vencedor do acórdão ora embargado admitiu que ‘o Estado tem o dever de demarcar as reservas indígenas, com relação aos quais a questão da terra tem um valor de sobrevivência física e cultural, mas não de forma ilegal e sem pagamento, espoliando o direito de propriedade de terceiros, pois, por preceito constitucional, ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal.’ Por conseguinte, reconheceu a legalidade do pagamento de indenização por desapropriação indireta, no caso sob exame, e condenou a União e a Funai a pagar aos autores a quantia de R\$ 2.080.693,35 (dois milhões,

oitenta mil, seiscentos e noventa e três reais e trinta e cinco centavos), incluídos os valores da terra nua, acessões e benfeitorias” (fl. 833);

5) “[...] cumpre esclarecer que a área litigiosa encontra-se dentro de terra indígena dos Rikbaktsa, atualmente denominada Reserva Indígena Japuira, não se podendo falar, por esse motivo, em violação ao direito de propriedade dos autores, tendo em vista que aquele bem pertence à União, não sendo cabível indenização nos termos da Emenda Constitucional 01 de 1969” (fl. 834);

6) “Com o entendimento de que aquela área, apesar de demarcada pelos Decretos 86.956/82 e 89.618/84, não era considerada terra indígena, posto que, os índios ali não mais habitavam com o ânimo de permanência, sendo a FUNAI obrigada a indenizar os apelantes, o entendimento termina por ir de encontro à Constituição Federal de 1967 (emenda 01/69), e à Constituição Federal de 1988 [...]” (fl. 834);

7) “A posse a que se refere o preceito constitucional não pode ser reduzida a conceito de posse de Direito Civil. A posse dos silvícolas abrange todo o território indígena propriamente dito, isto é, toda área por eles habitada, utilizadas para seu sustento e necessária à preservação de sua identidade cultural [...]” (fl. 835);

8) “[...] não se pode, conceitualmente, atribuir à posse de Direito Civil a mesma dimensão da posse indígena. Enquanto aquela é caracterizada como poder de fato, que se exerce sobre uma coisa (cfr. José Carlos Moreira Alves. Direito Romano, vol. I, 1978, p. 357), a ocupação efetiva da terra pelo silvícola deve ser definida tendo em vista os usos, costumes, tradições culturais e religiosas [...]” (fl. 836);

9) “Sem embargo de relevância de eventuais objeções que podem ser levantadas contra a posse indígena, não se há de perder de vista que a proteção, que constitucionalmente se lhe empresta, vem da Carta Magna de 1934 (art. 129), configurando, sem dúvida, princípio já tradicional do Direito Público brasileiro (Carta de 1937, art. 154; Constituição de 1946, art. 216; Constituição de 1967, art. 186; Constituição de 1969, Emenda nº 1, art. 198)” (fl. 838);

10) “Para os índios, a terra é seu habitat natural, seu território, espaço de reprodução biológica e cultural, de definição e diferenciação étnica. Não cabendo ao magistrado definir o que é posse permanente ou não, a não ser por meio do auxílio de perito no assunto, que no caso em pauta entendeu que estava configurada a posse indígena daquela área, entendimento que afronta o art. 198 da C.F de 1967 (emenda 01/69).

Por outro lado, houve nos autos grande discussão a respeito da validade ou não dos títulos de propriedade daquelas terras; se a Constituição de 1891 tinha transferido o imóvel para o Estado do Mato Grosso, se aquele Ente Federativo

poderia ter alienado o bem para terceiro, e se os autores adquiriram legitimamente a posse das terras. Contudo, entendemos que esta discussão é irrelevante por um motivo muito simples, não existe direito adquirido em face da Constituição nova [...]” (fls. 838-839);

11) “Segundo afirmam os próprios Autores, as suas terras foram reconhecidas como de ocupação indígena desde 28 de novembro de 1985, através do Decreto nº 92.011. Naquela época a matéria Constitucional era regida pela Constituição de 1967 com a redação dada pela Emenda nº 01/1969, que previa expressamente em seu art. 198 e parágrafos a não possibilidade do pagamento de qualquer indenização pela FUNAI [...]” (fl. 839);

12) “Não importa se a Constituição de 1891 repassou as terras devolutas aos Estados, e se o tratamento constitucional da matéria nas demais Cartas Magnas foi diferente; o que interessa é que desde que os autores compraram os imóveis objeto desta ação, no ano de 1985, até a data em que perderam sua posse, a questão era regida pela Constituição de 1967 (redação dada pela emenda 01/69) que não previa possibilidade do pagamento de indenização nestes casos.

Ou seja, não havia no ordenamento jurídico pátrio, qualquer possibilidade indenizatória formulada pelos Autores. Posteriormente, com o advento da Constituição de 1988, observou-se alguma evolução neste aspecto indenizatório, conforme retrata o seu artigo 231, §6º, em que se permite a indenização das benfeitorias derivadas da ocupação da boa-fé [...]” (fl. 839);

13) “[...] a Funai não violou direito da parte, visto que não havia direito a ser violado, não cabendo, destarte, pagamento de indenização por parte da Recorrente.

Ademais, ad argumendum, mesmo se a sistemática constitucional aplicável fosse a da Constituição de 1988, estar-se-ia descumprindo mandamento constitucional, tendo em vista que a nova ordem constitucional veio espancar qualquer dúvida a respeito do que seria a posse indígena” (fl. 841);

14) “Assim, a tese acolhida pelo Tribunal de que aquela área não era de posse permanente indígena, está em desacordo com texto da atual Constituição, e vai diretamente de encontro ao laudo pericial.

Eventual valor indenizatório, deveria levar em conta apenas os valores das benfeitorias realizadas de boa fé, que inexistem in casu, como será oportunamente discutido nas Instâncias Extraordinárias, não sendo indenizável, portanto, o valor da terra nua, objeto desta ação” (fl. 841); e

15) “Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se não ser possível o pagamento de indenização aos autores pelas terras em litígio, por se tratar de área destinada ao habitat permanente de populações indígenas, razão pela qual deve o

presente recurso ser provido, a fim de restabelecer a sentença de improcedência de 1º Grau, quanto à parte divergente do acórdão recorrido, que julgou procedente o pedido de indenização por desapropriação indireta de terras de ocupação indígena” (fl. 842).

Ao final, requereu a embargante

[...] que os presentes Embargos sejam acolhidos e que o voto-vencido do eminente Desembargador Federal TOURINHO NETO prevaleça sobre os fundamentos com os quais foi embasado o acórdão ora embargado [...] (fl. 842).

Os embargados não apresentaram contrarrazões, conforme certidão de fl. 850.

O d. Ministério Público Federal, no parecer de fls. 858-872v, pugnou “[...] pelo provimento dos embargos infringentes” (fl. 872v).

Processo encaminhado à Secretaria, para os fins do art. 303, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal Regional Federal, em 25 de outubro de 2013.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Mendes: — Por vislumbrar presentes os requisitos para tanto necessários, conheço dos presentes embargos infringentes.

De início, faz-se necessário mencionar que, no âmbito dos embargos infringentes, a análise a ser efetivada pelo órgão julgador limita-se ao ponto da divergência que originou a interposição deste recurso, em face do que eventual matéria que transcenda a divergência verificada no julgamento *a quo* não se constitui em tema a ser objeto do conhecimento nestes embargos infringentes.

No mérito, objetiva a ora embargante, Fundação Nacional do Índio – Funai, em síntese, com os presentes embargos infringentes,

[...] que os presentes Embargos sejam acolhidos e que o voto-vencido do eminente Desembargador Federal TOURINHO NETO prevaleça sobre os fundamentos com os quais foi embasado o acórdão ora embargado [...] (fl. 842).

Na hipótese presente, deve ser apontado que o voto vencido do eminente Desembargador Federal Tourinho Neto anotou, em suma, que:

[...]

2. Examinemos o mérito.

2.1 A prova antropológica.

À pergunta:

1. A partir de que ano a área indígena Japuira é habitada tradicionalmente pelos índios ‘RIKBAKTA’?

Respondeu o perito do juízo, o antropólogo Darci Luiz Pivetta (2º. Vol. 284):

Pelo que se pode depreender da literatura, de João Evangelista Dornstauder que realizou o primeiro contato com os Rikbaktsa, do próprio Rikbaktsa Pome em depoimento testemunhal confirmatório, colhido por mim, conclui-se pelo supra-descrito que a partir de 30 de julho de 1957, a região do Japuira, hoje Área Indígena Japuira é *habitat imemorial* incontestemente dos Rikbaktsa.

Respondendo à pergunta: ‘Antes da criação da Reserva Indígena Japuira pelo Decreto N. 92.011/85 (fl41), a região era habitada por índios?’, diz o perito (fls. 295):

Sim. Tal decorre do testemunho do Pe. Dornstauder, do sertanista Fritz Tolksdorf – pacificadores. Os depoimentos do Pe. Bladuíno que fala a língua Rikbaktsa e vive há mais de 20 anos entre eles. As pesquisas de Harald Schultz que esteve na região em 1962 e a tese de doutorado de Robert Han atestam a existência de Rikbaktsa na região antes da criação da Reserva Indígena Japuira.

Carta manuscrita dos Rikbaktsa afirma que o Pe. Edgar os transferiu do Japuira, contra sua vontade, em 1972.

Em nossa viagem ao local (nov. 97) tivemos oportunidade de entrevistar os Rikbaktsa que nasceram no Japuira: Pome, Boera, Madalena, João Batista, Roque, Isidoro, Cláudio e Malia.

Perguntado se os aborígenes ‘RIKBAKTA’ são originários da região onde está localizada a área em litígio, e em caso positivo, desde que época, assim respondeu o perito (fls. 296):

Sim. Desde a época da terceira borracha em 1942, quando iniciaram-se as guerras entre Rikbaktsa e os seringueiros.

Esta região onde ocorreu o primeiro contato, segundo João Dornstauder, é geo-politicamente, o centro do território Rikbaktsa.

Foram tirados do Japuira na década de 70 devido à depopulação, mas sempre para lá retornavam para coletar produtos, caçar, pescar e buscar bananas, mandiocas, inhame e cará de suas lavouras que lá tinham ficado.

Há vários cemitérios das antigas aldeias nos córregos Sararé, Grande, Alegre e Cajueiro.

Esclarece o perito que: Japuira se localiza no centro do território Rikbaktsa. Havia e há trânsito constante entre os Rikbaktsa que se localizavam acima (Escondido) e abaixo (Barranco Vermelho) do Japuira. No Japuira além das aldeias encontravam-

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mônica Sifuentes, Ney Bello, Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (convocado).

se também os melhores mananciais de coleta, caça e pesca. A terra é fértil e excelente para roças que lá sempre mantiveram e utilizaram, mesmo na época que não residiram lá entre 1972 e 1985' (fls. 306).

2.2 Escrevi artigo – Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas (In Os direitos indígenas e a Constituição. Coord. Juliana Santili. Porto Alegre: NDI – Núcleo de Direitos Indígenas e Fabris. 1993, p. 15-22 – onde disse:

O indigenato não foi, no entanto, respeitado pelo conquistador. Procurou, então, o legislador assegurar aos índios as terras por eles ocupadas. Não se atentava mais para a apropriação congênita, e sim para a ocupação, primária ou adquirida.

João Mendes Júnior, na obra retro citada, interpretando a legislação pertinente às terras indígenas, saliente (p. 57):

'Desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por elles ocupadas, si já não fossem delles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; [...]'

É de lembrar-se, assim, do art. 5º da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850:

'Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo posseiro ou de quem o represente, [...]'

Observa Manuela Carneiro da Cunha (op. cit., p. 63) que:

'Em vários textos legais (por exemplo, 26.3.1819), declara-se que se devem demarcar terras de novos aldeamentos de índios nos lugares em que se achão arranchados, pela preferência que devem ter nas sobreditas terras' (8.7.1819).

(Destaquei)

Arranchar, significa, segundo Aurélio, 'reunir em ranchos', estabelecer-se provisoriamente'. E rancho, como brasileiro, é 'casa pobre, da roça; choça, ranchinho' ('Novo Dicionário da Língua Portuguesa', 2. ed., Nova Fronteira, 7ª imp., 1986).

Estranhou a Câmara de Vila de Barbacena que fosse determinado ao índio, dono da terra, o local onde deveria ficar (Apud Leda Maria Cardoso Naud, Documentos sobre o índio brasileiro (1500 a 1822), Revista de Informação Legislativa n. 29, 1971, p. 307). Disse aquela Câmara:

'Respeito, porém, a localidade do seu Aldeamento, deve ser a arbítrio escolha dos mesmos Índios: parece injustiça que ao dono da caça, se determine lugar para sua estada'.

O sistemas de posses, na verdade, foi imposto aos índios, mas, não lhes beneficiou. Não beneficiou porque, apesar de ocuparem a terra, os fazendeiros os despojavam, 'incluindo, nos respectivos registros,

terras de propriedade indígena, apossando-se das mesmas e alienando-as a seu bel-prazer, sem encontrar qualquer embaraço, por parte das autoridades às quais competia a defesa e proteção da propriedade territorial indígena'. (José Maria de Paula, ob. cit., p. 21).

Ademais, os índios, em sua grande maioria, não lavraram as terras. A agricultura era reduzida. Viviam da caça e da pesca. As choças que habitavam, destruídas em razão do tempo ou por força do branco, não deixavam vestígios, com o passar dos anos, difícil era identificar as terras indígenas. Por outro lado, perambulavam muito. O conceito de posse civil não lhes pode ser aplicado. A posse deles é imemorial, dentro de uma visão sociológica e antropológica.

Não se pretende abolir a propriedade privada. A apreensão do Ministro Cordeiro Guerra, explicitada no voto que proferiu no Mandado de Segurança n. 20.234-MG, é infundada, vã. Disse S. Exa. (RTJ 99/75):

'O que está dito no art. 198 é mais ou menos o que está dito no art. 1º do primeiro decreto bolchevique: 'Fica abolida a propriedade privada. Revogam-se as disposições em contrário'.

Adiante, ele afirma que o § 1º do art. 198 da Constituição de 1946:

'Só pode ser aplicado nos casos em que as terras sejam efetivamente habitadas pelos silvícolas, pois, de outro modo, nós poderíamos até confiscar todas as terras de Copacabana ou Jacarepaguá, porque já foram ocupadas pelos tamoios'.

Mas não é isso. O que se quer é que não se interprete a posse indígena com a roupagem civil.

Como explicitou Aurélio Wander Bastos (in: As terras indígenas no Direito Constitucional Brasileiro e na Jurisprudência do STF, publicado pela editora da UFSC, em obra intitulada 'Sociedades Indígenas e o Direito – uma questão de direitos humanos', p. 105):

'Aqui não se trata de reivindicar em abstrato como 'posse indígena' todas as terras que foram algum momento ocupadas por índios. Ao contrário, se trata de garantir, concretamente, a essas populações os últimos territórios que ocupam diante e contra as frentes de expansão, sejam elas terras Pataxó ou Xinguanas'.

É verificar uma posse ainda palpante. É identificar uma área em que ainda se observa a presença indígena, em que ainda pode ficar demonstrado que há não muitos anos os índios ali tinha seu habitat, que por ali perambulavam.

As terras, ainda que indígenas, desde que não ocupadas por ninguém, passaram, de fato, a ser consideradas devolutas.

Explica Manuela Carneiro da Cunha (op. cit. p. 76):

'Embora sem amparo legal, em muitos casos começam-se a tratar nesse período as terras

indígenas como terras devolutas, prática que será reprovada com todas as letras no Decreto nº 736, de 6 de abril de 1936, que incumbe o Serviço de proteção aos Índios de 'impedir que as terras habitadas pelos silvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem' (art. 3º, a)''.

Deste modo, como diz Ruy Cirne Lima (in: Pequena história territorial do Brasil, sesmarias e terras devolutas, 4. ed., Escola da Administração Fazendária, 1988, p. 51),

'Apoderar-se de terras devolutas e cultivá-las tornou-se coisa corrente entre os nossos colonizadores e tais proporções essa prática atingiu, que pode, com o correr dos anos, vir a ser considerada como modo legítimo de aquisição de domínio, paralelamente, a princípio, e após, em substituição ao nosso tão desvirtuado regime das sesmarias; então a posse passou a campear livremente, ampliando-se de zona em zona, à proporção que a civilização dilatava a sua expansão geográfica'.

A Lei nº 601, de 1850, é certo, terminou com a ocupação das terras devolutas. Dispunha o seu art. 2º:

'Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, nelas derrubarem matos, ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de benfeitorias, e demais sofrerão a pena de dois a seis meses de prisão e multa de 100\$000, além da satisfação do dano causa. Esta pena, porém, não terá logar nos actos possessórios entre heróis confinantes'.

Os índios passaram a vagar ao léu, apesar de suas terras não serem devolutas nem estarem sujeitas à legitimação ou à revalidação.

A Constituição de 1891 estabeleceu que pertenciam aos Estados as terras devolutas situadas nos respectivos territórios (art. 64).

O art. 3º do Regulamento a que se refere o Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910, dispôs, por sua vez, que:

'O Governo Federal, por intermédio do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, e sempre que for necessária, entrará em acordo com os Governos dos Estados ou dos municípios:

a) para que se legalizem convenientemente as posses de terras actualmente ocupadas pelos índios'.

Celebrado o acordo, o Governo Federal 'mandará proceder à medição e demarcação dos terrenos, levantar a respectiva planta com todas as indicações necessárias, assinalando as divisas com arcos ou padrões de pedra' (art. 4º).

De referência aos índios aldeados, prescrevia o art. 10:

'Si os índios, que estiverem actualmente aldeados, quiserem fixar-se nas terras que ocupam, o governo providenciará de modo a lhes ser mantida a efectividade da posse adquirida'.

Atente-se, mais uma vez que as terras ocupadas pelos índios não eram e não são devolutas.

Por isto, acentua José Maria de Paula (op. Cit. P. 73):

'A incorporação, por parte dos estados, ao seu domínio privado, como devolutas, das terras dos índios, que indiscriminadamente tinham recebido da União, ex-vi da Constituição Federal de 1891, constitui clamoroso esbulho do patrimônio indígena, sendo que deveriam tais estados, desde logo, definir a situação dessas terras dos índios, afim de as extremarem daquelas que, como devolutas, lhes tinham sido cedidas pela União, ao invés de, sem nenhum exame, passarem, como fizeram, desde logo, a considerá-las como suas e delas irem dispondo, mediante processos administrativos estabelecidos pelas respectivas legislações'.

A Constituição de 1934 determinou que se respeitasse 'a posse de terras dos silvícolas, que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las' (art. 129).

Manteve a Constituição de 1937 este mesmo entendimento. Reza o seu art. 154:

'Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes vedada a alienação das mesmas'.

Comentando esses dispositivos, disse Antônio Figueira de Almeida (in: A Constituição de 10 de novembro explicada ao povo, Rio, DIP 1940, p. 122):

'Os silvícolas são os primeiros ocupantes das terras em que se acham localizados em caráter permanente. Não se poderia turbar essa posse mansa e pacífica. Tradicionalmente mantida. Reconhece-se-lhes, pois esse direito, como que sem usufruto, desde que ele não possa alienar suas terras. Essa proibição, porém, visa somente protegê-los, porque impede que eles possam vir a ser lesados pelos compradores, desde que os silvícolas não têm o discernimento bastante para decidirem em tais negócios'.

A Constituição de 1946, art. 216, impôs, igualmente, o respeito à posse das terras indígenas:

'Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados com a condição de não a transferirem'.

Esclarece Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1946, RJ 3. ed., Ed. Borsoi, 1960, Tomo VI, p. 467):

'O texto respeitava a posse do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto da localização permanente. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar o art. 216, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exiba o título de domínio. Desde que há posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque ainda o diz a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte de silvícolas,

ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula por infração da Constituição’ (destaques do autor).

Themistocles Brandão Cavalcanti (A Constituição Federal comentada, ed. Konfino, 1949, vol. IV, p. 304) afirma que o art. 216:

‘É reconhecimento da posse imemorial dos sonos da terra, dos sucessores daqueles que primeiro a povoaram e que, até hoje, ainda não se incorporaram aos hábitos e aos costumes da civilização colonizadora’.

O art. 186 da Constituição de 1967 assegurou, igualmente ‘aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam’.

O mesmo mandamento constou da Constituição de 1969. O art. 198, que trata da matéria, está assim redigido:

‘As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes’.

Mas, a Constituição de 1969 foi além. Protege, também, o usufruto. Os indígenas detêm a posse das terras que ocupam em caráter permanente. Certo. Todavia. Se provado ficar que delas foram expulsos, à força ou não, não se pode admitir que tenham perdido a posse, quando segue, como tutelados, podiam agir judicialmente; quando sequer desistiram de tê-la como própria.

É de assinalar-se, também, que não se pode igualar a posse indígena à posse civil. Aquela é mais ampla, mais flexível. Eis o conceito dado pelo art. 23 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio):

‘Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra, que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil’.

Deve-se, por conseqüente, atentar para os usos, costumes e tradições tribais. Há de se levar em conta as terras por eles ocupadas tradicionalmente.

A noção que os índios tinham de propriedade não é igual à nossa. Carlos Frederico Voin Martius, em o direito entre os indígenas do Brasil, trad. Amaral Gurguel, edições e publicações Brasil, SP, 1938, p. 66, observa que:

‘Esta idéia nítida de uma propriedade determinada a tribo toda, basea-se principalmente na necessidade de possuir uma certa região de mata para terreno exclusivo de caça porque, ao passo que poucos hectares de terreno cultivado são suficientes para prover a subsistência de uma comunidade numerosa, a caça move-se em território muito amor. Às vezes estendem-se as terras de caça até além do terreno ocupado pela tribo. Os seus limites são rios, montanhas, rocha,

cachoeiras e grandes árvores; estes limites baseiam-se ora em tradições, ora em verdadeiros tratados. Nas ocasiões das demarcações os pagés também representam um papel, fazendo toda espécie de palhaçadas, chocalhando os mararcás, comuns a todos os selvagens africanos, batendo os bumbos e soltando fumaça de grandes cigarros. Às vezes penduram-se cestas, trapos ou pedaços de cascas de árvores nos marcos. As incursões nos territórios alheios são uma das mais freqüentes causas de guerra. Cessões voluntárias são feitas tacitamente, retirando-se uma tribo para deixar entrar outra’.

A Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, em países independentes, da organização Internacional do Trabalho, demonstrou essa preocupação, ao dispor no art. 14, item 1:

‘Deverão ser reconhecidos os direitos de propriedade e posse dos povos em questão sobre as terras que tradicionalmente ocupam’.

O Projeto de Lei n. 2.160, de 1991, do Poder Executivo, que dispõe sobre o estatuto do Índio, tem esta mesma preocupação. Reza o seu art. 28, item 1:

‘São terras indígenas:

I – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios; [...]:’

O § 1º do art. 231 da Constituição atual conceitua o que sejam terras tradicionalmente ocupadas pelos índios:

‘São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições’.

O art. 20 de Projeto de Lei n. 2.057, de 1991, que trata do Estatuto das Sociedades Indígenas, apresentado pelos Deputados Aloísio Mercadante, Fábio Feldmann, José Carlos Sabóia, Nelson Jobim e Sidney de Miguel, reproduz esse dispositivo.

As terras ocupadas tradicionalmente pelos índios ‘destinam-se a sua posse permanente’, impõe o § 2º do art. 231 da Constituição de 1988.

A permanência exigida pelas Constituições de 1934, 1937 e 1946 refere-se ao passado. A exigida pelas Constituições de 1967, 1969 e 1988, ao futuro. Observe-se que as Constituições passadas impunham respeito à posse das terras onde os índios se achavam permanentemente localizados. Na de 1988, lê-se ‘as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente.’ Nas de 1967 e de 1969, os índios têm a posse permanente das terras que habitam.

Esta observação fora feita por José Afonso da Silva (artigo citado, p. 7):

‘Quando a Constituição declara caber aos silvícolas a posse permanente das terras por eles habitadas, isto não significa um simples pressuposto do passado como ocupação efetiva,

mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat' (grifos do autor).

Os argumentos que todas as terras do Brasil seriam, então dos índios, constituem interpretação absurda, e, como diziam os romanos: *interpretatio illa sumenda quae absurdum evitetur* (adote-se aquela interpretação que evite o absurdo). Ou como dia LACORDAIRE:

O absurdo é a evidência de um falso.

Em conclusão, tenho a convicção plena, ante as provas dos autos, que as glebas que os autores, JOÃO CARLOS CONTE, MARIA LÚCIA VENANTE CONTE, SYLVIO MENDES AMADO, JOSÉ ARMANDO CERQUEIRA AMADO, GALILEU MENDES AMADO e ESPÓLIO DE ANTÔNIA TREZZI AMADO, procuram indenização estava, e está, em área de posse imemorial dos indígenas.

2.3 A prova técnica – avaliatória

O engenheiro agrônomo Palmiro da Costa Latorraca, nomeado pelo Juízo, apresentou Laudo Pericial em fls. 363/404.

Foram avaliados vários imóveis rurais localizados na área indígena Japuira, pertencentes aos autores, perfazendo uma área total de 11.209,00 ha.

Entendo ser cabível a indenização das benfeitorias realizadas pelos autores na área em litígio, tendo em vista não ter sido caracterizada má-fé pela ocupação realizada, uma vez que a posse da área e a implementação das benfeitorias não foi feita com expulsão de índios localizados nestas mesmas áreas.

Ademais, os títulos de domínio dos recorrentes datam de 18.01.85 e 05.06.85, sendo que a Reserva Indígena Japuirá foi criada pelo Decreto 92.011, de 28.11.85.

Relativamente às benfeitorias realizadas pelos apelantes, que é apenas o que cabe ser indenizado, já que as terras como comprovado pela perícia antropológica eram de posse imemorial dos índios Rikbaktsa, assim dispôs o perito em seu laudo (fls. 387/396):

Pastagens e Juquirá

Quinhão 01 – não existem

Quinhão 02 – 500,00 ha de pastagem – avaliada em R\$ 250.000,00

140,00 ha de juquirá – avaliada em R\$ 42.000,00

Quinhão 03 – 52,00 ha de juquirá – avaliada em R\$ 15.600,00

Quinhão 04 – 280,75 ha de pastagem – avaliada em R\$ 140.375,00

38,00 ha de juquirá – avaliada em R\$ 11.400,00

Quinhão 05 – 290,00 ha de pastagem – avaliada em R\$ 145.000,00

21,00 ha de juquirá – avaliada em R\$ 6.300,00
 Área de Terras de João Carlos Conte – 140,00 ha de juquirá – avaliada em R\$ 42.000,00
 Total da pastagem – R\$ 535.375,00
 Total de juquirá – R\$ 117.300,00
 Total das acessões – R\$ 652.675,00
 Benfeitorias
 Quinhão 01
 Ponto sobre o córrego Jacaré – avaliada em R\$ 3.087,00
 Quinhão 02
 2,9 km de cerca de arame farpado – avaliada em R\$ 4.573,74
 9,85 km de cerca de arame liso – avaliada em R\$ 18.409,06
 10,2 km de estradas – avaliada em R\$ 3.600,00
 5 pontes de madeira – avaliadas em R\$ 10.035,00
 01 aterro com manilha – avaliado em R\$ 1.000,00
 04 represas – avaliadas em R\$ 2.520,00
 01 curral – avaliado em R\$ 22.400,06
 01 casa sede – avaliada em R\$ 5.492,24
 01 casa de empregado – avaliada em R\$ 4.134,68
 01 galpão de 8,0 x 9,0 m² – avaliado em R\$ 4.247,51
 01 galpão de 6,0 x 4,0 m – avaliado em R\$ 2.050,50
 Total das benfeitorias do quinhão 02 – R\$ 78.462,79
 Quinhão 03
 Não há benfeitorias
 Quinhão 04 – Sylvio Mendes Amado e Armando Cerqueira Amado
 0,8 km de estradas – avaliada em R\$ 270,00
 01 casa sede derrubada – sem valor econômico
 01 pomar com as seguintes fruteiras:
 mangueira 07 pés adultos – R\$ 70,00
 bananeira 20 covas adultas – R\$ 100,00
 goiabeira 10 pés adultos – R\$ 100,00
 abacateiro 10 pés adultos – R\$ 100,00
 laranja 20 pés adultos – R\$ 200,00
 limoeiro 20 pés adultos – R\$ 200,00
 jaqueira 04 pés adultos – R\$ 40,00
 jaboticabeira 01 pé adulto – R\$ 10,00
 01 km de cerca de arame farpado – avaliada em R\$ 1.503,96
 Total das benfeitorias do quinhão 04 – R\$ 2.667,15
 Quinhão 04 – Galileu Mendes Amado

Não há benfeitorias
 Quinhão 05
 6,6 km de cerca de arame farpado – avaliada em R\$ 10.409,19
 01 casa sede – avaliada em R\$ 2.985,77
 01 poço cisterna – avaliado em R\$ 90,00
 01 pomar com:
 goiabeira 04 pés – R\$ 40,00
 bananeira 05 covas – R\$ 25,00
 01 represa – avaliada em R\$ 630,00
 01 curral – avaliado em R\$ 14.194,34
 500 m de estrada – avaliada em R\$ 360,00
 Total das benfeitorias do quinhão 05 – R\$ 25.644,30

Área de João Carlos Conte

Não há benfeitorias

O preço atual de mercado das benfeitorias indenizáveis, incluídas as acessões (pastagem e juquira) dos imóveis em sua totalidade é de R\$ 762.536,24 (setecentos e sessenta e dois mil, quinhentos e trinta e seis reais e vinte e quatro centavos).

3. Merece, portanto, parcial provimento a apelação dos autores, para julgar procedente o pedido de indenização pelas benfeitorias existentes no imóvel e constantes do laudo técnico pericial de fls. 387/396, no valor de R\$ 762.536,24.

Em face da sucumbência recíproca, devem os autores restituir apenas metade do valor pertinente à perícia histórico antropológica e pagar metade das custas processuais. Honorários advocatícios compensados.

4. Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação.

5. É o voto (fls. 714/722).

Faz-se necessário também mencionar, na hipótese, que, no julgamento do recurso de apelação, a Terceira Turma deste Tribunal Regional Federal, por maioria, deu provimento à apelação, nos termos do voto-vista proferido pelo eminente Desembargador Federal Olindo Menezes (fls. 725-729), que, em síntese, assim asseverou:

[...]

Estado de Mato Grosso, titular legítimo das terras devolutas do seu território, em procedimento específico, alienou os imóveis em 1960, vindo eles, por cadeia sucessória, a pertencer aos autores, tudo segundo os mecanismos legais, inclusive os registros no Cartório de Imóveis.

Essa realidade cartorária, que tem a seu favor a presunção de veracidade e de legitimidade, pois informada por atos administrativos, e que originou a legítima propriedade dos adquirentes, qualificada por largos anos de posse mansa e pacífica, não pode

simplesmente ser ignorada pelo Estado, como se não existisse uma ordem jurídica que a todos guarda e que a todos obriga.

A nulidade de atos jurídicos que tenham por objeto o domínio, a posse e a ocupação de terras indígenas, sem direito a indenização, previstas na Constituição de 1967 (art. 198, §§ 1º e 2º) e na Constituição de 1988 (art. 231, § 4º), além de não poderem abarcar os atos jurídicos praticados anteriormente, segundo as normas constitucionais a eles contemporâneas — os preceitos constitucionais, inclusive os que garantem o direito de propriedade, não podem simplesmente ser considerados como letra morta —, somente se aplica às terras indígenas demarcadas e efetivamente ocupadas pelos índios.

O cidadão que acreditou na potestade pública, que atua com presunção de verdade, não pode ser confiscado nos seus direitos legalmente adquiridos, menos ainda estando de boa-fé, sem que tenha contribuído com alguma parcela de culpa nos eventuais defeitos legais dos atos praticados.

O Estado tem o dever de demarcar as reservas indígenas, com relação aos quais a questão da terra tem um valor de sobrevivência física e cultural, mas não de forma ilegal e sem pagamento, espoliando o direito de propriedade de terceiros, pois, por preceito constitucional, ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal.

Se o Estado de Mato Grosso tivesse errado na alienação — admita-se para argumentar —, que respondesse ele, que recebeu o devido preço, perante a União ou a FUNAI, e não o adquirente de boa fé que, na pior das hipóteses, teria a seu favor uma situação de fato consolidada pelo tempo, não sendo razoável que fique desprovido da proteção legal.

Por oportuno, lembro — *mutatis mutandis* — que o STJ, em precedente relatado pelo Ministro ADHEMAR MACIEL, que cuidava de uma ação de desapropriação indireta proposta contra o Estado de São Paulo, tendo por objeto imóveis que o demandado alegava terem sido alienados em desacordo com o Decreto-lei nº 14.916/45, que tratava da alienação das terras devolutas, decidiu que ‘Se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria Administração, através de funcionário de alto escalão, não há que se alegar vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição.’¹

Tenho, assim, que os autores fazem jus à indenização das terras e das benfeitorias, estas nos valores adotados pelo relator, que refletem os dados da perícia avaliatória de fls. 363 – 404. Quanto ao valor da terra nua, na extensão de

¹ Cf. Recurso Especial 47.015 – SP, relator Ministro Adhemar Maciel, julgado em 16/10/19 – DJ 09/12/97.

9.498,00 hectares (fl. 366), deve da mesma forma ser acolhido o laudo pericial, que não sofreu críticas fundadas dos demandados, tanto que sequer foi discutido em audiência, e que avalia a terra nua em R\$1.146.223,57 (fl.382).

O laudo avalia em separado a madeira comercializável na mata, como se extrai das peças de fls. 384 – 386, no valor de R\$1.886.330,75 (fl.386), mas tal avaliação não pode prevalecer, da mesma forma como não prevaleceria a avaliação em separado da cobertura florestal, segundo os precedentes da Turma.

O art. 12 da Lei nº 8.629, de 25/03/93 (cf. MP nº 2.183 – 56, de 24/08/01), estabelece que 'integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel'.

Não padece de inconstitucionalidade o preceito, como defendem certas vozes, tendo em vista que a lei não vedou a indenização por item do ativo patrimonial, mas apenas estabeleceu que o seu valor, em razão da não exploração econômica — norteada legalmente em projeto de manejo florestal sustentado —, deve ser embutido no preço que o imóvel, que, em tais condições, alcançar no mercado, porquanto não há sentido em que o preço de que fala a Constituição Federal seja superior ao de mercado.

A cobertura florestal natural é parte integrante do solo e com ele deve ser indenizada, como ocorre na prática fundiária corrente. Quando um particular vende um imóvel rural para outro, o preço da mata natural, acaso existente, não é cobrado separadamente, e sim como um elemento positivo da avaliação do hectare (solo e acessões) da terra no mercado.

Se a terra tem madeira de lei, e outras espécies vegetais de valor econômico, terá maior valor no mercado; se não os tem, terá valor menor, como é natural na dinâmica do mercado imobiliário, realidade que não se altera pelo fato de ser adquirente o poder público, numa desapropriação.

Não cabe, portanto, o pagamento em separado da madeira comercializável, como põe o laudo pericial. Entretanto, para evitar uma injustiça, já que o perito avaliou o hectare de terra nua sem levar em conta a cobertura florestal — madeira comercializável, entenda-se —, é de propiciar-se aos apelantes, em face da excepcionalidade do caso, e para evitar a realização de nova perícia, alguma compensação em atenção ao justo preço, a qual, pelos precedentes da Turma² que a estimam entre 10 e 20% do valor da terra nua, arbitro em 15%, considerando que há 7.351,25 hectares de área com madeira comercializável (fl. 384), o que importa a elevação do valor da terra nua em R\$171.933,54, num importe final, nesse item, de R\$1.318.157,11.

A indenização total, portanto, envolvendo terra nua, acessões e benfeitorias, será de R\$ 2.080.693,35, à qual devem ser acrescidos os juros compensatórios de 12% ao ano, a partir da ocupação, em 1º de setembro de 1992 (fl. 21),³ nos termos das Súmulas 69 e 114-STJ; os juros moratórios de 6% ao ano, nos termos do art. 15-B do Decreto-lei nº 3.365/41, é dizer, a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido feito, à luz do art. 100 da Constituição; e a correção monetária, pelos índices oficiais, a partir do laudo de avaliação.

Conclusão — Em face do exposto, peço vênha ao eminente relator e dou provimento à apelação, para, desconstituindo a sentença, condenar a União e a Fundação Nacional do Índio — FUNAI a pagar aos autores a indenização de R\$2.080.693,35, com correção monetária, pelos índices oficiais, a partir do laudo avaliatório, acrescida de juros compensatórios de 12% ao ano, a partir da ocupação, em 1º de setembro de 1992 (fl. 21), nos termos das Súmulas 69 e 114-STJ; e de os juros moratórios de 6% ao ano, nos termos do art. 15-B do Decreto-lei nº 3.365/41, é dizer, a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido feito, à luz do art. 100 da Constituição Federal.

Pagarão as demandadas, ainda, honorários advocatícios de 5% do valor da condenação, nos termos do art. 27, § 3º, II do Decreto-lei nº 3.365, de 21/06/41; e reembolsarão aos autores os honorários pagos pela produção do laudo avaliatório (fl. 240) e as custas do processo (fls. 728/729).

No caso em comento, apresenta-se, *data venia*, como necessário estabelecer o alcance do art. 20, incisos I e XI, da Constituição Federal e sobre quais terras ocupadas por indígenas incide a proteção do § 6º do art. 231 da Carta vigente.

Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal de 1988 estabelecem que:

Art. 20. São bens da União:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

[...]

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios [...].

Por sua vez, o art. 231, *caput* e seu § 6º, da Constituição Federal dispõem que:

Art. 231. São reconhecidos 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.

²Cf. entre outros, a Apelação Cível 1999.38.00.012840-6/MG, rel. Juiz Federal Olindo Menezes.

³Este dado, afirmado na inicial, não foi objeto de contestação pelos demandados.

[...]

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé [...].

Acerca do tema, o egrégio Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua competência pertinente à interpretação constitucional, fez editar a sua Súmula 650, na qual constou, *data venia*, que “Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”.

Assim, quando o egrégio Supremo Tribunal Federal define que os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam as terras de aldeamentos extintos, mesmo que tenham sido ocupadas em passado remoto, impõe, com a devida licença de entendimento outro, como condição essencial para que as terras indígenas integrem o patrimônio da União, que haja a demarcação, precedente à Constituição Federal (1988), para compatibilizar com o *caput* do art. 231 da mesma Carta.

Importante, ainda, acrescentar que o egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 219.983-3/ São Paulo, produziu acórdão da lavra do eminente Ministro Marco Aurélio, em cuja ementa lê-se:

BENS DA UNIÃO - TERRAS - ALDEAMENTOS INDÍGENAS - ARTIGO 20, INCISOS I E XI, DA CARTA DA REPÚBLICA - ALCANCE. As regras definidoras do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal de 1988 não albergam terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas [...].

(STF, RE 219983-3/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado por unanimidade em 09/12/1998, publicado no DJ de 17/09/1999, p. 00059).

O Ministro Marco Aurélio de Mello, relator do RE 219.983-3/SP, julgado pelo Pleno do egrégio Supremo Tribunal Federal, anotou, então, em seu voto, que:

[...]

O constituinte de 1988 mostrou-se preocupado com a situação dos indígenas. Nota-se a inserção, na Carta, de um capítulo sob o título ‘Dos Índios’. Aí, previu-se:

Art. 231 São reconhecidos 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.

Ao mesmo tempo, fez-se inserir no artigo 20 da Carta, definidor dos bens da União, não só a regra linear remissiva aos que, à época, lhe pertenciam e os que viessem a lhe ser atribuídos, como também ‘as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios’ (incisos I e XI, que a União tem como vulnerados). A esta altura, cabe indagar: nas previsões das Cartas pretéritas e na da atual, no que alude a ‘... terras que tradicionalmente ocupam ...’, é dado concluir estarem albergadas situações de há muito ultrapassadas, ou seja, as terras que foram, em tempos idos, ocupadas por indígenas? A resposta é, desenganadamente, negativa, considerado não só o princípio da razoabilidade, pressupondo-se o que normalmente ocorre, como também a própria letra dos preceitos constitucionais envolvidos. Os das Cartas anteriores, que versaram sobre a situação das terras dos silvícolas, diziam da ocupação, ou seja, de um estado atual em que revelada a própria posse das terras pelos indígenas. O legislador de 1988 foi pedagógico. Após mencionar, na cabeça do artigo 231, a ocupação, utilizando-se da expressão ‘... as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens’, veio, no § 1º desse mesmo artigo, a definir o que se entende como terras tradicionalmente ocupadas. Atente-se para a definição, no que, ante a necessidade de preservar-se a segurança jurídica, mais uma vez homenageou a realidade:

§ 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Mais do que isso, no parágrafo seguinte cuida a Carta da República de deixar explícita a necessidade de ter-se como atual, a posse:

§ 2º. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Seguindo-se na leitura dos diversos dispositivos do artigo, constata-se que, mediante o § 5º, vedou-se a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional, garantindo, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cessado o risco. Novamente, tem-se, na Carta, a demonstração inequívoca de se haver

preservado situação concreta por ela apanhada. No penúltimo dos parágrafos do citado artigo 231, apontou-se como nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos praticados com o objetivo de ter-se a ocupação e domínio e a posse das terras referidas ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar. Mais do que isso, previu-se que a nulidade do ato praticado e a respectiva extinção não é capaz de gerar indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, se envolvidas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Conclui-se, assim, que a regra definidora do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição de 1988, considerada a regência seqüencial da matéria sob o prisma constitucional, não alberga situações como a dos autos, em que, em tempos memoráveis, as terras foram ocupadas por indígenas. Conclusão diversa implicaria, por exemplo, asseverar que a totalidade do Rio de Janeiro consubstancia terras da União, o que seria um verdadeiro despropósito [...] (fls. 643/646 – numeração constante do acórdão).

Mencione-se, ainda, a propósito, o voto do eminente Ministro Nelson Jobim, quando, em síntese, asseverou que:

[...]

Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra ‘tradicionalmente’ não é a posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional. Agora, a terra indígena não é só a área possuída de forma tradicional pelos índios.

Há um segundo elemento relevante:

‘[...] as utilizadas para suas atividades produtivas, [...]’

Aqui, além do elemento objetivo de estar a aldeia localizada em determinado ponto, há necessidade de verificar-se a forma pela qual essa comunidade indígena sobrevive.

O terceiro elemento que compõe esse conceito de terra indígena:

‘[...] as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar [...]’

E, por último:

‘[...] e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.’

A partir da composição desses quatro elementos surgem, então, os dados objetivos e históricos para a demarcação da terra indígena.

Historicamente, no início do descobrimento - é evidente que todo o território nacional estava sob a posse indígena -, por força do direito de conquista, esse patrimônio todo passou às mãos da Coroa Portuguesa e depois evoluiu, chegando-se ao ponto, até mesmo, na Lei de Terras de 1850, Lei nº 610 - que V. Exa. conhece -, de estabelecer como terras devolutas, que pertenciam à Coroa. Com a Constituição de 1891, as terras devolutas todas passaram para os Estados, e as terras ocupadas pelos índios eram tratadas como tal. Depois foram desocupadas, algumas foram usucapidas, enfim, no processo de ocupação do território nacional, que foi mais agravado na década de 40, pela política estabelecida pelo Presidente Getúlio Vargas da ocupação do oeste brasileiro.

Então, Sr. Presidente, creio importantes os fundamentos do voto do Ministro Marco Aurélio para repor, no seu devido lugar, a questão dessas terras indígenas e acabar com essa pretensão. (fls. 649/650 – numeração constante do acórdão).

Dessa forma, prevalece a lógica de que não é possível, *data venia*, compreender o art. 20, incisos I e XI, bem assim o art. 231, § 6º, todos da Constituição Federal de 1988, como autorizadores da quebra do sistema jurídico pátrio então constituído. A expressão “*terras tradicionalmente ocupadas*”, com a devida licença de entendimento outro, pressupõe a posse contemporânea à edição da Carta de 1988, presente a sua utilização pelos indígenas.

Assim, a proteção do § 6º do art. 231 da Constituição Federal incide apenas sobre as terras ocupadas por silvícolas que são patrimônio da União, que, por sua vez, são apenas aquelas que estão ocupadas pela população indígena, sem prejuízo de a União desapropriar outras áreas, com destinação à habitação dos índios, pressupondo sempre, na espécie, o pagamento da justa indenização.

Ora, no presente caso, não se pode ignorar, pela sua importância para o desfecho do caso presente, o apontado pelo eminente Desembargador Federal Olindo Menezes, quando, em seu voto, asseverou que:

[...]

A alienação originária foi feita pelo Estado de Mato Grosso em 1960, como afirmam os autores e o confirma o laudo pericial (fls. 397 e 401), na vigência da Constituição de 1946, cujo art. 216 dizia que ‘Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se acham permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.’

Não era suficiente, portanto, à luz do preceito constitucional, a mera perambulação, a mobilidade, ou nomadismo, muito comum nas populações indígenas em razão da forma direta – e não por cultura reprodutiva – como costumam

se assenhorear das dádivas da natureza, senão que nelas estivessem permanentemente localizados (constância de posse), como requisito para discriminação dessas terras.

Não consta que a perícia histórico-antropológica tenha dado esse diagnóstico: de que, na promulgação da Constituição de 1946, ou pelo menos em 18/01/61, data da alienação feita pelo Estado de Mato Grosso, estivessem as terras dos apelantes permanentemente ocupadas pelos indígenas [...] (fl. 726) (destaquei).

Assim, na forma do que, *concessa venia*, visualizou em seu voto o eminente Desembargador Federal Olindo Menezes, quando anotou que

Não consta que a perícia histórico-antropológica tenha dado esse diagnóstico: de que, na promulgação da Constituição de 1946, ou pelo menos em 18/01/61, data da alienação feita pelo Estado de Mato Grosso, estivessem as terras dos apelantes permanentemente ocupadas pelos indígenas [...] (fl. 726),

verifica-se, com a devida licença de entendimento outro, que a área em questão, não estando dentre aquelas sobre as quais incide a proteção do § 6º do art. 231 da Constituição Federal, faz com que, mais uma vez pedindo-se licença a ótica diversa, deva ser reconhecido o direito dos ora embargados à indenização reconhecida no acórdão embargado, que deve, portanto, ser mantido pelos seus próprios fundamentos.

A respeito da matéria, cumpre ainda ressaltar, por oportuno, precedente jurisprudencial da Segunda Seção deste Tribunal Regional Federal, em cuja ementa pode-se ler que:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ÁREA INDÍGENA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TÍTULO DE PROPRIEDADE EXPEDIDO PELO ESTADO DE MATO GROSSO. SÚMULA 650 DO STF. CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A Súmula 650 do STF prevê que 'os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terra de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas no passado remoto'. Logo, segundo entendimento desta Seção, para que as terras indígenas integrem o patrimônio da União mostre-se necessária a posse atual e a demarcação, como estabelece o caput do art. 231 da Constituição de 88.

2. Ainda que as terras dos embargantes tenham sido ocupadas por indígenas no passado, não o eram quando da alienação feita pelo Estado de Mato Grosso.

3. A matéria já está pacificada nesta Seção sob a ótica da desapropriação indireta. Precedente: EIAC 2003.0100.0100550/DF.

4. Embargos infringentes providos [...].

(TRF – 1ª Região, EIAC 0010127-51.2008.4.01.0000/MT, Relator Desembargador Federal Hilton Queiroz, 2ª Seção, julgado por unanimidade em 20/03/2013, publicado no e-DJF1 de 09/04/2013, p. 7).

Não merece, assim, *data venia*, ser reformado o acórdão embargado.

Diante disso, nego provimento aos presentes embargos infringentes.

É o voto.

Voto Revisor

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — A Fundação Nacional do Índio – Funai opõe embargos infringentes ao acórdão de fl. 741 pretendendo ver prevalecer o voto vencido, no qual o relator Desembargador Federal Tourinho Neto, mantendo sentença de improcedência em ação de desapropriação indireta, reputou indevido o pagamento de indenização pela ocupação dos imóveis rurais adquiridos pelos autores, por isso que situados em área tida como de posse imemorial indígena.⁴

Para negar provimento ao apelo, entendeu o relator que a perícia antropológica é conclusiva acerca da imemorial ocupação indígena no local.

Sabidamente complexa, a matéria atinente a direitos sobre terras indígenas está longe de alcançar serenidade de entendimento, dado o extenso feixe de nuances jurídicas cuja interpretação, à medida que os operadores do Direito sobre o tema se debruçam, pode conduzir, por vezes, a decisões díspares ou aparentemente injustas.

A proteção aos índios e às terras que tradicionalmente ocupam encontra guarida constitucional desde a Constituição de 1934, que assim dispôs acerca do tema:

Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

⁴Na ocasião, o relator deu parcial provimento à apelação apenas para julgar procedente o pedido de indenização das benfeitorias existentes no imóvel, no montante de R\$ 762.536,24 (setecentos e sessenta e dois mil, quinhentos e trinta e seis reais e vinte e quatro centavos).

As posteriores Cartas Políticas do Brasil abrigaram a mesma proteção à posse das terras por indígenas, sendo que o regramento constitucional advindo com a Emenda 1/1969, em considerável alteração da disciplina do assunto, estabeleceu ainda que seriam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de atos de qualquer natureza que tivessem por objeto o domínio, a posse e a ocupação de tais terras, sem direito a indenização. Confira-se:

Constituição de 1937

Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras que se achem localizadas em caráter permanente, sendo-lhe vedada a alienação das mesmas.

Constituição de 1946

Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados com a condição de não a transferirem.

Constituição de 1967

Art. 186. É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Emenda Constitucional n. 1/1969

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Compulsando os autos, observo que, quando da alienação dos imóveis pelo Estado de Mato Grosso, vigorava o art. 216 da Constituição Federal de 1946, cuja regra impunha, como visto, o respeito à posse indígena sem contudo prever a nulidade dos negócios jurídicos que envolvessem as terras destinadas aos silvícolas, tampouco a negativa de indenização aos adquirentes de glebas eventualmente atingidas. À época da aquisição levada a efeito pelos autores vigia o art. 198 da Constituição Federal de 1967 (com redação dada pela EC 1/1969).

Sucedo, consoante asseverou o eminente Desembargador Olindo Menezes em seu voto, que

[...] as regras dos arts. 198 da Carta de 1967, EC nº 01/69, e do art. 231 da Carta de 1988,

nulificando os atos jurídicos que tenham por objeto as terras ocupadas pelos índios, e negando a possibilidade de indenização, somente incidem nos negócios praticados sobre terras que tenham sido demarcadas e sejam habitadas pelos índios [...] (fl. 727).

No caso, a cadeia dominial dos imóveis aponta que os primeiros compradores obtiveram legitimamente os lotes do estado de Mato Grosso por meio de títulos transcritos em 05/12/1960 (fls. 475-490), tendo a aquisição por parte dos autores se dado em junho, março e agosto de 1985, pouco antes do advento do Decreto 92.011, de 28/11/1985, que declarou a área nele descrita de ocupação dos indígenas e trouxe, no parágrafo único do art. 1º, a seguinte previsão:

Parágrafo único – A área descrita neste artigo, denominada Área Indígena Japuira, será demarcada administrativamente pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI.

Verifica-se que a efetiva demarcação, uma imposição constitucional (art. 231, *caput*), somente veio a ser homologada em 24/12/1991, por meio do Decreto 386 (fl. 656).

Com relação ao requisito da ocupação, o termo “tradicionalmente”, na concepção adotada pela Constituição, em verdade não diz respeito a uma circunstância temporal (posse imemorial), mas ao modo como os indígenas possuem a terra, sendo uma exigência da Carta atual, a exemplo das ordens constitucionais anteriores, a localização/habitação permanente (art. 231, § 1º). Em outras palavras, afigura-se insuficiente a mera perambulação ou nomadismo.

O laudo antropológico, apresentado sob o formato de respostas aos quesitos das partes e do juiz, não logrou demonstrar, conforme explicitou o voto condutor do acórdão embargado, que

[...] na promulgação da Constituição de 1946, ou pelo menos em 18/01/61, data da alienação feita pelo Estado de Mato Grosso, estivessem as terras dos apelantes permanentemente ocupadas pelos indígenas [...] (fl. 726).

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente desta Corte:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ÁREA INDÍGENA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TÍTULO DE PROPRIEDADE EXPEDIDO PELO ESTADO DE MATO GROSSO. SÚMULA 650 DO STF. CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A Súmula 650 do STF prevê que “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam

terra de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas no passado remoto”. Logo, segundo entendimento desta Seção, para que as terras indígenas integrem o patrimônio da União mostre-se necessária a posse atual e a demarcação, como estabelece o caput do art. 231 da Constituição de 88.

2. Ainda que as terras dos embargantes tenham sido ocupadas por indígenas no passado, não o eram quando da alienação feita pelo Estado de Mato Grosso.

3. A matéria já está pacificada nesta Seção sob a ótica da desapropriação indireta. Precedente: EAC 2003.0100.0100550/DF.

4. Embargos infringentes providos. (destacou-se).

(EAC 0010127-51.2008.4.01.0000/MT, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, Segunda Seção, e-DJF1 p. 7 de 09/04/2013).

Desse modo, é devida aos autores indenização pela perda das glebas que lhes foram retiradas do patrimônio mediante a criação da Área Indígena Japuira, cuja demarcação foi homologada em 1991, sem observância do procedimento legal cabível consubstanciado na desapropriação.

Ante o exposto, *acompanho* o relator para *negar provimento* aos embargos infringentes.

É como voto.

Segunda Seção

Conflito de Competência 0025924-23.2015.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
 Autor: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Luiz Carlos Oliveira Júnior
 Réu: Wilsony Vale Barroso
 Suscitante: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Tefé – AM
 Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara – AM
 Publicação: e-DJF1 de 09/10/2015, p. 159

Ementa

Processual Civil. Conflito negativo de competência entre juízes federais de subseção judiciária e de vara federal de capital. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Condenação. Fase de cumprimento de sentença. Processamento. Juízo prolator da sentença. Competência do juízo suscitado.

I. O parágrafo único do art. 475-P do Código de Processo Civil faculta ao exequente a eleição de foro para cumprimento da sentença, podendo optar pelo juízo do local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou pelo atual domicílio do executado, em nítida exceção ao regramento da competência funcional, sendo idônea a aplicação de tal providência nas hipóteses em referência.

II. Não estão presentes nos autos os requisitos autorizadores da declinação de competência na espécie, porquanto não houve requerimento do exequente para deslocamento da competência para o juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, não sendo cabível a sua determinação de ofício pelo julgador.

III. Conflito de competência conhecido para declarar competente o juízo suscitado.

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o juízo suscitado.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 30/09/2015.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Cuida-se de *conflito negativo de competência* em que figura como suscitante o MM. Juiz Federal da *Subseção Judiciária de Tefé/AM*, em face de decisão proferida pelo MM. juiz da *3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas*, que declinou da competência, com base no art. 475-P, parágrafo único, do Código de Processo Civil, no curso de execução de sentença proferida em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público Federal.

O *Parquet* Federal opinou pela competência do juiz suscitado.

Em mesa. (Regimento Interno, art. 238, § 1º.)

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Trata-se de *conflito negativo de competência* em que figura como suscitante o MM. juiz Federal da *Subseção Judiciária de Tefé/AM* e suscitado o MM. juiz da *3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas*.

Compulsando os autos, verifico que a presente ação de improbidade administrativa foi ajuizada perante o Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas, que declinou da competência em favor da Subseção Judiciária de Tefé/AM, com base no art. 475-P, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Remetidos os autos principais à Subseção Judiciária de Tefé, suscitou o MM. juiz federal conflito negativo de competência, com fulcro nos arts. 87 e 475-P, II, ambos do Código de Processo Civil, que estabelecem a competência funcional do juízo prolator da sentença condenatória para processar o cumprimento de sentença.

Pois bem, o parágrafo único do art. 475-P do Código de Processo Civil faculta ao exequente a eleição de foro para cumprimento da sentença, podendo optar pelo juízo do local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, em nítida exceção ao regramento da competência funcional.

A propósito, comentando este artigo, leciona Fredie Didier:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Hilton Queiroz, Ítalo Mendes e Mônica Sifuentes e os Exmos. Srs. Juizes Federais Pablo Zuniga Dourado e George Ribeiro da Silva (convocados).

O art. 475-P, II, CPC, confirma a regra geral de que a execução deve ocorrer perante o juízo que processou a causa em primeiro grau de jurisdição. O juízo da execução é o juízo da sentença. Há uma prolongação da eficácia da *perpetuatio jurisdictionis* do art. 87 do CPC - note que agora, como já visto, há um único processo com diversas fases; fixada a competência nos termos do art. 87 do CPC, há a estabilização da jurisdição, inclusive para a fase executiva. Trata-se da hipótese mais comum de competência para a execução de sentença.

Essa regra de competência é bem tradicional e segue as características já examinadas: a) é funcional, pois se relaciona ao exercício de função dentro de um mesmo processo - portanto, o desrespeito a esse comando implica incompetência absoluta; b) decorre também de uma conexão por sucessividade.

No entanto, há um aspecto, pouco abordado pela doutrina, muito importante: ao determinar que a execução da sentença compete ao juízo originário da causa, o legislador também estabelece uma regra de competência territorial. A demanda executiva tramitará no mesmo foro em que tramitou a causa na fase de conhecimento.

Esse aspecto sobressai para justificar a existência do parágrafo único do art. 475-P, que permite ao exequente escolher outros foros para promover a execução da sentença: a) juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação; b) atual domicílio do executado. Nesses dois casos, deverá o exequente pedir ao juízo de origem a remessa dos autos do processo ao juízo do foro da execução - seria mais interessante, pelo aspecto da efetividade do processo, permitir que o próprio exequente extraísse cópia dos autos do processo, nos termos do §3º do art. 475-0, e levasse ao outro foro para a execução da sentença. Note, por isso, que o legislador, em homenagem ao direito fundamental à efetividade, optou por flexibilizar a regra que fixava o juízo da sentença como o único competente para o processamento da execução - pode-se afirmar, então, que se trata de uma mitigação à regra da perpetuação da jurisdição. (In Curso de Direito Processual Civil, volume 2, págs. 428/429)

Nessa linha de orientação, já decidiu o eg. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SENTENÇA PROFERIDA POR JUÍZO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. OPÇÃO DO CREDOR PARA O PROCESSAMENTO DA EXECUÇÃO NO ATUAL DOMICÍLIO DO DEVEDOR. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 475-P, II, DO CPC.

1. A regra geral estabelecida pelo art. 475-P, II, do Código de Processo Civil, define a competência do juízo em que proferida a sentença para o processamento de sua execução.

Entretanto, a execução para pagamento dos valores determinados em sentença admite a derrogação da competência funcional do juízo do decísum, porquanto o parágrafo único do citado artigo 475-P confere ao credor a opção de requerer ao juiz da causa que a execução seja processada perante o juízo “do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação” ou ainda no juízo “do atual domicílio do executado”.

2. Na hipótese dos autos, transitada em julgado a sentença do processo de conhecimento perante a Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal lá deveria ser executada a sentença. Ocorre que a ANP requereu a aplicação do parágrafo único do art. 475-P, parágrafo único, do CPC para remessa dos autos ao local onde se encontra estabelecida a executada (Município de Campo Limpo/SP), tendo o Juízo prolator da sentença acolhido o requerimento e determinado a remessa dos autos à Subseção Judiciária de Campinas/SP, haja vista ter jurisdição sobre o Município de Campo Limpo Paulista/SP, sendo este o Juízo competente para a causa.

3. Assim, diante do deferimento do pedido de exequente para que a execução fosse deslocada para o Juízo Federal da Subseção Judiciária de Campinas, com fulcro no citado parágrafo único do art. 475-P, firma-se a competência territorial para o processamento da execução, não sendo conferido àquele Juízo declinar da competência, ainda que exista documentação nos autos demonstrando que a executada não foi localizada no endereço indicado no Município de Campo Limpo/SP. No caso, trata-se de competência relativa, sendo defeso ao juízo declará-la de ofício, a teor do que dispõe o art. 112 do CPC, segundo o qual somente através de exceção a incompetência relativa poderá ser arguida.

4. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 7ª Vara de Campinas - SJ/SP, o suscitante.

(CC 120.987/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2012, DJe 18/09/2012) - grifei

Apesar disso, não estão presentes nos autos os requisitos autorizadores da declinação de competência na espécie.

É que o juízo suscitado declinou de competência com base no fato de o executado possuir domicílio no Município de Juruá/AM, cuja jurisdição está abrangida pela Subseção Judiciária de Tefé/AM (fl. 15).

Todavia, não houve requerimento do exequente para deslocamento da competência para o juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, não sendo cabível a sua determinação de ofício pelo julgador.

Com estas razões, inaplicável à espécie a disposição contida no parágrafo único do art. 475-P do Código de Processo Civil prevalecendo a competência funcional determinada no inciso II do mesmo dispositivo processual, bem como pelo art. 575, II, do CPC.

Isto posto, por tais razões e fundamentos conheço do *conflito de competência*, para declarar competente o MM. juiz suscitado, juiz federal da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas.

É como voto.

Terceira Seção

Numeração única: 0004290-54.2004.4.01.0000

Ação Rescisória 2004.01.00.006315-4/MG

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
 Autora: Caixa Econômica Federal – CEF
 Advogados: Dr. Marcelo Nicolau Nader e outros
 Réu: Wellington Rodrigues Pereira
 Defensora: Defensoria Pública da União – DPU
 Publicação: e-DJF1 de 17/09/2015, p. 550

Ementa

FGTS. Expurgos inflacionários. Ação rescisória intentada pela CEF. Acórdão deste Tribunal em que reforma, parcialmente, a sentença. Deferimento de correção pelo IPC de 44,80%, 7,87% e 21,87%, sobre os saldos existentes em abril/90, maio/90 e fevereiro/91, respectivamente. Questão controvertida nos tribunais. Súmula 343-STF. Afastamento. Rescisão do julgado. Reajustamento. Deferimento da diferença relativa a abril/1990. Sucumbência recíproca. Compensação de honorários.

I. “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (Súmula 343-STF). Superação dessa súmula, todavia, nas ações relativas aos expurgos do FGTS, pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

II. O Supremo Tribunal Federal, no RE 226.855-7/RS, relator Ministro Moreira Alves, por maioria, DJ 13/10/2000, circunscreveu a discussão da matéria à questão do direito adquirido, que afirmou inexistir nas situações examinadas. Em face dessa decisão, o Superior Tribunal de Justiça reviu sua jurisprudência (STJ, REsp 265.556/AL, rel. Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção, por maioria, DJ 18/12/2000) para ajustá-la à da Suprema Corte.

III. A nova orientação resultou na Súmula 252-STJ: “Ossaldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto as perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00%(TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o entendimento do STF (RE 226.855-7-RS)”.

IV. À míngua de precedente vinculante, poderia ser indeferido o pedido de rescisão. Todavia, em face de inutilidade da divergência (princípio da praticidade), faz-se prevalecer a orientação firmada pelas Cortes superiores.

V. Deferido o pedido de rescisão e, no rejuízo da causa, deferimento apenas em parte do pedido do autor da ação rescindenda para condenar a Caixa Econômica Federal a creditar em sua conta vinculada de FGTS o percentual de 44,80%, relativo a abril de 1990, tendo em vista que sua admissão, em 02/10/1989, ocorreu posteriormente à pretendida correção quanto ao mês de janeiro de 1989.

VI. Em face da sucumbência recíproca, ainda que mínima, e da mudança da orientação jurisprudencial sobre o tema, não há condenação em honorários de advogado.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, deferir o pedido de rescisão e, no rejuízo da causa, deferir em parte o pedido dos autores.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 18/08/2015.

Desembargador Federal João Batista Moreira, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Trata-se de ação rescisória movida pela Caixa Econômica Federal ao argumento de que: a) “o ora requerido propôs ação contra a ora requerente pleiteando a complementação de rendimentos na conta vinculada do FGTS, em decorrência de expurgos inflacionários relativos a diversos planos governamentais baixados com o intuito de combater a inflação”; b) o réu, “com base na existência de direito adquirido, pediu e obteve êxito no que concerne à diferença creditada a menor relativamente aos seguintes planos”: abril/1990 (44,80%), maio/1990 (7,87%) e março/1991 (21,87%); c) “em 31/08/2000 – reconhecendo o acerto da tese defendida pela Caixa –, o e. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário 226.855-RS, tendo por relator o Exmo. Ministro Moreira Alves, decidiu ser indevido o pagamento relativo aos índices dos planos Bresser (Jun/87), Collor I (Maio/1990) e Collor II (Fev/1991), porque inexistente ofensa do direito adquirido”; d) “com o advento da Lei Complementar 110/01, a sentença rescindenda insurge-se não somente contra o poder vinculante da declaração

de constitucionalidade exarada pela mais alta Corte do País, mas sim contra todo o Estado Democrático de Direito”; e) “o v. julgado, que a Caixa pretende rescindir com esta ação, violou literal dispositivo de lei e da Constituição (art. 5º, XXXVI) ao deferir os índices expurgados nos planos econômicos acima, sob o fundamento de que a ausência de crédito importava em lesão a direito adquirido quando tal veio a ser afastado pelo e. STF”.

Requer-se, ao final, “seja julgado procedente o pedido da presente ação para rescindir a sentença atacada e para declarar indevidas as correções monetárias relativas a todos os índices que não correspondam aos expurgos de jan/89 (42,72%) e ABR/90 (44,80%), conforme pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, autorizando a autora a deduzir das contas vinculadas as importâncias indevidas que já tenham sido creditadas e ainda não levantadas ou condenando o(s) réu(s) a restituir(em) os valores indevidos caso já tenha(m) efetuado o levantamento”.

Na “contestação/alegações finais” do réu, citado por edital e representado pela Defensoria Pública da União, alega-se: a) “vez que a conjuntura em que se

formou a coisa julgada era de notória controvérsia jurisprudencial, não há que se falar em violação à literal disposição de lei"; b) "em que pese a Corte Máxima Constitucional tenha declarado a inexistência de direito adquirido quanto à correção monetária dos planos econômicos, como esta decisão ocorreu em sede de controle difuso, não se pode afirmar a existência de efeitos *erga omnes*".

A Caixa Econômica Federal, nas alegações finais, renova os argumentos feitos na petição inicial.

Sem necessidade de produção de provas, por ser a questão unicamente de direito.

O Ministério Público Federal, intimado, "abstém-se de emitir parecer".

É o relatório.

Voto (Preliminar)*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 226.855/RS, consistiu em negar, concretamente, a existência de direito adquirido aos índices inflacionários expurgados. Não houve declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma. Por isso, haveria de prevalecer a orientação da Súmula 343-STF: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".

A sentença é de 29 de outubro de 1998 e o acórdão deste Tribunal, que se busca rescindir, é de 31 de agosto de 1999, anterior, portanto, ao julgamento do RE 226.855/RS, de 31 de agosto de 2000. À época, já se consolidara na jurisprudência desta Corte, em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a orientação de que o IPC era o índice que melhor refletia a realidade inflacionária.

Seria, portanto, caso de aplicação da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal.

Não é, todavia, a orientação firmada pelo próprio Supremo Tribunal Federal e não é conveniente — aliás, é inútil, a esta altura —, divergir da jurisprudência da mais alta Corte de Justiça.

Por questão de praticidade, deve ser rejeitada a preliminar.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente, Néviton Guedes, Kassio Marques e Daniel Paes Ribeiro e a Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada).

Voto (Mérito)

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Nos termos do art. 6º, § 2º, do Decreto-Lei 4.657/1942, "consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo préfixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem". Trata-se de um conceito de "rasa (grifei) felicidade". Translúcido na aparência, possui, exceto nas situações extremas, conteúdo "fugidio, cambiante e equívoco".¹ O tema é "eternamente tormentoso"²: todas as vezes que temos um problema mais grave, lemos os quatro volumes de Gabba e não encontramos a solução.³ Prova-o a declaração de León Duguit, com cinquenta anos de cátedra, de que até então não sabia o que seja direito adquirido.⁴ A primeira dificuldade surge quando é necessário distinguir *direito adquirido de faculdade ou possibilidade abstrata*. Diz-se que faculdade é a possibilidade, de acordo com a lei vigente, de praticar determinado ato jurídico. Se essa faculdade é a de se aposentar (já preenchidos os respectivos requisitos materiais), é noção corrente que não pode ser atingida por nova regra mesmo quando ainda não exercitada. Mas o que dizer de uma empresa que tem débito e crédito em condições de compensação tributária, admitida sem tempo determinado, mas ainda não lançada, e sobrevém lei suprimindo essa faculdade? A doutrina penetra nesse campo classificando os graus de retroatividade da lei em *máxima, média e mínima* e os sistemas jurídicos, quanto à questão da retroatividade da lei, em *constitucional e legal*, tratando, paralelamente, das leis interpretativas.⁵

É deveras difícil a distinção entre expectativa, direito adquirido e faculdade abstrata, tendo em conta que a lei eleva à situação de adquirido o direito condicional ("condição preestabelecida inalterável, a

¹ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio apud XAVIER, Alberto Pinheiro. *Temas de Direito Tributário*, 1991, p. 15.

² Voto do Ministro Sepúlveda Pertence no RE 226.855-RS, RTJ, n. 174, p. 993.

³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Adquirido*. Fórum Administrativo, n. 15, p. 582.

⁴ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido como Limite à Retroprojeção de Emendas Constitucionais*. Fórum Administrativo, n. 40, p. 3.943.

⁵ ALVES, José Carlos Moreira, op. cit., p. 579-587. Cf. também CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, op. cit., p. 229-239.

arbitrio de outrem”).⁶ A clareza do exemplo clássico — a expectativa e o direito adquirido a herança — dificilmente se repete, porque os fatos normalmente não são simples, instantâneos e determinados como a morte. Serve de exemplo o caso do reajuste de vencimentos de servidores pela Unidade de Referência de Preços (URP), ocorrido em 1988.⁷ Previa a lei que o índice de reajuste seria levantado pela inflação de um trimestre para ser aplicado no trimestre seguinte. Encerrado o trimestre de levantamento e iniciado o trimestre em que os vencimentos deveriam receber correção pelos índices daquela inflação passada, o reajuste foi afastado por decreto-lei. Decidiu-se que a supressão só não prevalecia para os sete dias já trabalhados, apesar — poderia ser acrescentado — de ser a continuação da relação funcional inalterável ao arbitrio da Administração.

A questão foi decidida à luz do enunciado jurisprudencial de que não há direito adquirido a regime jurídico, “artigo de fé do credo do Ministro Moreira Alves”, observação esta do Ministro Sepúlveda Pertence quando de célebre julgamento sobre a correção de índices do FGTS, que acrescentou as seguintes considerações:

Nesse campo, ao que entendo, o alcance da máxima é o de ilidir — ao contrário do que sucederia se se cuidasse de relação negocial — a eventual pretensão do servidor a manter-se sob o regime legal vigente ao tempo de sua admissão, acaso mais favorável que o da lei nova que o tenha revogado.

Transposto para o problema em Mesa — o índice legal de correção do saldo individual no FGTS — do princípio de não haver direito adquirido a regime jurídico revogado só resulta, no meu modesto entender, não ter base pretender o trabalhador a preservação do índice vigente ao tempo da abertura de sua conta vinculada.

Vale dizer: nem o caráter institucional da relação com o FGTS, nem a conseqüente impropriedade da pretensão de manter-se incólume à alteração do seu estatuto legal implicam não deva a incidência do regime novo respeitar eventuais direitos do trabalhador, adquiridos sob a lei anterior.

Para sustentar o contrário, seria preciso — como pretendem as razões da Caixa — reviver a desgastada tese da inoponibilidade do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito às leis de ordem

pública — fruto da importação precipitada de lições doutrinárias fundadas em ordenamentos em que a sua salvaguarda não tem estatura constitucional — a qual, por isso, parece definitivamente sepultada na jurisprudência do Tribunal, pelo menos, desde as solenes exéquias que lhe dedicou o primoroso acórdão da ADIn 493, de 25-6-92, da lavra do Ministro Moreira Alves (RTJ 143/724).⁸

Está na Constituição que *a lei não prejudicará o direito adquirido*. Esse dispositivo é interpretado (conforme a Lei de Introdução ao Código Civil) como se dissesse que *a lei (só) não poderá prejudicar o direito adquirido*, ou seja, como se dissesse positivamente que à lei é permitido retroagir atingindo interesses legítimos que não configurem, estritamente, direito subjetivo ou adquirido. A dicotomia civilista *expectativa de direito e direito adquirido* não é plenamente satisfatória no âmbito do direito administrativo-constitucional. Constata-se que há na prática, posições intermediárias (*direitos imperfeitos, interesses*), entre uma e outra modalidade, que merecem ser consideradas. A classificação de direitos fracos ou enfraquecidos é própria da doutrina italiana, significando situações que só podem ser suprimidas estritamente no interesse público.⁹ Tais posições, se não configuram direito adquirido, podem estar, no entanto, protegidas por outros princípios constitucionais, como o princípio da *confiança legítima*, consagrado no direito alemão, que impõe sejam respeitadas as “esperanças fundadas”. O critério é mais amplo que o da proteção dos direitos adquiridos, pois protege expectativas legítimas e situações em vias de constituição sob o pálio de promessas firmes do Estado.¹⁰

É o caso dos já citados critérios de correção monetária, cuja mudança no meio do período de apuração, conquanto possa não violar direito adquirido, na acepção estrita do instituto, infringe o princípio da confiança em projeções firmes feitas pelo Estado, em curso de realização. Se, mais, a redução de índice vem não para ajustar a correção ao real comportamento da Economia, mas para mascarar a realidade, torna-se *desvio do poder de legislar*. Apropriadas são as

⁸ RE 226.855-RS, RTJ, n. 174, p. 916-1006.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *O Concurso Público e o Direito à Nomeação*. In: Estudos de Direito Administrativo – em Homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, 1996, p. 17.

¹⁰ MEDAUAR, Odete, op. cit., 2003, p. 246. Cf. também SILVA, Almiro do Couto e. *Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento*. Revista de Direito Público, n. 63, 1982, p. 29-35.

⁶ Cf. WALD, Arnoldo. *Da Doutrina Brasileira do Direito Adquirido e a Projeção dos Efeitos dos Contratos Contra a Incidência da Lei Nova*. Revista de Informação Legislativa, n. 70, 1981, p. 143-150.

⁷ Cf. RE 145183/DF, rel. Ministro Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Ministro Moreira Alves, maioria, DJ, 18 nov. 1994.

considerações que a respeito fez o Ministro José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça:

Em campo econômico, a inflação é uma realidade que a lei não pode desconhecer, e no momento em que a lei transforma essa realidade, ela está manipulando a realidade econômica e, mais ainda, quando o faz por via do Poder Executivo, em quem, em princípio, tem que haver a maior confiabilidade do cidadão, a lei está, a meu ver, viciada naquele sério princípio da confiabilidade e da moralidade da coisa pública, a moralidade na sua expansão para o mundo jurídico.¹¹

Defesa da proteção principiológica encontra-se também em palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, quando considera escusado dizer que — independentemente da busca exegetista de um dispositivo exposto que o prescreva — o entendimento de que não há direito adquirido à reposição de correção monetária “viola a Constituição, na medida em que conduz à erosão de um direito social fundamental do trabalhador”. Tal direito “deriva de valores fundamentais da República e diretivas básicas — ainda que um tanto esquecidas — da ordem social visada pela Constituição”, prescindindo, por isso, de disposição explícita.

Diferente, porém, foi o entendimento da maioria do Supremo Tribunal Federal, que a partir da tradicional distinção entre regime contratual e regime estatutário, circunscreveu a matéria constitucional à garantia do direito adquirido, que afirmou inexistir nas diversas situações examinadas.

Refiro-me à decisão do RE 226.855-7/RS, relator Ministro Moreira Alves, por maioria, DJ 13/10/2000, retratada na seguinte ementa:

FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. NATUREZA JURÍDICA E DIREITO ADQUIRIDO. CORREÇÕES MONETÁRIAS DECORRENTES DOS PLANOS ECONÔMICOS CONHECIDOS PELA DENOMINAÇÃO BRESSER, VERÃO, COLLOR I (NO CONCERNENTE AOS MESES DE ABRIL E DE MAIO DE 1990) E COLLOR II.

I. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado.

II. Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.

III. Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.

IV. No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico.

V. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II.

Em face dessa decisão, o Superior Tribunal de Justiça reuiu sua jurisprudência (STJ, REsp 265.556/AL, rel. Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção, por maioria, DJ 18/12/2000), para firmar o seguinte entendimento:

1. O pedido de assistência simples, formulado agora pela União, não obsta o regular andamento do processo. A figura do assistente possui caráter secundário; ele não defende direito subjetivo próprio, pelo que a eficácia do julgamento a ser proferido não depende de sua presença.

2. Assentou o Pretório Excelso (RE n. 226.855-7/RS.), a atualização dos saldos do FGTS, nos seguintes termos: “Plano Bresser” (junho/87 - LBC - 18,02%), “Plano Collor I” (maio/90 - BTN - 5,38%) e “Plano Collor II” (fevereiro/91 - TR - 7,00%). Entendimento também adotado nesta decisão.

3. Quanto ao índice relativo ao “Plano Verão” (janeiro/89), matéria reconhecidamente de índole infraconstitucional, mantém-se a posição do STJ (IPC - 42,72%).

4. “Plano Collor I” (abril/90) - A natureza dos depósitos de poupança e do FGTS não se confunde. Aquele é investimento; este é sucedâneo da garantia da estabilidade no emprego. Não se pode atualizar os saldos dos trabalhadores com depósitos inferiores a NCz\$ 50.000,00, pelo IPC, e aqueles com importância superior a esse valor, pelo BTN fiscal. A Lei do FGTS não destrinçou os fundistas em duas categorias diferenciadas segundo o valor supra. Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Não faria sentido forrar as indenizações decorrentes da estabilidade no emprego dos efeitos da inflação real (IPC = 44,80%) e dar tratamento apoucado aos fundistas (BTN fiscal).

5. Em resumo, a correção dos saldos do FGTS encontra-se de há muito uníssona, harmônica, firme e estratificada na jurisprudência desta Seção quanto à aplicação do IPC de 42,72% para janeiro de 1989 e do IPC de 44,80% para abril de 1990.

¹¹ Voto vencido no REsp 265.556/AL.

6. Recurso conhecido e provido em parte, a fim de ser excluída a multa de 5% fixada no v. acórdão em razão da oposição de embargos declaratórios. Acolhido, também, o pedido quanto à não incidência do IPC referente aos meses de junho de 1987, maio de 1990 e fevereiro de 1991, respectivamente, Planos “Bresser”, “Collor I” e “Collor II”.

7. Não cabe a esta Corte o reexame, sob o fundamento de caducidade de medidas provisórias, dos índices de maio de 1990 e fevereiro de 1991, determinados pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, que julgou a questão sob o prisma constitucional.

8. Recurso especial provido parcialmente, por maioria de votos.

A partir desse entendimento, o mesmo Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 252:

Os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto as perdas de

junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00%(TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o entendimento do STF (RE 226.855-7-RS).

À míngua de precedente vinculante, seria o caso de indeferir o pedido de rescisão. Todavia, pela mesma razão apontada no voto relativo à preliminar — inutilidade da divergência —, faço prevalecer a orientação firmada pelas Cortes superiores.

Por isso, defiro o pedido de rescisão e, rejugando a causa, defiro apenas em parte o pedido do autor da ação rescindenda para condenar a Caixa Econômica Federal a creditar em sua conta vinculada de FGTS o percentual de 44,80%, relativo a abril de 1990, tendo em vista que sua admissão, em 02/10/1989, ocorreu posteriormente à pretendida correção quanto ao mês de janeiro de 1989.

Em face da sucumbência recíproca, ainda que mínima, e da mudança da orientação jurisprudencial sobre o tema, deixo de condenar qualquer das partes em honorários de advogado, tanto na ação rescindenda quanto na ação rescisória.

Terceira Seção

Ação Rescisória 0018727-51.2014.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
 Autor: Paulo Renato Duclou Barros
 Advogados: Dr. Pedro Schmidt de Brito e outros
 Réu: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Felício Pontes Júnior
 Publicação: e-DJF1 de 02/10/2015, p. 2.218

Ementa

Processual Civil. Ação rescisória. Obrigação de retirada de embarcação naufragada. Ilegitimidade do Ministério Público Federal. Incompetência absoluta do juízo. Ilegitimidade passiva do adquirente da coisa. Ausência de responsabilidade. Argumentos afastados. Improcedência do pedido inicial.

I. O Ministério Público Federal possui legitimidade ativa para propor ação civil pública em que se reivindica a remoção de embarcação naufragada, em razão de representar risco à navegação e ao meio ambiente, uma vez que, “nos termos do art. 129, inciso III, da Constituição Federal, são funções institucionais do Ministério Público, dentre outras, ‘promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’” (AC 0004827-63.1999.4.01.3803/MG, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1, p. 1.105, de 26/03/2015).

II. Não há que se falar em incompetência absoluta do juízo, uma vez que “A presença do Ministério Público Federal, órgão da União, na relação jurídica processual como autor faz competente a Justiça Federal para o processo e julgamento da ação (competência ‘ratione personae’), consoante o art. 109, inciso I, da CF/1988” (STJ, relator Ministro Paulo de Tarso Saseverino, data de julgamento: 24/11/2010, Segunda Seção).

III. Ademais, não prospera a alegada ausência de legitimidade passiva do promovido (ora autor) nos autos da referida ação civil pública, e a conseqüente falta de responsabilidade pelo naufrágio ocorrido e pela obrigação de retirar a embarcação, tendo em vista que, ao adquiri-la, o autor tornou-se responsável pela correta destinação econômica do bem, conforme prescreve o art. 3º da Lei 7.203/1984.

IV. Ação rescisória improcedente. Agravo regimental prejudicado.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, preliminarmente, declarar prejudicado o agravo regimental e, no mérito, por maioria, julgar improcedente a ação rescisória.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 18/08/2015.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de ação rescisória proposta por Paulo Renato Duclou Barros, visando rescindir a sentença de fls. 122-124, proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Pará, que julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Federal para condenar o requerido (ora autor) à obrigação de fazer consistente na remoção do navio *Augusto Montenegro*, afundado na localidade indicada na petição inicial, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) em caso de descumprimento da obrigação.

Alega o autor que o julgado rescindendo violou literal disposição de lei, afrontando os arts. 267, I e VI, e 295, II, do CPC c/c arts. 5º e 37 da Lei Complementar 75/1993, ante a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, além do art. 3º da Lei 7.203/1984 c/c arts. 4º e 5º da Lei 7.652/1988, em razão de sua ilegitimidade passiva para causa e da inexistência de obrigação de remover a embarcação naufragada. Requer, assim, a rescisão do julgado, com novo julgamento da causa, extinguindo-se o processo sem resolução do mérito ou reconhecendo-se a improcedência do pedido.

Regularmente citado, o promovido apresentou a contestação sustentando, em resumo, que

As situações indicadas pelo autor como circunscritas à prescrição legal do artigo 485, incisos II e V, do Código de Processo Civil são, em verdade, inexistentes, uma vez que a sentença proferida não apresenta nenhuma das máculas apontadas, tanto no que pertine à competência do juízo, quanto no que se refere à consonância com os dispositivos indicados como violados.

Pede a improcedência do pedido inicial.

O pedido liminar foi indeferido à fl. 535.

O autor apresentou impugnação à contestação às fls. 540-544.

Às fls. 546-566, o autor interpôs agravo interno da decisão que apreciou o pedido liminar.

Razões finais do autor e do Ministério Público Federal apresentadas, respectivamente, às fls. 588-592 e 595-599.

A douta Procuradoria Regional da República manifestou-se pela improcedência da ação rescisória (fls. 151-155).

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Inicialmente, não há se falar em não conhecimento da demanda, tendo em vista que restam presentes os pressupostos do art. 485 do CPC, notadamente porque o autor apontou os dispositivos legais que entende violados, no que tange à apontada ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, à incompetência do juízo e à ausência de sua responsabilidade pela obrigação imposta pela sentença rescindenda.

Rejeito, pois, a questão preliminar suscitada.

No mérito, a pretensão autoral não merece prosperar, na medida em que o Ministério Público Federal possui legitimidade ativa para propor ação civil pública em que se reivindica a remoção de embarcação naufragada, em razão de representar risco à navegação e ao meio ambiente, uma vez que,

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Néviton Guedes, Kassio Marques, Daniel Paes Ribeiro e a Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada).

[...] nos termos do art. 129, inciso III, da Constituição Federal, são funções institucionais do Ministério Público, dentre outras, 'promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos' [...] (AC 0004827-63.1999.4.01.3803/MG, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1, p. 1.105, de 26/03/2015).

Com efeito, não há que se falar em incompetência absoluta do juízo, uma vez que

[...] a presença do Ministério Público Federal, órgão da União, na relação jurídica processual como autor faz competente a Justiça Federal para o processo e julgamento da ação (competência 'ratione personae'), consoante o art. 109, inciso I, da CF/1988 [...] (STJ, relator Ministro Paulo de Tarso Saseverino, data de julgamento: 24/11/2010, Segunda Seção).

Por outro lado, não prospera a alegada ausência de ilegitimidade passiva do promovido (ora autor) nos autos da referida ação civil pública, e a consequente falta de responsabilidade pelo naufrágio ocorrido e pela obrigação de retirar a embarcação, tendo em vista que, ao adquiri-la, o autor tornou-se responsável pela correta destinação econômica do bem, conforme prescreve o art. 3º da Lei 7.203/1984, nestas letras:

Art. 3º - Quando a embarcação, coisa ou bem em perigo representar um risco de dano a terceiros ou ao meio ambiente, o armador ou a proprietário, conforme o caso, será o responsável pelas providências necessárias para anular ou minimizar esse risco e, caso o dano se concretize, pelas suas conseqüências sobre terceiros ou sobre o meio ambiente, sem prejuízo do direito regressivo que lhe possa corresponder.

Com estas considerações, *julgo improcedente o pedido inicial* declinado na presente ação rescisória, condenando o autor ao pagamento das custas processuais devidas, recolhendo-se aos cofres da União Federal o valor depositado pelo autor demandante a título de depósito inicial (fl. 287).

Declaro prejudicado o agravo interno de fls. 546-553, destes autos.

Este é meu voto.

Voto-Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Senhor presidente, mantenho coerência com o ponto de vista que sempre tenho sustentado. Primeiramente, penso não ser relevante para determinar a competência ou legitimidade do Ministério Público

Federal o fato de o naufrágio ter se dado na Floresta Amazônica — aliás, em rio amazônico, naufrágio não se dá em floresta. Fui procurador da República numa época em que o procurador acumulava função de advocacia da União. A Constituição de 1988 mudou essa situação, deixou expresso, no art. 129, inciso IX, parte final: "sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria de entidades públicas". Portanto, para determinar a legitimidade do Ministério Público Federal, é irrelevante a titularidade do bem, aliás, se fôssemos considerar a titularidade do bem, quem deveria estar ingressando com a ação seria o advogado da União, e não o Ministério Público Federal, em razão dessa vedação constitucional. Efetivamente penso que se trata de um fato que não justifica a atuação do Ministério Público Federal, pela extensão dos interesses em causa. Sabemos que legitimidade é pertinência com o direito que está sendo defendido. Kelsen já nos ensinou que o Estado não tem direito, os órgãos estatais não têm direito, eles têm competência. Então, o Ministério Público, para poder agir em determinada situação, precisa ter competência, legitimidade, que significa competência, porque é órgão público. Aqui há uma diferença. Normalmente, o primeiro raciocínio que o juiz faz é quanto à competência judicial. Aqui, primeiro, é preciso determinar se o Ministério Público é legitimado; só depois de determinar a sua legitimação é que vamos saber sobre a competência. A Justiça Federal só será competente se o Ministério Público Federal for legitimado, e não é legitimado quando quer, só quando tem realmente competência. Competência não é querer, é poder; mais do que poder, é dever, é um poder-dever, de modo que, nessa situação, penso que o Ministério Público Federal não tem legitimidade, pois o interesse é local, não atinge o grau que justificaria sua iniciativa (repercussão em mais de um Estado). Ainda que dentro da Floresta Amazônica, o rio me parece que não é federal, é um rio estadual, porque afluente de rio federal pode ser rio estadual. Um afluente de rio federal não é, necessariamente, rio federal, salvo se seu curso atingir mais de um Estado. Ora, não tendo o Ministério Público Federal legitimidade, conseqüentemente, não tem a Justiça Federal competência. O Ministério Público Federal é autor da ação, então, se ele é órgão da União, a Justiça Federal é competente? O Ministério Público Federal, em sua atividade fim, não é União, tanto que pode ingressar com ação contra a União. É órgão autônomo. Não é União, para os efeitos do art. 109 da Constituição. Aqui nem é esse o raciocínio, basta o raciocínio, basta a conclusão de que é parte ilegítima e, sendo parte ilegítima, nem chegaríamos à questão

da competência da Justiça Federal. Por essa razão, o voto, *data venia*, divergir do voto de vossa excelência.

Ratificação de Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Após ouvir o respeitável voto do eminente Desembargador João Batista Moreira, reafirmo os fundamentos do meu voto e destaco também a feliz observação posta no voto do eminente Desembargador Néviton Guedes, ao invocar a norma especial do § 4º do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, posto que há tipificação escrita no referido dispositivo

constitucional, no sentido de considerar patrimônio nacional a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira, com especial proteção, por se tratar de patrimônio nacional. Não há como se negar que a embarcação semiafundada no porto de Guajará, na Baía de Guajará, integra o bioma amazônico, a merecer especial proteção não só da União como também do Município de Belém, do Estado do Pará, sob a fiscalização diligente da Marinha Nacional, do Ministério Público estadual e federal.

Com estas considerações, mantenho o meu voto.

Quarta Seção

Ação Rescisória 0003092-35.2011.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa
 Autora: Panificadora Estrela do Parque Santa Madalena Ltda.
 Advogados: Dr. Edilson Fernando de Moraes e outros
 Ré: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Ré: Centrais Elétricas Brasileiras S/A
 Advogados: Dr. Jorge Carlos Silva Lustosa e outros
 Publicação: e-DJF1 de 04/09/2015, p. 2.538

Ementa

Processual Civil e Tributário. Ação rescisória. CPC, art. 485, V. Ilegalidade do disposto no art. 3º do Decreto 81.668/1978 c/c parágrafo único do art. 49 do Decreto 68.419/1971. Prescrição. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF na ausência de interpretação controvertida dos tribunais. Preliminares de carência de ação e de ilegitimidade passiva afastadas. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. 143ª AGE da Eletrobrás. Conversão dos créditos em ações. Diferença de correção monetária. Recurso repetitivo. Prazo prescricional. Fato superveniente. Aplicação do art. 462 do CPC. Possibilidade. Prescrição afastada. Rescisão do julgado. Reajulgamento. Pedido rescisório procedente. Apelação da autora parcialmente provida.

I. “Os valores referentes à 143ª Assembleia Geral Extraordinária da Eletrobrás são levados em consideração por força do disposto no art. 462 do CPC, apesar de a conversão dos créditos ter ocorrido após o ajuizamento da presente ação” (EDcl no REsp 1.003.955/RS, rel. Ministra Eliana Calmon, STJ, Primeira Seção, DJe 07/05/2010).

II. Consoante o entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais 1.003.955/RS e 1.028.592/RS, na sistemática do art. 543-C do CPC, o prazo prescricional para se pleitear as diferenças de correção monetária e juros remuneratórios sobre os valores devidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica é de cinco anos, sendo que o início de seu cômputo coincide com a ocorrência da lesão (*actio nata*).

III. Em relação à pretensão de correção monetária sobre o principal e seus reflexos, “a prescrição teve início na data em que a Assembleia-Geral Extraordinária homologou a conversão, a saber: a) 20/04/1988 – com a 72ª AGE – 1ª conversão; b) 26/04/1990 – com a 82ª AGE – 2ª conversão; e c) 30/06/2005 – com a 143ª AGE – 3ª conversão” (STJ, REsp 1.028.592/RS).

IV. Ajuizada a ação ordinária em 28/08/2006, sendo pretensão da autora o recebimento, também, da diferença de correção monetária dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica no período

compreendido entre 1987 e 1993, constituídos a partir de 1988, conforme deliberação da 143ª AGE em 30/06/2005 – 3ª conversão, e que a sentença foi proferida em 10/06/2008, merece acolhida, quanto a esse ponto, a sua postulação. Precedentes.

V. Os índices de correção monetária são os constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

VI. Pedido rescisório procedente.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar procedente o pedido rescisório e, em novo julgamento, dar parcial provimento à apelação.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 26/08/2015.

Desembargador Federal *Marcos Augusto de Sousa*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
— Panificadora Estrela do Parque Santa Madalena Ltda., pessoa jurídica qualificada nos autos, ajuizou, com fundamento no art. 485, V, do CPC, ação rescisória contra a União (FN) e a Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás, alegando que por ter decretado, no julgamento da Ação Ordinária 2006.34.00.026767-8 (numeração única: 0026033-37.2006.4.01.0000), a prescrição do direito à cobrança dos créditos decorrentes de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, constituídos entre 1978 e 1987 (recolhimentos efetuados no período compreendido entre 1977 e 1986), e julgado improcedente o seu pedido quanto aos demais créditos, a sentença rescindenda (fls. 110-124) destoa de literal disposição de lei (Lei 5.073/1966, art. 2º, parágrafo único, Decreto-Lei 1.512/1976, art. 2º, § 1º).

Alega, em síntese, que, proposta a ação ordinária em 28/08/2006, proferida a sentença em 10/06/2008, após a assembleia geral da Eletrobrás ter deliberado em 30/06/2005 sobre a conversão de créditos em ações, incabível o reconhecimento da prescrição quanto ao período de 1987 a 1993, cuja diferença de correção monetária sobre o principal e seus reflexos é postulada.

Assevera, também, que “à época da prolação da sentença não havia qualquer divergência quanto à concessão do direito a correção monetária, visto que a mesma estava prevista legalmente” (fl. 9).

Trânsito em julgado da decisão rescindenda, ocorrido em 31/01/2009 (fl. 126), e tempestividade da ação rescisória, protocolizada em 21/01/2011, comprovados.

Requer a procedência do pedido para, declarada rescindida a sentença objeto da controvérsia, outro julgamento da causa.

Citadas, as rés contestaram o pedido (fls. 134-147 e 148-163), pugnando pela sua improcedência.

Réplica e razões finais apresentadas (fls. 284-296, 314-322, 332-340, e 343).

Ouvida, a Procuradoria Regional da República opinou pela procedência parcial do pedido (fls. 357-369).

É o relatório.

Voto *

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:

—

I – Questões preliminares

Preliminarmente, observa-se que a certidão lavrada pela secretaria do juízo sentenciante em 03/02/2009 (fl. 126) indica a data precisa do trânsito em julgado da decisão rescindenda, ocorrido em 31/01/2009. O pedido rescisório foi protocolizado neste Tribunal em 21/01/2011, dentro do prazo de dois anos previsto no art. 495 do CPC.

Quanto às alegações de falta de interesse de agir, de impossibilidade jurídica do pedido e de carência de ação, aventadas pela Eletrobrás (fls. 151, 152, 156 e 157), por inexistência de recurso contra a sentença rescindenda, esta egrégia Seção tem decidido, reiteradamente, que o esgotamento das vias processuais não é requisito de admissibilidade para esse tipo de ação. A impossibilidade jurídica do pedido decorre de proibição legal de seu acolhimento, o que não ocorre na hipótese dos autos, em que é pretendida

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Hercules Fajoses, Angela Catão e Novély Vilanova e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado).

a desconstituição de sentença com fundamento no art. 485, V, do CPC.

Em relação à legitimação passiva, suscitada pela Eletrobrás, é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que a Eletrobrás, enquanto gestora e destinatária da arrecadação do empréstimo compulsório sobre energia elétrica, é parte legítima para figurar no polo passivo das demandas que versam sobre o pagamento das diferenças de correção monetária incidente sobre o referido tributo, assim como a União é litisconsorte passiva necessária nas aludidas causas, atraindo, dessa forma, a competência da Justiça Federal, sendo que sua responsabilidade solidária não se limita ao valor nominal dos títulos emitidos pela Eletrobrás (STJ, REsp 949.585/PE, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/02/2011; TRF1, AC 7876-74.2010.4.01.3400/DF, rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1 de 22/08/2014, p. 184; STJ, AgRg no Ag 1.290.404/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 09/04/2012).

Por outro lado, destaco que a autora postula na inicial a restituição do principal e o pagamento de diferença de correção monetária incidente sobre os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, inclusive quanto aos créditos porventura constituídos após o ajuizamento da demanda.

É o caso dos créditos convertidos na 153ª Assembleia Geral Extraordinária, de 25/09/2008, que homologou a 4ª conversão dos créditos referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica (disponível em: <http://www.acionista.com.br/home/eletrobras/250908_sumario_AGE.pdf>).

Desse modo, deve ser reconhecido o interesse de agir da autora em relação à 4ª conversão de créditos, aplicando-se ao caso em questão o disposto no art. 462 do CPC, devendo o julgado abranger os valores referentes à citada AGE.

Nesse sentido é o entendimento do STJ quanto ao tema:

PROCESSUAL CIVIL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INTERESSE DE AGIR. 143ª AGE DA ELETROBRÁS. CONVERSÃO DOS CRÉDITOS EM AÇÕES. FATO SUPERVENIENTE. APLICAÇÃO DO ART. 462 DO CPC.

[...]

2. Os valores referentes à 143ª Assembleia Geral Extraordinária da Eletrobrás são levados em consideração mesmo para as ações ajuizadas

antes de 30/06/2005, data da respectiva conversão, havendo interesse de agir do particular para pleitear a correta conversão, com posterior aplicação do disposto no art. 462 do CPC. Precedente: EDcl no REsp. nº 1.003.955 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 24.3.2010.

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1159316/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 25/11/2010)

II – Prescrição

Consoante o entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais 1.003.955/RS e 1.028.592/RS, na sistemática do art. 543-C do CPC, o prazo prescricional para se pleitear as diferenças de correção monetária e juros remuneratórios sobre os valores devidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica é de cinco anos, sendo que o início de seu cômputo coincide com a ocorrência da lesão (*actio nata*).

Desse modo, quanto à incidência de correção monetária sobre os juros remuneratórios (art. 2º do Decreto-Lei 1.512/1976), a lesão ao direito ocorreu em julho de cada ano vencido, momento que foi efetivado o pagamento da respectiva parcela pela Eletrobrás, por meio de compensação nas contas de energia elétrica. Assim, estão prescritos os créditos referentes à correção sobre os juros remuneratórios pagos no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação (13/12/2007).

Em relação à pretensão de correção monetária sobre o principal e seus reflexos,

[...] a prescrição teve início na data em que a Assembleia-Geral Extraordinária homologou a conversão, a saber: a) 20/04/1988 – com a 72ª AGE – 1ª conversão; b) 26/04/1990 – com a 82ª AGE – 2ª conversão; e c) 30/06/2005 – com a 143ª AGE – 3ª conversão [...] (STJ, REsp 1.028.592/RS).

No caso dos autos, considerando que o pleito autoral consiste na diferença de correção dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica no período de 1977 a 1993, inclusive os constituídos a partir da 143ª AGE, e que a ação foi ajuizada em 13/12/2007, concluo pela prescrição dos créditos convertidos em ações em 20/04/1988 (recolhidos entre 1977 e 1984 e constituídos entre 1978 e 1985) e 26/04/1990 (recolhidos entre 1985 a 1986 e constituídos entre 1986 e 1987), remanescendo à autora apenas os valores convertidos na 143ª AGE, em 30/06/2005 (recolhidos entre 1987 e 1993 e constituídos a partir de 1988). Neste ponto, não merece reparos a sentença atacada.

No mérito, o ilustre prolator da sentença rescindenda julgou improcedente o pedido em relação aos demais créditos (fl. 124), quais sejam, diferença de correção monetária incidente sobre as parcelas recolhidas a título de empréstimo compulsório no período compreendido entre 1987 a 1993, restituídas conforme a 143ª AGE da Eletrobrás, ocorrida em 30/06/2005.

Consoante o entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais 1.003.955/RS e 1.028.592/RS, na sistemática do art. 543-C do CPC, o prazo prescricional para se pleitear as diferenças de correção monetária e juros remuneratórios sobre os valores devidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica é de cinco anos, sendo que o início de seu cômputo coincide com a ocorrência da lesão (*actio nata*).

Desse modo, quanto à incidência de correção monetária sobre os juros remuneratórios (art. 2º do Decreto-Lei 1.512/1976), a lesão ao direito ocorreu em julho de cada ano vencido, momento que foi efetivado o pagamento da respectiva parcela pela Eletrobrás, por meio de compensação nas contas de energia elétrica. Assim, estão prescritos somente os créditos referentes à correção sobre os juros remuneratórios pagos no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação (13/12/2007).

Em relação à pretensão de correção monetária sobre o principal e seus reflexos,

[...] a prescrição teve início na data em que a Assembleia-Geral Extraordinária homologou a conversão, a saber: a) 20/04/1988 – com a 72ª AGE – 1ª conversão; b) 26/04/1990 – com a 82ª AGE – 2ª conversão; e c) 30/06/2005 – com a 143ª AGE – 3ª conversão [...] (STJ, REsp 1.028.592/RS).

No caso dos autos, ajuizada a ação ordinária em 28/08/2006, sendo pretensão da autora o recebimento da diferença de correção monetária dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica no período compreendido entre 1987 e 1993, constituídos a partir de 1988, conforme deliberação da 143ª AGE em 30/06/2005 – 3ª conversão, e que a sentença foi proferida em 10/06/2008, merece acolhida, quanto a esse ponto, o pedido rescisório. Nesse sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA – INTERESSE DE AGIR – 143ª AGE DA ELETROBRÁS – CONVERSÃO DOS CRÉDITOS EM AÇÕES – FATO SUPERVENIENTE – APLICAÇÃO DO ART. 462 DO CPC – CONTRADIÇÃO E OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – REJULGAMENTO –

IMPOSSIBILIDADE – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – SÚMULA 7/STJ.

1. Os valores referentes à 143ª Assembleia Geral Extraordinária da Eletrobrás são levados em consideração por força do disposto no art. 462 do CPC, apesar de a conversão dos créditos ter ocorrido após o ajuizamento da presente ação.

2. Inexistente qualquer hipótese do art. 535 do CPC, não merecem acolhida embargos de declaração com nítido caráter infringente.

3. Considerando o decaimento parcial de ambas as partes, está caracterizada a sucumbência recíproca, a ser apurada por ocasião da liquidação da sentença.

4. A revisão da distribuição dos ônus sucumbências, com o intuito de perquirir eventual decaimento mínimo de algum litigante, envolve ampla análise de questões de fato e de prova, consoante as peculiaridades de cada caso concreto, o que é inadequado na via especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes.

(EDcl no REsp 1003955/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, STJ, Primeira Seção, DJe 07/05/2010).

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA - TRIBUTÁRIO - EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA - RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS REPRESENTADOS POR TÍTULOS AO PORTADOR EMITIDOS PELA ELETROBRÁS - PRESCRIÇÃO - MATÉRIA OBJETO DE JULGAMENTO PROFERIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008.

1 - PRESCRIÇÃO - No que tange às obrigações ao portador emitidas pela Eletrobrás, as quais representam os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório, cujo prazo de resgate já tenha decorrido (10 ou 20 anos), pacificou-se a jurisprudência no sentido de ser quinquenal o prazo para requerer em Juízo a devolução dos valores recolhidos pelo contribuinte, iniciando-se o prazo a partir do término do prazo para o resgate (10+5 ou 20+5) - arts. 2º, parágrafo único da Lei nº 5.073/66 e 2º, do Decreto-Lei nº 1.512/76.

2 - Para as obrigações cujo prazo de vencimento fora antecipado pela realização das Assembleias Gerais Extraordinárias da ELETROBRÁS, em 20.4.88 (recolhimentos entre 1977 e 1984), 26.4.90 (recolhimentos entre 1985 e 1986) e 28.4.2005 (recolhimentos entre 1987 e 1993), o termo inicial do mesmo prazo prescricional (quinquenal) será a data da realização das assembleias.

3 - “A Primeira Seção, no julgamento dos REsp n. 1.003.955/RS e 1.028.592/RS (assentada de 12.8.2009), submetidos ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), pacificou entendimento quanto ao prazo prescricional e aos

índices de juros e correção monetária aplicáveis na restituição do Empréstimo Compulsório Sobre Energia Elétrica” [REsp n. 645.595/SC – Rel. Ministro Herman Benjamin - STJ - Primeira Seção - UNÂNIME - DJe 22/10/2009].

4 - Na presente hipótese, em que a Autora discute a devolução de valores recolhidos entre 1977 e 1993, por Ação Ordinária ajuizada em maio/1995, impõe-se o reconhecimento da prescrição parcial.

5 - Embargos Infringentes providos.

6 - Ação rescisória parcialmente procedente.

(EIAI 0000406-51.2003.4.01.0000/DF, Rel. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho [Conv.], TRF1, Quarta Seção, e-DJF1 16/08/2010, p. 48).

EMBARGOS INFRINGENTES. TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. DIFERENÇAS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. ASSEMBLÉIAS GERAIS EXTRAORDINÁRIAS DA ELETROBRÁS. CONVERSÃO EM AÇÕES. ANTECIPAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PROVIMENTO.

1. A cobrança do empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica dos consumidores residenciais, comerciais e industriais realizou-se no período de 1964 a 1970. Entre 1971 a 1973, incidiu somente sobre o consumo comercial e industrial. Já, entre 1974 a 1976 passou a incidir unicamente sobre o consumo industrial e, por fim, a partir de 1977 até final de 1993 a incidência se deu sobre o consumo industrial superior a 2.000 kwh mensais.

2. Quanto aos prazos para resgate das obrigações, tem-se que, para as emitidas entre 1965 e 1967 - cujos recolhimentos foram efetuados entre 1964 e 1966 - é de 10 anos, enquanto que, para as emitidas entre 1968 e 1974 - cujos recolhimentos foram efetuados entre 1967 e 1973 - é de 20 anos, a contar da data da aquisição compulsória das obrigações.

3. Em relação às obrigações convertidas em participação acionária - ações preferenciais nominativas do capital social da Eletrobrás -, após acirrado debate jurisprudencial, a colenda Primeira Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça, em recentíssimo julgamento, decidiu, nos termos do art. 543-C do CPC, que “a lesão decorrente do cômputo a menor da correção monetária sobre o principal somente seria aferível no momento do vencimento da obrigação, porque, enquanto não ocorrido o pagamento, seja em dinheiro ou mesmo nos casos de antecipação mediante conversão em ações (art. 3º do DL n. 1.512/1976), existiria apenas ameaça de lesão ao direito. Assim, de regra, o termo inicial da prescrição seria o vencimento do título, que ocorreria vinte anos após a aquisição compulsória das obrigações. Porém, nos casos em que esse vencimento foi antecipado, melhor se mostra considerar como início da contagem do prazo

prescricional as datas das três assembleias gerais extraordinárias realizadas para a homologação da conversão dos créditos em ações (20/4/1988, 26/4/1990 e 30/6/2005), nas quais se garantiu aos titulares dos créditos o direito a dividendos decorrentes das ações em substituição aos juros remuneratórios que, até então, eram creditados nas contas de energia elétrica, pois, daí, foi reconhecida a qualidade de acionistas dos credores. Foi nesse momento também que a Eletrobrás disponibilizou, automaticamente, o número de ações correspondentes aos créditos, apesar de ainda não poder identificar cada um dos novos acionistas. Anote-se que o fato de algumas ações sofrerem o gravame da cláusula de inalienabilidade em nada influi na fixação do termo a quo da prescrição, pois isso não impede que o credor questione os valores” [REsp 1.003.955-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 12/08/2009 - Informativo STJ 042 - período: 10 a 14 de agosto de 2009].

4. Nesse diapasão, as datas das Assembleias Gerais Extraordinárias - AGE da Eletrobrás, que culminaram com a conversão, em ações, dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório de energia elétrica [20.04.1988 - 1ª Conversão, 72ª AGE; 26.04.1990 - 2ª Conversão, 82ª AGE; 30.06.2005 - 3ª Conversão, 143ª AGE] constituem o marco inicial do prazo prescricional quinquenal, previsto no art. 1º do Dec. n. 20.910/1932.

5. Na hipótese dos autos, em relação aos créditos reclamados que se referem ao período compreendido entre janeiro de 1977 a dezembro de 1986, ressalto que eles foram objeto de deliberação para conversão em ações nominais da ELETROBRÁS nas Assembleias Gerais Extraordinárias de 20/04/1988 e 26/04/1990. Assim, os prazos para que as partes pleiteassem quaisquer correções findaram em 1993 e 1995, respectivamente. Nessa ordem de ideias, tendo a ação sido ajuizada somente em 01/10/2002, após 12 (doze) anos da realização da Assembleia de 1990 (82ª), há de ser reconhecida a prescrição do direito de reclamar a diferença da correção monetária dos valores emprestados já convertidos em ações em 20.04.88 e 26.04.90, restando à autora apenas o direito de pleitear as diferenças de correção monetária referentes aos valores recolhidos de 1987 a 1993, convertidos em ações em Assembleia de 28.04.2005. Deve, portanto, nos limites da via eleita, prevalecer, no que tange à prejudicial de mérito, o duto voto vencido na Sétima Turma deste Tribunal.

6. Embargos Infringentes providos.

(EIAI 0031551-47.2002.4.01.3400/DF, Rel. Des. Fed. Reynaldo Fonseca, TRF1 Quarta Seção, e-DJF1 19/10/2009, p. 106).

PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. ADEQUAÇÃO A RECURSO JULGADO NA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. O art. 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil prevê que, em caso de ser a conclusão do tribunal de origem divergente do julgado do STJ em recurso repetitivo, os feitos sobrestados serão novamente examinados pelo tribunal de origem.

2. A União Federal é litisconsorte passiva necessária nas causas em que se discute o empréstimo compulsório instituído pela Lei 4.156/1962, o que determina a competência da Justiça Federal.

3. O termo *a quo* da contagem do prazo prescricional quinquenal para a restituição das diferenças de correção monetária sobre o valor principal e os respectivos reflexos é a data de realização de cada assembleia em que se homologou a deliberação sobre a conversão dos créditos em ações [Recursos repetitivos nos REsp 1028592/RS e REsp 1.003.955/RS].

4. A Assembleia-Geral da ELETROBRAS que determinou a conversão dos créditos remanescentes em ações da Companhia durante o curso processual, em 30/6/2005, autoriza a aplicação do art. 462 do Código de Processo Civil - conhecimento de fato constitutivo do direito do autor, de modo que presente o interesse processual quanto aos valores recolhidos entre 1988 e 1993.

5. A correção monetária e os demais consectários sobre a devolução dos créditos deverá ser feita a partir do recolhimento da exação pelos índices determinados nos precedentes destacados [recursos repetitivos nos REsp 1.028.592/RS e 1.003.955/RS].

6. Verificada a sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários advocatícios dos respectivos patronos (art. 21 do CPC).

7. Julgado anterior parcialmente retratado, para adequação aos precedentes do STJ.

8. Apelações e remessa oficial a que se dá parcial provimento. (AP 0029811-29.2003.4.01.3300/BA, Rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, TRF1, Oitava Turma, e-DJF1 14/11/2011, p. 472).

As decisões acima transcritas deixam claro que a matéria foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais 1.003.955/RS e 1.028.592/RS, na sistemática dos recursos repetitivos:

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. DECRETO-LEI 1.512/76 E LEGISLAÇÃO CORRELATA. RECURSO ESPECIAL: JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO NA QUALIDADE DE AMICUS CURIAE. PRESCRIÇÃO: PRAZO E TERMO A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC.

I. AMICUS CURIAE: As pessoas jurídicas contribuintes do empréstimo compulsório, por não contarem com a necessária representatividade e por possuírem interesse subjetivo no resultado do

juízo, não podem ser admitidas como *amicus curiae*.

II. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE: Não se conhece de recurso especial: a) quando ausente o interesse de recorrer; b) interposto antes de esgotada a instância ordinária (Súmula 207/STJ); c) para reconhecimento de ofensa a dispositivo constitucional; e d) quando não atendido o requisito do prequestionamento (Súmula 282/STJ).

III. JUÍZO DE MÉRITO DOS RECURSOS 1. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO DA ELETROBRÁS: CONVERSÃO DOS CRÉDITOS PELO VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO: 1.1 Cabível a conversão dos créditos em ações pelo valor patrimonial e não pelo valor de mercado, por expressa disposição legal (art. 4º da lei 7.181/83) e por configurar-se critério mais objetivo, o qual depende de diversos fatores nem sempre diretamente ligados ao desempenho da empresa. Legalidade do procedimento adotado pela Eletrobrás reconhecida pela CVM.

1.2 Sistemática de conversão do crédito em ações, como previsto no DL 1.512/76, independentemente da anuência dos credores.

2. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O PRINCIPAL: 2.1 Os valores compulsoriamente recolhidos devem ser devolvidos com correção monetária plena (integral), não havendo motivo para a supressão da atualização no período decorrido entre a data do recolhimento e o 1º dia do ano subsequente, que deve obedecer à regra do art. 7º, § 1º, da Lei 4.357/64 e, a partir daí, o critério anual previsto no art. 3º da mesma lei.

2.2 Devem ser computados, ainda, os expurgos inflacionários, conforme pacificado na jurisprudência do STJ, o que não importa em ofensa ao art. 3º da Lei 4.357/64.

2.3 Entretanto, descabida a incidência de correção monetária em relação ao período compreendido entre 31/12 do ano anterior à conversão e a data da assembleia de homologação.

3. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE JUROS REMUNERATÓRIOS: Devida, em tese, a atualização monetária sobre juros remuneratórios em razão da ilegalidade do pagamento em julho de cada ano, sem incidência de atualização entre a data da constituição do crédito em 31/12 do ano anterior e o efetivo pagamento, observada a prescrição quinquenal. Entendimento não aplicado no caso concreto por ausência de pedido da parte autora. Acórdão reformado no ponto em que determinou a incidência dos juros de 6% ao ano a partir do recolhimento do tributo, desvirtuando a sistemática legal (art. 2º, caput e § 2º, do Decreto-lei 1.512/76 e do art. 3º da Lei 7.181/83).

4. JUROS REMUNERATÓRIOS SOBRE A DIFERENÇA DA CORREÇÃO MONETÁRIA: São devidos juros remuneratórios de 6% ao ano (art. 2º do Decreto-lei 1.512/76) sobre a diferença de correção monetária (incluindo-se os expurgos

inflacionários) incidente sobre o principal (apurada da data do recolhimento até 31/12 do mesmo ano).

Cabível o pagamento dessas diferenças à parte autora em dinheiro ou na forma de participação acionária (ações preferenciais nominativas), a critério da ELETROBRÁS, tal qual ocorreu em relação ao principal, nos termos do Decreto-lei 1.512/76.

5. PRESCRIÇÃO: 5.1 É de cinco anos o prazo prescricional para cobrança de diferenças de correção monetária e juros remuneratórios sobre os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório à ELETROBRÁS.

5.2 TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO: o termo inicial da prescrição surge com o nascimento da pretensão (actio nata), assim considerada a possibilidade do seu exercício em juízo. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da ocorrência da lesão, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito. Assim: a) quanto à pretensão da incidência de correção monetária sobre os juros remuneratórios de que trata o art. 2º do Decreto-lei 1.512/76 (item 3), a lesão ao direito do consumidor ocorreu, efetivamente, em julho de cada ano vencido, no momento em que a ELETROBRÁS realizou o pagamento da respectiva parcela, mediante compensação dos valores nas contas de energia elétrica;

b) quanto à pretensão de correção monetária incidente sobre o principal (item 2), e dos juros remuneratórios dela decorrentes (item 4), a lesão ao direito do consumidor somente ocorreu no momento da restituição do empréstimo em valor "a menor".

Considerando que essa restituição se deu em forma de conversão dos créditos em ações da companhia, a prescrição teve início na data em que a Assembleia-Geral Extraordinária homologou a conversão a saber: a) 20/04/1988, com a 72ª AGE - 1ª conversão; b) 26/04/1990, com a 82ª AGE - 2ª conversão; e c) 30/06/2005, com a 143ª AGE - 3ª conversão.

6. DÉBITO OBJETO DA CONDENAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA: 6.1 CORREÇÃO MONETÁRIA: Os valores objeto da condenação judicial ficam sujeitos a correção monetária, a contar da data em que deveriam ter sido pagos: a) quanto à condenação referente às diferenças de correção monetária paga a menor sobre empréstimo compulsório, e os juros remuneratórios dela decorrentes (itens 2 e 4 supra), o débito judicial deve ser corrigido a partir da data da correspondente assembleia-geral de homologação da conversão em ações;

b) quanto à diferença de juros remuneratórios (item 4 supra), o débito judicial deve ser corrigido a partir do mês de julho do ano em que os juros deveriam ter sido pagos.

6.2 ÍNDICES: observado o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ, cabível o cômputo dos seguintes expurgos inflacionários

em substituição aos índices oficiais já aplicados: 14,36% (fevereiro/86), 26,06% (junho/87), 42,72% (janeiro/89), 10, 14% (fevereiro/89), 84,32% (março/90), 44,80% (abril/90), 7,87% (maio/90), 9,55% (junho/90), 12,92% (julho/90), 12,03% (agosto/90), 12,76% (setembro/90), 14,20% (outubro/90), 15,58% (novembro/90), 18, 30% (dezembro/90), 19,91% (janeiro/91), 21,87% (fevereiro/91) e 11, 79% (março/91). Manutenção do acórdão à míngua de recurso da parte interessada.

6.3 JUROS MORATÓRIOS: Sobre os valores apurados em liquidação de sentença devem incidir, até o efetivo pagamento, correção monetária e juros moratórios a partir da citação: a) de 6% ao ano, até 11/01/2003 (quando entrou em vigor o novo Código Civil) - arts. 1.062 e 1.063 do CC/1916;

b) a partir da vigência do CC/2002, deve incidir a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Segundo a jurisprudência desta Corte, o índice a que se refere o dispositivo é a taxa SELIC.

7. NÃO CUMULAÇÃO DA TAXA SELIC: Considerando que a taxa SELIC, em sua essência, já compreende juros de mora e atualização monetária, a partir de sua incidência não há cumulação desse índice com juros de mora. Não aplicação de juros moratórios na hipótese dos autos, em atenção ao princípio da *non reformatio in pejus*.

8. EM RESUMO: Nas ações em torno do empréstimo compulsório da Eletrobrás de que trata o DL 1.512/76, fica reconhecido o direito às seguintes parcelas, observando-se que o prazo situa-se em torno de três questões, basicamente: a) diferença de correção monetária sobre o principal e os juros remuneratórios dela decorrentes (itens 2 e 4);

b) correção monetária sobre os juros remuneratórios (item 3);

c) sobre o valor assim apurado, incidem os encargos próprios dos débitos judiciais (correção monetária desde a data do vencimento - item 6.1 e 6.2 e juros de mora desde a data da citação - item 6.3).

9. CONCLUSÃO Recursos especiais da Fazenda Nacional não conhecidos. Recurso especial da ELETROBRÁS conhecido em parte e parcialmente provido.

Recurso de fls. 416/435 da parte autora não conhecido. Recurso de fls. 607/623 da parte autora conhecido, mas não provido.

(REsp 1003955/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 27/11/2009)

TRIBUTÁRIO, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA - DECRETO-LEI 1.512/76 E LEGISLAÇÃO CORRELATA - RECURSO ESPECIAL: JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO NA QUALIDADE DE AMICUS CURIAE - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC: INEXISTÊNCIA -

PRESCRIÇÃO: PRAZO E TERMO A QUO - CORREÇÃO MONETÁRIA - CONVERSÃO DOS CRÉDITOS EM AÇÕES: VALOR PATRIMONIAL X VALOR DE MERCADO - JUROS REMUNERATÓRIOS - JUROS MORATÓRIOS - TAXA SELIC.

I. AMICUS CURIAE: As pessoas jurídicas contribuintes do empréstimo compulsório, por não contarem com a necessária representatividade e por possuírem interesse subjetivo no resultado do julgamento, não podem ser admitidas como amicus curiae.

II. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE: Não se conhece de recurso especial: a) quando deficiente a fundamentação, seja por ausência de indicação do dispositivo legal tido por violado, seja porque o dispositivo indicado não ampara a tese defendida (Súmula 284/STF); b) quando não atendido o requisito do prequestionamento (Súmula 282/STF); c) quando não configurado o dissídio jurisprudencial, seja por ausência de similitude fática entre acórdãos confrontados, seja porque o acórdão paradigma não enfrentou o mérito da questão suscitada.

III. JUÍZO DE MÉRITO DO RECURSOS
1. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC: Inexiste incompatibilidade ou contradição quando os fundamentos adotados pelo julgado são absolutamente autônomos, ficando nítida a pretensão da parte embargante de rediscutir tais fundamentos.

2. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO DA ELETROBRÁS: CONVERSÃO DOS CRÉDITOS PELO VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO: 2.1 Cabível a conversão dos créditos em ações pelo valor patrimonial e não pelo valor de mercado, por expressa disposição legal (art. 4º da lei 7.181/83) e por configurar-se critério mais objetivo, o qual depende de diversos fatores nem sempre diretamente ligados ao desempenho da empresa. Legalidade do procedimento adotado pela Eletrobrás reconhecida pela CVM.

2.2 Sistemática de conversão do crédito em ações, como previsto no DL 1.512/76, independentemente da anuência dos credores.

3. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O PRINCIPAL: 3.1 Os valores compulsoriamente recolhidos devem ser devolvidos com correção monetária plena (integral), não havendo motivo para a supressão da atualização no período decorrido entre a data do recolhimento e o 1º dia do ano subsequente, que deve obedecer à regra do art. 7º, § 1º, da Lei 4.357/64 e, a partir daí, o critério anual previsto no art. 3º da mesma lei.

3.2 Devem ser computados, ainda, os expurgos inflacionários, conforme pacificado na jurisprudência do STJ, o que não importa em ofensa ao art. 3º da Lei 4.357/64.

3.3 Entretanto, descabida a incidência de correção monetária em relação ao período compreendido entre 31/12 do ano anterior à conversão e a data da assembleia de homologação.

4. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE JUROS REMUNERATÓRIOS: Devida, em tese, a atualização monetária sobre juros remuneratórios em razão da ilegalidade do pagamento em julho de cada ano, sem incidência de atualização entre a data da constituição do crédito em 31/12 do ano anterior e o efetivo pagamento, observada a prescrição quinquenal. Entendimento não aplicado no caso concreto por ausência de pedido da parte autora. Acórdão reformado no ponto em que determinou a incidência dos juros de 6% ao ano a partir do recolhimento do tributo, desvirtuando a sistemática legal (art. 2º, caput e § 2º, do Decreto-lei 1.512/76 e do art. 3º da Lei 7.181/83).

5. JUROS REMUNERATÓRIOS SOBRE A DIFERENÇA DA CORREÇÃO MONETÁRIA: São devidos juros remuneratórios de 6% ao ano (art. 2º do Decreto-lei 1.512/76) sobre a diferença de correção monetária (incluindo-se os expurgos inflacionários) incidente sobre o principal (apurada da data do recolhimento até 31/12 do mesmo ano).

Cabível o pagamento dessas diferenças à parte autora em dinheiro ou na forma de participação acionária (ações preferenciais nominativas), a critério da ELETROBRÁS, tal qual ocorreu em relação ao principal, nos termos do Decreto-lei 1.512/76.

6. PRESCRIÇÃO: 6.1 É de cinco anos o prazo prescricional para cobrança de diferenças de correção monetária e juros remuneratórios sobre os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório à ELETROBRÁS.

6.2 TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO: o termo inicial da prescrição surge com o nascimento da pretensão (actio nata), assim considerada a possibilidade do seu exercício em juízo. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da ocorrência da lesão, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito. Assim: a) quanto à pretensão da incidência de correção monetária sobre os juros remuneratórios de que trata o art. 2º do Decreto-lei 1.512/76 (item 4), a lesão ao direito do consumidor ocorreu, efetivamente, em julho de cada ano vencido, no momento em que a ELETROBRÁS realizou o pagamento da respectiva parcela, mediante compensação dos valores nas contas de energia elétrica; e b) quanto à pretensão de correção monetária incidente sobre o principal (item 3), e dos juros remuneratórios dela decorrentes (item 5), a lesão ao direito do consumidor somente ocorreu no momento da restituição do empréstimo em valor “a menor”.

Considerando que essa restituição se deu em forma de conversão dos créditos em ações da companhia, a prescrição teve início na data em que a Assembleia-Geral Extraordinária homologou a conversão a saber: a) 20/04/1988, com a 72ª AGE - 1ª conversão; b) 26/04/1990, com a 82ª AGE - 2ª conversão; e c) 30/06/2005, com a 143ª AGE - 3ª conversão.

7. DÉBITO OBJETO DA CONDENAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA: 7.1 CORREÇÃO MONETÁRIA: Os valores objeto da condenação judicial ficam sujeitos a correção monetária, a contar da data em que deveriam ter sido pagos: a) quanto à condenação referente às diferenças de correção monetária paga a menor sobre empréstimo compulsório (item 3 supra), o débito judicial deve ser corrigido a partir da data da correspondente assembléia-geral de homologação da conversão em ações;

b) quanto à diferença de juros remuneratórios (item 4 supra), o débito judicial deve ser corrigido a partir do mês de julho do ano em que os juros deveriam ter sido pagos.

7.2 ÍNDICES: observado o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ, cabível o cômputo dos seguintes expurgos inflacionários em substituição aos índices oficiais já aplicados: 14,36% (fevereiro/86), 26,06% (junho/87), 42,72% (janeiro/89), 10, 14% (fevereiro/89), 84,32% (março/90), 44,80% (abril/90), 7,87% (maio/90), 9,55% (junho/90), 12,92% (julho/90), 12,03% (agosto/90), 12,76% (setembro/90), 14,20% (outubro/90), 15,58% (novembro/90), 18, 30% (dezembro/90), 19,91% (janeiro/91), 21,87% (fevereiro/91) e 11, 79% (março/91). Manutenção do acórdão à míngua de recurso da parte interessada.

7.3 JUROS MORATÓRIOS: Sobre os valores apurados em liquidação de sentença devem incidir, até o efetivo pagamento, correção monetária e juros moratórios a partir da citação: a) de 6% ao ano, até 11/01/2003 (quando entrou em vigor o novo Código Civil) - arts. 1.062 e 1.063 do CC/1916;

b) a partir da vigência do CC/2002, deve incidir a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Segundo a jurisprudência desta Corte, o índice a que se refere o dispositivo é a taxa SELIC.

8. NÃO CUMULAÇÃO DA TAXA SELIC: Considerando que a taxa SELIC, em sua essência, já compreende juros de mora e atualização monetária, a partir de sua incidência não há cumulação desse índice com juros de mora.

9. EM RESUMO: Nas ações em torno do empréstimo compulsório da Eletrobrás de que trata o DL 1.512/76, fica reconhecido o direito às seguintes parcelas, observando-se que o prazo situa-se em torno de três questões, basicamente: a) diferença de correção monetária sobre o principal e os juros remuneratórios dela decorrentes (itens 3 e 5);

b) correção monetária sobre os juros remuneratórios (item 4);

c) sobre o valor assim apurado, incidem os encargos próprios dos débitos judiciais (correção monetária desde a data do vencimento - item 7.1 e 7.2 e juros de mora desde a data da citação - item 7.3).

9. CONCLUSÃO Recursos especiais conhecidos em parte, mas não providos.

(REsp 1028592/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 27/11/2009).

Nessa perspectiva, as questões suscitadas e as pretensões da parte devem ser esclarecidas à luz dos aludidos julgados, representativos da controvérsia.

1 Correção monetária sobre o principal

É devida a correção monetária integral sobre os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, inclusive entre a data do recolhimento efetuado pelo contribuinte e o dia 1º de janeiro do ano seguinte, com a inclusão dos expurgos inflacionários e observados os índices e as orientações constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Por outro lado, não é devida a correção monetária correspondente ao período de 31/12 do ano anterior à conversão e a data da assembleia de homologação da conversão dos créditos em ações.

Isso porque, conforme fundamentação constante do voto da eminente relatora do REsp 1.028.592/RS, Ministra Eliana Calmon,

[...] a partir do dia 31/12 do ano anterior à assembleia de conversão, *houve alteração da natureza jurídica do direito do consumidor*, transmudando-se os créditos em participação acionária, de forma que as ações preferenciais passaram a ser reguladas pelas regras de mercado (cotação em bolsa), não mais incidindo as normas pertinentes à correção monetária dos créditos escriturais [...].

No entanto, consoante entendimento consolidado no julgado paradigma, “sobre a diferença a ser paga em dinheiro do saldo não convertido em número inteiro de ação não houve alteração da natureza jurídica do crédito”, devendo incidir correção monetária plena.

2 Correção monetária sobre os juros remuneratórios

Também é devida a correção monetária sobre os juros remuneratórios, haja vista a ilegalidade de seu pagamento em julho de cada ano, a despeito de a constituição do crédito dar-se em 31/12 do ano anterior. O pagamento de tal parcela pela Eletrobrás, apesar de seguir a sistemática prevista no Decreto-Lei 1.512/1976 e na Lei 7.181/1983, nunca ocorreu no mês de sua apuração, o que impõe o reconhecimento da incidência da correção monetária sobre a referida parcela.

3 Juros remuneratórios sobre a diferença de correção monetária

Nos termos do entendimento consolidado no julgamento do REsp 1.028.592/RS,

[...] são devidos juros remuneratórios de 6% ao ano (art. 2º do Decreto-lei 1.512/76) sobre a diferença de correção monetária (incluindo-se os expurgos inflacionários) incidente sobre o principal (apurada da data do recolhimento até 31/12 do mesmo ano) [...],

sendo

[...] cabível o pagamento dessas diferenças à parte autora em dinheiro ou na forma de participação acionária (ações preferenciais nominativas), a critério da ELETROBRÁS, tal qual ocorreu em relação ao principal [...].

4 Conversão pelo valor patrimonial

A teor do entendimento consolidado nos recursos representativos da controvérsia,

[...] cabível a conversão dos créditos em ações pelo valor patrimonial e não pelo valor de mercado, por expressa disposição legal (art. 4º da Lei n. 7.181/836) e por configurar-se critério mais objetivo, o qual depende de diversos fatores nem sempre diretamente ligados ao desempenho da empresa [...],

o que revela “a legalidade do procedimento adotado pela Eletrobrás reconhecida pela CVM”.

5 Correção monetária e juros de mora incidentes sobre o objeto da condenação judicial

Sobre os valores a serem restituídos a título de empréstimo compulsório deve incidir correção monetária plena, como anteriormente explicitado, sendo que, quanto à diferença devida a título de correção monetária, o débito deve ser corrigido a partir da data da assembleia homologatória da conversão dos créditos em ações. Por outro lado, em relação à diferença devida a título de juros remuneratórios, a correção incide a partir do mês de julho em que tal parcela deveria ter sido paga.

Os índices de correção são os constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Honorários Advocatícios

Tendo a autora sucumbido em menor parte quanto ao pedido, devem as rés ser condenadas, em partes iguais, ao ressarcimento das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos dos art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Por oportuno, destaco que

[...] a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça dirimiu a controvérsia existente e firmou compreensão segundo a qual, ainda que haja condenação da Fazenda Pública, os honorários advocatícios podem ser estabelecidos em valor fixo ou percentual incidente sobre o valor da condenação ou da causa, segundo interpretação conferida ao art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC [...] (REsp 471720/SP, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 31/08/2009).

Ante o exposto, *julgo procedente* o pedido rescisório, para desconstituir a sentença proferida nos autos da Ação Ordinária 2006.34.00.026767-8 (numeração única: 0026033-37.2006.4.01.3400), e condeno as rés ao pagamento, em partes iguais, das custas em ressarcimento e de honorários de advogado, que estabeleço em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Em consequência, rejugando a causa, *julgo procedente, em parte*, o pedido da autora para: *a)* limitar a prescrição aos créditos relativos à correção monetária sobre os juros remuneratórios pagos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação ordinária; *b)* reconhecer, com fundamento no art. 462 do CPC, o direito da autora ao recebimento da diferença de correção monetária incidente sobre as parcelas recolhidas a título de empréstimo compulsório no período compreendido entre de 1987 a 1993, restituídas conforme a 143ª AGE da Eletrobrás, ocorrida em 30/06/2005; *c)* determinar que não haja incidência de correção monetária em relação ao período compreendido entre 31/12 do ano anterior à conversão e a data da assembleia de homologação; *d)* determinar a incidência de correção monetária sobre a diferença a ser paga em dinheiro do saldo não convertido em número inteiro de ação; *e)* determinar a incidência de correção monetária e juros de mora sobre o valor da condenação, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, bem como dos expurgos inflacionários, nos índices fixados pelo STJ; *f)* condenar as rés ao pagamento da diferença de correção monetária do empréstimo compulsório de energia elétrica e *g)* condenar as rés ao pagamento, em partes iguais, dos honorários do advogado da autora, que estabeleço em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Após o trânsito em julgado, proceda-se ao levantamento do depósito efetuado pela autora (CPC, art. 494).

É o voto.

Quarta Seção

Numeração única 0004002-87.2001.4.01.3500

Embargos Infringentes 2001.35.00.004002-2/GO

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova
 Embargante: União (PFN)
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Embargada: Politec Ltda.
 Advogados: Dr. Rodrigo Rizzo Vasques e outros
 Publicação: e-DJF1 de 30/09/2015, p. 107

Ementa

Tributário. Embargos infringentes. CSLL. Compensação. Coisa julgada. Inconstitucionalidade da Lei 7.689/1998 reconhecida em anterior mandado de segurança.

I. Não é possível a cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) do contribuinte que obteve decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade dessa contribuição nos termos da Lei 7.689/1988. Pouco importa que o STF tenha decidido em sentido contrário (REsp 1.118.893-MG, *representativo da controvérsia*, r. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Seção do STJ).

II. “As Leis 7.856/1989 e 8.034/1990, a LC 70/91 e as Leis 8.383/1991 e 8.541/1992 apenas modificaram a alíquota e a base de cálculo da contribuição instituída pela Lei 7.689/1988, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária. Por isso, está impedido o Fisco de cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material” (REsp 731.250-PE, r. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma do STJ).

III. Embargos infringentes da União/ré desprovidos.

Acórdão

A Seção, por unanimidade, negou provimento aos embargos infringentes da União.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 23/09/2015.

Desembargador Federal *Novély Vilanova*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova: — Fls. 269-91: A União/ré interpôs embargos infringentes do acórdão que reformou a sentença, *acolhendo* o pedido da autora de compensação dos valores de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) recolhidos no período de abr./1991 a jan./1995 nos termos da Lei 7.689/1998 (fls. 235-43). A inexigibilidade do tributo foi assegurada em anterior sentença concessiva de segurança transitada em julgado (fls. 33-8).

Pediu que prevaleça o voto vencido porque a exigibilidade do mencionado tributo não decorre da Lei 7.689/1998, e sim da Lei Complementar 70/1991, que

[...] recepcionou a legislação instituidora da contribuição social sobre o lucro, ficou afastada a irregularidade formal detectada então pelo judiciário que entendeu como inconstitucional a referida exação por haver sido veiculada por lei ordinária e não por lei complementar [...].

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova: — Não é possível a cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) da autora que obteve

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Marcos Augusto de Sousa, Hercules Fajoses, José Amílcar Machado, Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Antonio Claudio Macedo da Silva (convocado).

decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade dessa contribuição nos termos da Lei 7.689/1988. Pouco importa que o Supremo Tribunal Federal tenha decidido em sentido contrário. Ademais, as sucessivas leis não criaram “nova relação jurídico-tributária”, somente modificaram a alíquota e/ou a base de cálculo do tributo.

Essas questões foram suficientemente apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.118.893/MG, *representativo da controvérsia*, r. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Seção em 23/03/2011, indicado no voto vencedor (fls. 236-7):

1. Discute-se a possibilidade de cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei 7.689/88, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento.

2. O Supremo Tribunal Federal, reafirmando entendimento já adotado em processo de controle difuso, e encerrando uma discussão conduzida ao Poder Judiciário há longa data, manifestou-se, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade, pela adequação da Lei 7.689/88, que instituiu a CSLL, ao texto constitucional, à exceção do disposto no art 8º, por ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, e no art. 9º, em razão da incompatibilidade com os arts. 195 da Constituição Federal e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (ADI 15/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ 31/8/07).

3. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade.

4. Declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre o contribuinte e o fisco, mediante declaração de inconstitucionalidade da Lei 7.689/88, que instituiu a CSLL, afasta-se a possibilidade de sua cobrança com base nesse diploma legal, ainda não revogado ou modificado em sua essência.

5. “Afirmada a inconstitucionalidade material da cobrança da CSLL, não tem aplicação o enunciado nº 239 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores” (AgRg no AgRg nos REsp 885.763/GO, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Seção, DJ 24/2/10).

6. Segundo um dos precedentes que deram origem à Súmula 239/STF, em matéria tributária, a parte não pode invocar a existência de coisa julgada no tocante a exercícios posteriores quando, por exemplo, a tutela jurisdicional obtida houver impedido a cobrança de tributo em relação a determinado período, já transcorrido, ou houver anulado débito fiscal. Se for declarada a inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo, não há falar na restrição em tela (Embargos no Agravo de Petição 11.227, Rel. Min. CASTRO NUNES, Tribunal Pleno, DJ 10/2/45).

7. “As Leis 7.856/89 e 8.034/90, a LC 70/91 e as Leis 8.383/91 e 8.541/92 apenas modificaram a alíquota e a base de cálculo da contribuição instituída pela Lei 7.689/88, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária. Por isso, está impedido o Fisco de cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material” (REsp 731.250/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 30/4/07).

Dispositivo

Nego provimento aos embargos infringentes da União, ficando mantido o acórdão embargado.

Primeira Turma

Apelação Cível 0045928-08.2011.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas
 Apelante: Élio Luiz de Lima
 Advogados: Dr. Renato Borges Barros e outros
 Apelada: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Publicação: e-DJF1 de 03/09/2015, p. 389

Ementa

Constitucional e Administrativo. Servidor público federal. Demissão com base na Lei 8.730/1993 (Art. 3º, b). Declaração de Imposto de Renda apresentada ao órgão empregador, com omissão de rendimentos, para ocultação de ilícita acumulação de cargos públicos. Má-fé caracterizada. Falta disciplinar grave. Ato administrativo em sintonia com os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade e moralidade pública.

I. O apelante foi demitido do cargo de analista judiciário do TRT 10ª Região e inabilitado, por cinco anos, para o exercício de qualquer novo mandato, cargo, emprego ou função pública (Resolução Administrativa 42/2009-TRT 10ª Região), com base no art. 3º, b, da Lei 8.730/1993, por apresentar àquele tribunal declarações de renda inexatas, com a supressão de rendimentos recebidos da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, para ocultar o exercício concomitante de cargo público inacumulável, junto àquele órgão.

II. A exigência de apresentação da declaração de rendimentos é obrigação legal imposta a todos os detentores de mandato, cargo (efetivo ou comissionado), emprego ou função pública, quando da posse, assim como a cada final de exercício, término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, sob pena das sanções previstas na Lei 8.730/1993. A exigência é um instrumento destinado ao controle e à fiscalização da evolução patrimonial dos agentes públicos, com vistas a coibir atos de improbidade administrativa, sujeitos às sanções da Lei 8.429/1992, que, também, estabelece tal obrigação (art. 13). Até por isso, a ausência de apresentação do documento ou a fraude nas informações ali prestadas configura-se em falta grave, e enseja, justificadamente, a aplicação de penas funcionais igualmente graves, independentemente de ter ocorrido enriquecimento às custas do patrimônio público, com dano ao Erário. O texto legal não condiciona a aplicação da pena à ocorrência de tal circunstância.

III. No caso dos autos, é evidente a má-fé do servidor, que se valeu de verdadeiro ardil, no intuito de continuar a ocultar a ilegal acumulação de cargos, o que só veio a ser corrigido, com a sua opção pelo cargo de analista judiciário do TRT 10ª Região, e a exoneração do outro cargo, após a notícia da irregularidade chegar ao mencionado tribunal, por meio de denúncia anônima.

IV. A boa-fé presumida, em razão da citada exoneração, e por força da ficção jurídica contida no § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990, sanou a irregularidade da acumulação, mas não afastou a falta disciplinar decorrente da apresentação de declaração com omissão de rendimentos nem, tampouco, eximiu o servidor da penalidade cabível, na forma do art. 3º, b, da Lei 8.730/1993, corretamente aplicada na hipótese dos autos.

V. Não há falar em ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, afigurando-se grave o comportamento do ex-servidor, a justificar a pena aplicada, com base no comando legal já citado, ou seja, em estrita observância ao princípio da legalidade, e em homenagem ao da moralidade administrativa.

VI. Recurso não provido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, *negar provimento à apelação*.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 12/08/2015.

Desembargadora Federal *Gilda Sigmaringa Seixas*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas:
— Trata-se de apelação interposta por *Élio Luiz de Lima* contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 844-850), que julgou improcedente o seu pedido de anulação da Resolução Administrativa 42/2009 do TRT 10ª Região, que o demitiu e o declarou inabilitado para o serviço público, pelo prazo de cinco anos, com base no art. 3º, b, da Lei 8.730/1993; a condenação da União

a proceder a sua reintegração no cargo de analista judiciário – especialidade Engenharia no TRT 10ª Região e ao pagamento de todas as verbas remuneratórias e indenizatórias relativas ao exercício do cargo, que deixou de perceber em razão do ato referido, bem como a retirada de assentamento funcional desabonador e imediata progressão funcional do servidor no período em que permaneceu afastado, em razão da demissão.

O recorrente requereu a reforma do julgado, sob o argumento de que o dispositivo legal que fundamentou

o ato de demissão está vinculado aos ditames do art. 13 da Lei 8.429/1992, cuja intenção legislativa destinasse ao controle da evolução patrimonial do servidor, de modo a coibir o seu enriquecimento às custas do patrimônio público, situação diversa da experimentada pelo autor, que não cometeu ou concorreu para a prática de nenhum delito que importasse dano ao Erário, já que o acúmulo ilícito de cargos públicos foi seguido da devida prestação de serviços aos órgãos envolvidos. Além disso, quando de sua posse, o autor não detinha outro cargo público, conforme declarado na época e a declaração de Imposto de Renda de pessoa física é imprestável para a finalidade de detectar ou comprovar a acumulação dolosa de cargos públicos. Ressalta que pediu exoneração do segundo cargo público, antes mesmo da instauração do processo disciplinar, sendo desarrazoada a vinculação da declaração de rendimentos à acumulação ilícita de cargos, já sanada. Por fim, sustentou que o ato violou o art. 9º do Decreto 5.483/2005 e o art. 133, § 5º, da Lei 8.112/1990, e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Contrarrazões, às fls. 888-896.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas:

— O autor apelante foi demitido do cargo de analista judiciário do TRT 10ª Região (Resolução Administrativa 42/2009), com base no art. 3º, *b*, da Lei 8.730/1993, que assim estabelece:

Art. 1º É obrigatória a apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício de cargo, emprego ou função, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte das autoridades e servidores públicos adiante indicados:

- I – Presidente da República;
- II – Vice-Presidente da República;
- III – Ministros de Estados;
- IV – membros do Congresso Nacional;
- V – membros da Magistratura Federal;
- VI – membros do Ministério Público da União

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado).

VII – todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União.

§1º A declaração de bens e rendas será transcrita em livro próprio de cada órgão e assinada pelo declarante;

§2º O declarante remeterá, incontinenti, uma cópia da declaração ao Tribunal de Contas da União, para o fim de este:

§3º O valor de aquisição dos bens existentes no exterior ser mencionado na declaração e expresso na moeda do país em que estiverem localizados.

§4º Na declaração de bens e rendas também serão consignados os ônus reais e obrigações do declarante, inclusive de seus dependentes, dedutíveis na apuração do patrimônio líquido, em cada período, discriminando-se entre os credores, se for o caso, a Fazenda Pública, as instituições oficiais de crédito e quaisquer entidades, públicas ou privadas, no País e no exterior.

§5º Relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurar a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo.

§6º Na declaração constará, ainda, menção a cargos de direção e órgãos colegiados que o declarante exerça ou haja exercido nos últimos dois anos, em empresas privadas ou de setor público e outras instituições, no País e no exterior.

§7º O Tribunal de Contas da União poderá:

Expedir instruções sobre formulários da declaração e prazos máximos de remessa de sua cópia;

Exigir, a qualquer tempo, a comprovação da legitimidade da procedência dos bens e rendas acrescidos ao patrimônio no período relativo à declaração.

[...]

Art. 3º A não apresentação da declaração a que se refere o art. 1º, por ocasião da posse, implicará a não realização daquele ato, ou sua nulidade, se celebrado sem esse requisito essencial.

Parágrafo único. Nas demais hipóteses, a não apresentação da declaração, a falta e atraso de remessa de sua cópia ao Tribunal de Contas da União ou a declaração dolosamente inexata implicarão, conforme o caso:

crime de responsabilidade, para o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e demais autoridades previstas em lei especial, observadas suas disposições; ou

infração político-administrativa, crime funcional o falta grave disciplinar, passível de perda do mandato, demissão do cargo, exoneração do emprego ou destituição da função, além da inabilitação, até cinco anos, para o exercício de novo mandato e de qualquer cargo, emprego ou função pública, observada a legislação específica.

Como se depreende da leitura dos dispositivos acima transcritos, e de sua adequada e clara interpretação, a exigência de apresentação da declaração de rendimentos é obrigação imposta a todos os detentores de cargo (efetivo ou comissionado), emprego ou função pública, quando da posse, assim como a cada final de exercício, término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, sob pena das sanções previstas no texto legal.

Com certeza, a exigência de entrega da declaração de rendimentos é um instrumento destinado ao controle e fiscalização da evolução patrimonial dos agentes públicos, com vistas a coibir atos de improbidade administrativa, sujeitos às sanções da Lei 8.429/1992, que, também, estabelece tal obrigação (art. 13). Até por isso, a ausência de apresentação do documento ou a fraude nas informações ali prestadas configura-se em falta grave, e enseja, justificadamente, a aplicação de penas funcionais igualmente graves, independentemente de ter ocorrido enriquecimento às custas do patrimônio público, com dano ao Erário. O texto legal não condiciona a aplicação da pena à ocorrência de tal circunstância.

No caso dos autos, a demissão e a inabilitação do autor, por cinco anos, para o exercício de qualquer novo mandato, cargo, emprego ou função pública, ocorreu em virtude de o servidor ter apresentado ao TRT 10ª Região declarações de renda inexatas, com a supressão de rendimentos recebidos da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, onde exercia, concomitantemente, cargo público inacumulável.

É evidente a má-fé do servidor, que se valeu de verdadeiro ardid, no intuito de continuar a ocultar a ilegal acumulação de cargos públicos, o que só veio a ser corrigido, com a sua opção pelo cargo de analista judiciário do TRT 10ª Região, e a exoneração do outro cargo, após a notícia da irregularidade chegar ao mencionado tribunal, por meio de denúncia anônima.

A boa-fé presumida, em razão da citada exoneração, e por força da ficção jurídica contida no § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990, sanou a irregularidade da acumulação, mas não afastou a falta disciplinar decorrente da apresentação de declaração com omissão de rendimentos nem, tampouco, eximiu o servidor da penalidade cabível, na forma do art. 3º, b, da Lei 8.730/1993, corretamente aplicada na hipótese dos autos.

Não há falar em ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, afigurando-se grave o comportamento do ex-servidor, a justificar a

pena aplicada, com base no comando legal já citado, ou seja, em estrita observância ao princípio da legalidade, e em homenagem ao da moralidade administrativa.

Nesse contexto fático-jurídico, afigura-se escorregada a sentença recorrida, que, por sua clareza e propriedade, peço vênia para transcrever:

[...]

No mérito, máxime considerando que não houve alteração do quadro fático, adoto como razões de decidir os bem lançados fundamentos exarados na decisão da Juíza Federal Substituta desta Vara, Dra. Maria Cecília de Marco Rocha, que assim se pronunciou, verbis:

“O art. 133, §5º, da Lei nº 8.112/90 dispõe que a opção do servidor por um dos cargos inacumuláveis até o último dia do prazo para defesa configura sua boa-fé e importa pedido de exoneração do cargo em relação ao qual não houve opção.

O Autor realmente optou pelo cargo do TRF da 10ª Região oportunamente, o que autorizou que se reputasse a acumulação de cargos como conduta de boa-fé para o fim de lhe exonerar das sanções decorrentes da acumulação ilícita.

Veja-se que a presunção de boa-fé tem o propósito único de afastar as sanções oriundas da acumulação indevida, não significando efetivamente que o servidor agiu despedido de má-fé.

Nessa etapa do processo, tenho que o Autor agiu de má-fé para ocultar a acumulação indevida e infringiu o art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.730/93 (sem grifos no original):

[...]

Isso porque apresentou, em duas ocasiões, declarações de renda inexatas que suprimiram os rendimentos recebidos do Distrito Federal.

O seguinte trecho da contestação detalha a conduta do Autor e é indício robusto de sua má-fé:

‘Ocorre que, ao lançar mão da Declaração de Imposto de Renda entregue pelo autor em 2007, exercício 2006, o Departamento de Recursos Humanos do TRT percebeu que o servidor havia omitido a Procuradoria-Geral do Distrito Federal como fonte pagadora, fazendo constar, nesse campo, apenas o TRF (R\$ 58.352,63) e a empresa WRJ ENGENHARIA LTDA (R\$ 45.219,39). Tendo sido diligenciado junto à PGDF para confirmar tal informação, esse órgão esclareceu que na Declaração de Imposto de Renda entregue ao seu Departamento de Recursos Humanos havia, sim, a PGDF como fonte pagadora, estando registrados os seguintes dados: WRJ ENGENHARIA LTDA, R\$ 10.222,00, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO, R\$ 58.352,63, PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL, R\$ 34.997,39, totalizando o mesmo valor da declaração entregue ao TRT.

E, tendo sido detectado pelo Controle Interno do TRT a incompatibilidade entre a variação patrimonial e a renda líquida declarada, o autor apresentou cópia da *Declaração Retificadora*, na qual fez constar a mesma fraude, qual seja, a omissão

da PGDF como fonte pagadora, atribuindo o valor percebido por esse órgão à empresa WRJ ENGENHARIA LTDA.

[...]

Registre-se que a omissão da Procuradoria-Geral do Distrito Federal na cópia da Declaração de Imposto de Renda entregue ao Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região constitui conduta manifestamente dolosa por parte do autor, pois, conforme assentado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, o sistema de declaração de imposto de renda da Receita Federal na permite a divergência aqui apontada, sendo certo que:

‘estando o contribuinte de posse desse recibo de entrega, o conteúdo da sua declaração de imposto de renda pode ser alterado a gosto do contribuinte, que não poderá remetê-lo novamente à Receita Federal, mas poderá imprimi-lo e, uma vez anexado à cópia do recibo de entrega legítimo, ser utilizado pelo contribuinte para qualquer finalidade, inclusive para fazer prova de declaração de renda junto ao seu órgão público empregador.’

Anote-se, mais uma vez, que referida fraude se deu por duas vezes, pois a declaração de imposto de renda retificadora, apresentada posteriormente, apontou a mesma omissão quanto à PGDF como fonte pagadora.’

O art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.730/93 é idôneo para lastrear a aplicação de sanção ao Autor, pouco relevando que o propósito da apresentação das declarações de renda à administração seja o de permitir que ela afira a evolução patrimonial do servidor.

Explico. A leitura do dispositivo evidencia que a consumação da infração ali radicada prescinde do elemento teleológico ‘para ocultar enriquecimento ilícito’.

A entrega de declaração de renda dolosamente inexacta consome o delito, o que deflagra a consequência da norma: perda do mandato, demissão do cargo, exoneração do emprego ou destituição da função, além da inabilitação, até cinco anos, para o exercício de novo mandato e de qualquer cargo, emprego ou função pública.

O autor livrou-se das consequências da acumulação ilícita ao optar por um dos cargos durante o prazo de defesa conferido pela administração.

Contudo, como a Ré teve ciência da acumulação, constatou que a declaração de rendimentos apresentada no ano de 2007 não correspondia à realidade, já que omitia a fonte pagadora Distrito Federal.

Empreendeu diligências junto ao Distrito Federal e à Receita Federal para afastar a hipótese de equívoco do contribuinte e findou por concluir que a inexactidão foi dolosa e visou a ocultar a acumulação proibida.

A tese de que teria havido engano do Autor ao apresentar as declarações não é verossímil, diante do fato de que a fonte pagadora Distrito Federal

também foi suprimida da declaração retificadora, tendo os valores correspondentes sido atribuídos a empresa de engenharia.

Diante desse panorama, o Autor, ainda que por ficção legal tenha agido de boa-fé ao acumular cargos, infringiu dolosamente o dever de apresentar declaração de rendimentos verdadeira, o que autoriza a incidência das penas previstas no art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.730/93.

O Autor era titular de cargo efetivo, por isso que a pena a ele aplicável era a de demissão e a de inabilitação, até cinco anos, para o exercício de novo mandato e de qualquer cargo, emprego ou função pública

A Ré aplicou-lhe a pena de demissão e de inabilitação por cinco anos e o Autor não demonstrou que as sanções são desproporcionais ou desarrazoadas, na medida em que o dispositivo em que elas fundaram-se não previa outra penalidade para o titular de cargo efetivo e a conduta do Autor de apresentar declaração falsa à administração com o intuito de ludibriar foi gravíssima.

Por isso, o ato administrativo afigura-se legítimo no exame superficial próprio ao caso.

Com essas considerações, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.’

Como se depreende claramente da exposição dos fatos contida nos autos, o processo administrativo disciplinar transcorreu segundo as regras do postulado constitucional do devido processo legal; indicação precisa do dispositivo legal violado – art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.730/93 -, abertura de prazo para defesa do autor, julgamento pela comissão disciplinar respectiva, aplicação da sanção prevista em lei.

Não havendo nos autos sequer alegação do autor de violação às garantias do contraditório e da ampla defesa durante o trâmite do referido processo administrativo, pautado pela estrita legalidade, descabe qualquer intromissão do Poder Judiciário no seu mérito, especialmente para alterar penalidade imposta segundo os parâmetros ditados pelo legislador, como quer o autor.

Portanto, tenho que a Resolução Administrativa nº 42/2009, do TRT da 10ª Região – que demitiu o autor e o declarou inabilitado para o serviço público durante cinco anos – é perfeitamente hígida porque derivada de um processo administrativo obediente aos princípios constitucionais e respaldada na legislação pertinente.

Em consequência, im procedem também todos os demais pedidos, já que são resultantes da pretendida nulidade daquela resolução. (Fls. 846/850).

Assim, a sentença recorrida não merece reforma, razão pela qual *nego provimento* à apelação.

É como voto.

Primeira Turma

Numeração única 0022186-85.2009.4.01.9199

Apelação/Reexame Necessário 2009.01.99.023339-0/MT

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira
 Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelada: Maria Abadia Pereira
 Advogados: Dr. Flávio Alexandre Martins Bertin e outros
 Remetente: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Mutum – MT
 Publicação: e-DJF1 de 02/10/2015, p. 2.364

Ementa

Previdenciário e Constitucional. Pensão por morte. Membro de câmara municipal. Lei 9.506/1997. Declaração de inconstitucionalidade pelo STF (Re 351717/PR, T. Pleno, rel.: Min. Carlos Velloso). Ausência da condição de segurado.

I. A Lei 9.506/1997 acrescentou ao inciso I do art. 12 da Lei 8.212/1991 a alínea *h*; contudo, o STF declarou o referido dispositivo inconstitucional (RE 351717/PR).

II. Até a promulgação da EC 20/1998, que modificou a redação do art. 195 da CF/1988, e a consequente edição da Lei 10.887/2004, os exercentes de mandato legislativo em qualquer das esferas de governo não eram considerados segurados obrigatórios da Previdência Social.

III. Tendo o instituidor da pensão exercido mandato no período de 1996 a 2000, não poderia ter sido então considerado segurado da Previdência Social.

IV. Parte-autora condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 400,00, suspensa a cobrança na forma do art. 12 da Lei 1.060/1950.

V. Apelação do INSS e remessa oficial providas, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 16/09/2015.

Desembargador Federal *Jamil de Jesus Oliveira*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira: — Trata-se de apelação contra sentença que concedeu pensão por morte a viúva de vereador do Município de Paranatinga/MT. Irresigna-se o INSS contra a decisão de primeiro grau, argumentando que a lei em que se fundou o comando decisório (Lei 9.506/1997 acrescentou ao inciso I do art. 12 da Lei 8.212/1991 a alínea *h*) foi declarada inconstitucional pelo STF, o que implica dizer que o *de cujus* não era segurado da Previdência Social. Insurgiu-se também contra os consectários legais aplicados.

Sem contrarrazões (fl. 321).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira: — Tem razão o INSS. Efetivamente, a Lei 9.506/1997 acrescentou ao inciso I do art. 12 da Lei 8.212/1991 a alínea *h*, nos seguintes termos:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I – como empregado;

[...]

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado).

h) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social.

Contudo, o STF declarou a mencionada lei inconstitucional, como se pode observar da ementa abaixo transcrita:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL: PARLAMENTAR: EXERCENTE DE MANDATO ELETIVO FEDERAL, ESTADUAL ou MUNICIPAL. Lei 9.506, de 30.10.97. Lei 8.212, de 24.7.91. C.F., art. 195, II, sem a EC 20/98; art. 195, § 4º; art. 154, I.

I. - A Lei 9.506/97, § 1º do art. 13, acrescentou a alínea h ao inc. I do art. 12 da Lei 8.212/91, tornando segurado obrigatório do regime geral de previdência social o exercente de mandato eletivo, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social.

II. - Todavia, não poderia a lei criar figura nova de segurado obrigatório da previdência social, tendo em vista o disposto no art. 195, II, C.F.. Ademais, a Lei 9.506/97, § 1º do art. 13, ao criar figura nova de segurado obrigatório, instituiu fonte nova de custeio da seguridade social, instituindo contribuição social sobre o subsídio de agente político. A instituição dessa nova contribuição, que não estaria incidindo sobre “a folha de salários, o faturamento e os lucros” (C.F., art. 195, I, sem a EC 20/98), exigiria a técnica da competência residual da União, art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º, ambos da C.F. É dizer, somente por lei complementar poderia ser instituída citada contribuição.

III. - Inconstitucionalidade da alínea h do inc. I do art. 12 da Lei 8.212/91, introduzida pela Lei 9.506/97, § 1º do art. 13.

IV. - R.E. conhecido e provido.(RE 351717/PR, T Pleno, Rel.: Min. Carlos Velloso, DJ de 21/11/2003, p. 10)

O Senado Federal, por sua vez, editou a Resolução 26/2005, que suspendeu a execução da referida lei, em função da decisão da Suprema Corte, nestes termos:

Art. 1º É suspensa a execução da , acrescentada pelo § 1º do art. 13 da Lei Federal nº 9.506, de 30 de outubro de 1997, em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 351.717-1 - Paraná. [...]

O problema só foi sanado após a edição da EC 20/1998, que possibilitou a incidência da contribuição para a Seguridade Social sobre todos os rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que preste serviço, mesmo sem vínculo.

Desta feita, foi promulgada a Lei 10.887/2004 e assim não há mais falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade da exigência de contribuição previdenciária

dos agentes políticos em face da alteração introduzida no art. 195 da Constituição Federal. Essa lei transcreveu *ipsi litteris* o disposto na legislação anterior no que diz respeito ao exercentes de mandato legislativo nas esferas federal, estadual e municipal.

Novamente o STF se pronunciou sobre o assunto, desta vez, de forma diferenciada, frente à alteração constitucional:

EMENTA REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXERCENTES DE MANDATO ELETIVO. ARTIGO 195, I, CF. EC Nº 20/98. LEI 10.887/04. SUBMISSÃO DOS AGENTES POLÍTICOS AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (RE 626837 RG / GO, rel.: Min. Dias Toffoli, acórdão eletrônico, public. 20-11-2013)

“EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - afirmado no STF desde 1926 - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedente.

II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98):

submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a “forma federativa do Estado” (CF, art. 60, § 4º, I): implausibilidade da alegação: medida cautelar indeferida.

1. A “forma federativa de Estado” - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo.

3. Já assentou o Tribunal (MS 23047 - ML, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/98), nela, pouco inovou “sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, “é assegurado regime de

previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”, assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos — inclusive a do seu regime previdenciário — já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando — com base no art. 149, parág. único — que a proposta não altera — organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores”: análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, até a recente reforma previdenciária.

4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda.

5. Parece não ter pertinência o princípio da imunidade tributária recíproca - ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos - à contribuição estatal para o custeio da previdência social dos servidores ou empregados públicos.

6. A auto-aplicabilidade do novo art. 40, § 13 é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta.” (ADI – 2024/DF, STF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence).

Ocorre que o instituidor da pensão exerceu seu mandato no intervalo de 1996 a 2000, período esse não abrangido pelo permissivo legal e constitucional, não se podendo exercer direito fundado em legislação considerada *a posteriori* inconstitucional.

Desta forma, é certo que o *de cujus*, à época do óbito, não era considerado pela lei como segurado da Previdência, ainda porque, havia impetrado mandado de segurança, deferido em primeira instância, no sentido de não se ver obrigado a contribuir para a Seguridade Social.

Assim, no tempo em que exerceu seu mandato não foram recolhidas aos cofres da autarquia previdenciária as contribuições necessárias à concessão do benefício pretendido.

Diante do exposto, *dou provimento* ao apelo do INSS e à remessa oficial, para indeferir o benefício pretendido.

Parte-autora condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 400,00, suspensa a cobrança na forma do art. 12 da Lei 1.060/1950.

É como voto.

Segunda Turma

Reexame Necessário 0009156-41.2010.4.01.3801/MG

Relator:	Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
Autor:	Willian Esteves Francisco
Advogado:	Dr. Rafael Prudêncio Corrêa
Ré:	União Federal
Procurador:	Dr. José Roberto Machado Farias
Remetente:	Juízo Federal da 3ª Vara da Subseção Judiciária de Juiz de Fora – MG
Publicação:	e-DJF1 de 04/09/2015, p. 2.567

Ementa

Constitucional e Administrativo. Servidor público federal. Pensão por morte. União estável. Companheiro homossexual. Lei 8.112/1990. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (ADI 4.277 e ADPF 132). Comprovação de requisitos. Pedido acolhido. Sentença mantida.

I. O cerne da controvérsia está em decidir se o autor mantinha convivência *more uxorio* com o servidor público federal falecido e, ainda, se essa relação implicava em dependência econômica, para fins de concessão de pensão por morte em favor da parte-autora.

II. A relação de companheirismo não se presume, muito menos a dependência econômica, ambas estão sujeitas a produção de provas irrefutáveis mais notadamente quando se destina a invadir esfera de interesse dos cofres públicos, vez que o objeto útil deste feito é a obtenção do direito à pensão por morte de servidor a ser assumida, por prazo indeterminado, em desfavor da União.

III. O conjunto probatório acostado aos autos demonstra que o autor tem livre acesso a documentos pessoais do extinto; que ambos permaneceram na condição civil de solteiros; que habitavam a mesma residência, posto que o endereçamento de correspondência de ambos comprova a coabitação; as contas de tarifas públicas estavam uma em nome do extinto (energia elétrica) e outra do autor (água e esgoto); o declarante do óbito do servidor extinto foi o autor, que também se responsabilizou pelas despesas de funeral; contrato de união estável firmado em 2008 perante o *Movimento Gay de Minas – MGM Justiça*; cadastro de pessoa designada em plano de saúde, no período de 1995 a 2000; declaração firmada no Ministério da Saúde de que o autor é o único requerente de pensão por morte do servidor extinto.

IV. Foi produzida, em audiência, farta prova testemunhal de que o autor viveu em companhia do extinto por período que ultrapassa 20 anos.

V. A União, regularmente intimada da sentença, em resposta, colaciona aos autos a informação de que Súmula 51/2010 da AGU dispensa a oposição a concessão de benefício, se a união estável restar devidamente comprovada por meios idôneos de provas; que, no caso concreto, não impugna o conjunto probatório acostado aos autos de forma a que a sentença, no mérito, deve ser mantida.

VI. O colendo STF consolidou o entendimento quanto à possibilidade de concessão do benefício de pensão por morte de companheiro homoafetivo (ADPF 132 e da ADI 4.277).

VII. O autor formulou pedido administrativo no prazo legal. A pensão retroage à data do óbito do servidor e deve ser paga na forma da Lei 8.112/1990.

VIII. Juros e correção monetária que se apura mediante aplicação dos índices e percentuais previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

IX. Remessa oficial desprovida. Mantida a sentença que acolheu o pedido inaugural.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 08/07/2015.

Juiz Federal *Cleberon José Rocha*, relator convocado.

Relatório

Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha: — Willian Esteves Francisco requereu, via ação de rito ordinário, o reconhecimento da relação de companheirismo em relação ao ex-servidor José Horta de Abreu Brandão e, em seguida, a concessão do benefício de pensão por morte de companheiro a ser implantada em seu favor.

O pedido foi acolhido (fls. 132-134) ao fundamento de que foi comprovada união estável homoafetiva entre o servidor falecido e o requerente.

Regularmente intimada da sentença (fl. 135v.), a União manifesta sua ciência do conteúdo decisório e justifica estar dispensada de recorrer, no caso concreto, com fundamento na Súmula 51/2010 da AGU, c/c decisão proferida pelo STF na ADI 4.277 e na ADPF 132.

Sem recurso voluntário, os autos subiram a esta Corte apenas em razão da remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha: — O cerne da controvérsia está em decidir se o autor mantinha convivência *more uxorio* com o servidor público federal falecido e, ainda, se essa relação implicava em dependência econômica, para fins de concessão de pensão por morte em favor da parte-autora.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Candido Moraes e João Luiz de Sousa.

Impende registrar que a relação de companheirismo não se presume, muito menos a dependência econômica, ambas estão sujeitas a produção de provas irrefutáveis mais notadamente quando se destina a invadir esfera de interesse dos cofres públicos, uma vez que o objeto útil deste feito é a obtenção do direito à pensão por morte de servidor a ser assumida, por prazo indeterminado, em desfavor da União.

Sabendo não ser passível de presunção a convivência *more uxorio*, a parte-autora colacionou aos autos as provas que entende irrefutáveis do quanto alega (depoimento de testemunha, documentos pessoais), sobre as quais pediu valoração expressa pelo juízo monocrático.

Em contrapartida, a União alegou apenas que, no caso concreto, não podia conceder administrativamente o benefício porque não havia expressa designação do autor, na condição de dependente, nos assentamentos funcionais do servidor falecido.

No que interessa, o autor demonstrou nos autos que tem livre acesso a documentos pessoais do extinto; que ambos permaneceram na condição civil de solteiros; que habitavam a mesma residência, posto que o endereçamento de correspondência de ambos comprova a coabitação; as contas de tarifas públicas estavam uma em nome do extinto (energia elétrica) e outra do autor (água e esgoto); o declarante do óbito do servidor extinto foi o autor que também se responsabilizou pelas despesas de funeral; contrato de união estável firmado em 2008 perante o *Movimento Gay de Minas – MGM Justiça* (fls. 30-33); cadastro de pessoa designada na GEAP em que o falecido designa o autor na condição de seu dependente, no período de

1995 a 2000 (fl. 34); declaração firmada no Ministério da Saúde de que o autor é o único requerente de pensão por morte do servidor extinto (fl. 90).

Foi produzida, em audiência, farta prova testemunhal de que o autor viveu em companhia do extinto por período que ultrapassa 20 anos.

Está, pois, comprovada nos autos a relação de companheirismo e a dependência econômica, afetiva mútua entre o servidor falecido e o autor.

O colendo STF consolidou o entendimento quanto à possibilidade de concessão do benefício de pensão por morte de companheiro homoafetivo (ADPF 132 e da ADI 4.277).

A União, regularmente intimada da sentença, em resposta, colaciona aos autos a informação de que Súmula 51/2010 da AGU dispensa a oposição a concessão de benefício, se a união estável restar devidamente comprovada por meios idôneos de provas; que, no caso concreto, não impugna o conjunto probatório acostado aos autos de forma a que a sentença, no mérito, deve ser mantida.

O autor formulou pedido administrativo no prazo legal. A pensão retroage à data do óbito do servidor e deve ser paga na forma da Lei 8.112/1990.

Valores vencidos devem ser acrescidos de correção monetária desde o vencimento de cada parcela e juros de mora contados da citação válida, ambos com observância dos índices e percentuais previstos no Manual de Cálculo da Justiça Federal, vigente na data da liquidação do julgado.

Em face do exposto, nego provimento à remessa oficial.

É o voto.

Segunda Turma

Apelação/Reexame Necessário 0005674-11.2012.4.01.3803/MG

Relator:	Desembargador Federal João Luiz de Sousa
Apelante:	Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Apelada:	Cleusa Alves Pereira Costa
Advogada:	Dra. Fabiana Gomes Pinheiro
Remetente:	Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia – MG
Publicação:	e-DJF1 de 02/10/2015, p. 2.998

Ementa

Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Acréscimo de 25%. Art. 45 da Lei 8.213/1991. Anexo I do Decreto 3.048/1999. Laudo pericial. Comprovação de necessidade de assistência de terceiro na vida diária.

I. Tratando-se de condenação ilíquida, inaplicável a regra do § 2º do art. 475 do CPC.

II. É requisito essencial e legal para a concessão do acréscimo pleiteado de 25% na aposentadoria por invalidez, a necessidade da assistência permanente de outra pessoa e, também, que a situação se encaixe dentre as situações previstas no Decreto 3.048/1999, em seu Anexo I.

III. Considerando que os relatórios médicos afirmam que a autora depende da ajuda de terceiros, está comprovada a incapacidade da autora para as atividades da vida diária, nos termos dos itens 7 e 9 do Anexo I do Decreto 3.048/1999, havendo necessidade permanente de assistência de outra pessoa, na forma do art. 45 da Lei 8.213/1991.

IV. Correção monetária e juros de mora nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

V. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% das prestações vencidas até a prolação da sentença de procedência, ou do acórdão que reforma o comando de improcedência da pretensão vestibular.

VI. Apelação do INSS e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providas, apenas para ajuste dos consectários legais.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, tida por interposta.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 23/09/2015.

Desembargador Federal *João Luiz de Sousa*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Luiz de Sousa: — Trata-se de apelação interposta pelo INSS contra sentença que julgou procedente o pedido inicial, por entender que a parte-autora faz jus à majoração de 25% de aposentadoria por invalidez, em razão de estar comprovada a necessidade de assistência permanente de outra pessoa.

Em suas razões de apelação, pugnou o INSS pela reforma meritória da sentença, alegando, sinteticamente, que não restou comprovada a necessidade da parte-autora de auxílio permanente de outro, de modo que não faz jus aos 25% de majoração, conforme estabelece o art. 45 da Lei 8.213/1991. Por cautela, pugnou pela adequação dos consectários legais.

Decorrido o prazo para contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Não houve remessa.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Luiz de Sousa: — Preliminarmente, verifico que a sentença proferida está sujeita à remessa oficial, tida por interposta, eis que de valor incerto a condenação imposta ao INSS.

É requisito essencial e legal para a concessão do acréscimo pleiteado de 25% na aposentadoria por invalidez, a necessidade da assistência permanente de outra pessoa e, também, que a situação se encaixe dentre as situações previstas no Decreto 3.048/1999, em seu Anexo I.

O entendimento desta Corte é o de que o acréscimo de 25% sobre a aposentadoria é devido quando devidamente constatada a necessidade de auxílio de outrem na vida diária do beneficiário. Confira-se:

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Candido Moraes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TRABALHADOR RURAL. INCAPACIDADE LABORAL COMPROVADA POR PROVA PERICIAL, QUANDO O AUTOR OSTENTAVA A QUALIDADE DE SEGURADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. TERMO INICIAL. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE: REQUISITOS PREENCHIDOS. 1. Antecipação de tutela deferida “de ofício” em razão do preenchimento dos requisitos do art. 273 do CPC, e diante da ausência de impedimento processual, conforme normas dos arts. 515, § 1º, 516, 798, 461, caput, §§ 3º e 4º e 644, todos do Código de Processo Civil. 2. Comprovada a qualidade de segurado do autor para a concessão do benefício vindicado, bem como sua incapacidade total e permanente para o exercício de atividade laboral que exerce, em decorrência da AIDS (fls. 96/98), ele tem direito à aposentadoria por invalidez. 3. O termo inicial a ser considerado é data do requerimento administrativo do auxílio-doença, que foi indeferido, ausente a prescrição, acrescido de 25%, majoração prevista no art. 45, do Decreto 3.048/99, abatidas as parcelas já pagas a título de amparo social. 4. A correção monetária e os juros devem incidir na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21.12.2010. 5. A fixação dos honorários de advogado em 10% (dez por cento) sobre as parcelas vencidas até a prolação da sentença nos termos da Súmula 111/STJ está em consonância com a legislação de regência. 6. Apelação do autor a que se dá provimento e apelação do INSS e remessa oficial, a que se nega provimento.

(AC 0000715-35.2005.4.01.3805 / MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 p.258 de 16/11/2012)

Conforme prova dos autos, e considerando que a parte-autora depende da ajuda de terceiros, está comprovada a incapacidade da autora para as atividades da vida diária, nos termos dos itens 7 e 9 do Anexo I do Decreto 3.048/1999, havendo necessidade permanente de assistência de outra pessoa, na forma do art. 45 da Lei 8.213/1991.

Dessa forma, a suplicante faz jus ao acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) no valor mensal de sua aposentadoria por invalidez.

Das questões acessórias

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo e, na sua ausência, a partir da citação, conforme definição a respeito do

tema em decisão proferida pelo e. STJ, em sede de recurso representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, (REsp 1369165/SP), respeitados os limites do pedido inicial e da pretensão recursal, sob pena de violação ao princípio da *ne reformatio in pejus*.

No caso, inexistente o requerimento administrativo, o termo inicial deve ser fixado a partir da citação.

A prescrição, no caso, atinge as prestações anteriores a cinco anos da data em que deveriam ter sido pagas, conforme regra do parágrafo único do art. 103 da Lei 8.213/1991.

A correção monetária, aplicada desde a data em que cada parcela se tornou devida, deve ser feita com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Os juros de mora devem incidir nos termos e nos moldes previstos no mesmo Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Saliento que eventual determinação de pagamento das parcelas vencidas de uma só vez não exclui a adoção do procedimento legal previsto para sua cobrança (§§ 1º e 2º do art. 100 da Constituição Federal).

Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% das prestações vencidas até a prolação da sentença de procedência, ou do acórdão que reforma o comando de improcedência da pretensão vestibular, sendo devida a parcela mesmo nos feitos em que não houve prévia postulação administrativa. Fixada a verba honorária em sentido diverso e não havendo interposição de recurso da parte interessada, deve ser mantida a condenação nos termos da r. sentença.

Nos feitos processados perante a Justiça Estadual, no exercício de jurisdição federal, o INSS é isento do pagamento de custas (inclusive despesas com oficial de justiça) quando prevista a referida isenção em lei estadual específica, a exemplo do que ocorre nos Estados do Acre, Tocantins, Minas Gerais, Goiás, Rondônia, Mato Grosso e Piauí.

Posto isso, dou parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, tida por interposta, para que, no cumprimento do julgado, sejam observadas estipulações referentes ao termo inicial do benefício e aos consectários legais nos termos da presente fundamentação.

É como voto.

Terceira Turma

Numeração única 0013840-35.2007.4.01.3600

Apelação Criminal 2007.36.00.013840-1/MT

Relator: Desembargador Federal Ney Bello
 Relatora p/ acórdão: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes
 Apelante: Justiça Pública
 Procuradora: Dra. Valéria Etgeton de Siqueira
 Apelado: João Batista dos Santos
 Advogados: Dr. José Carlos de Matos e outros
 Publicação: e-DJF1 de 14/09/2015, p. 04

Ementa

Penal. Processo Penal. Operação sanguessuga. Formação de quadrilha. Art. 288 do CP. Corrupção passiva. Art. 317, § 1º, do CP. Art. 1º, Ve VII, da Lei 9.613/1998. Lavagem de dinheiro. Art. 90 da Lei 8.666/1993. Fraude à licitação. Ex-parlamentar. Autoria e materialidade demonstradas nos autos. Sentença absolutória reformada.

I. O sistema do livre convencimento motivado, adotado no processo penal brasileiro, determina que o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido com qualquer critério de valoração prévia da prova, devendo vincular-se às provas e aos indícios que se mostrem mais convincentes no contexto dos fatos que foram historiados na instrução criminal.

II. As divergências apontadas pela defesa no depoimento dos corrêus não prejudicam a compreensão sobre os fatos relatados, vez que restou claramente comprovado que o acusado recebeu valores da organização criminosa, a título de comissão por apresentação de emendas parlamentares.

III. Os documentos coletados durante a investigação da organização criminosa revelam que o então parlamentar propôs emenda orçamentária da qual se originaram recursos a vários municípios do Estado do Mato Grosso do Sul para investimento na área de saúde, que por sua vez promoveram licitações em que foram contempladas empresas pertencentes ao grupo criminoso.

IV. Qualquer dúvida suscitada quanto à destinação do dinheiro não interfere na caracterização do crime de corrupção, sendo dispensável a efetiva obtenção de vantagem. A simples aceitação da oferta já configura o ilícito.

V. Embora a proposição de emendas ao orçamento seja prerrogativa do mandato parlamentar, os recursos orçamentários foram transferidos aos municípios, com suporte em processo licitatório fraudulento, direcionado, previamente, para beneficiar o esquema criminoso conhecido como máfias dos sanguessugas.

VI. O acervo probatório produzido não deixa dúvida quanto à materialidade e à autoria dos crimes de corrupção passiva, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e fraude à licitação.

VII. Exclusão da causa de aumento da pena em razão do crime ser praticado por intermédio de organização criminosa (art. 1º, § 4º, V, da Lei 9.613/1998), pois se trata de conceituação definida por leis posteriores ao fato (Leis 12.694/2012 e 12.850/2013), violando o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.

VIII. Penas privativas de liberdade superiores a 4 (quatro) anos obstam a substituição por restritivas de direitos.

IX. Apelação provida.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, dar provimento à apelação.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 09/09/2015.

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*, relatora para acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: — Cuida-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, que absolveu João Batista dos Santos da acusação de prática dos delitos previstos nos arts. 288 e 317, §1º, do Código Penal, 1º, V e VII, da Lei 9.613/1998 e 90 da Lei 8.666/1993, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Narra a denúncia que o acusado, de forma estável e permanente, associou-se a um grupo formado por empresários, agentes infiltrados em setores estratégicos da Administração Pública, deputados e senadores, com a finalidade de desviar recursos federais destinados à área da saúde, utilizando convênios com os municípios e licitações fraudulentas para adquirir unidades móveis de saúde e equipamentos médico-hospitalares de empresas de fachada. Consta que a participação do acusado consistia na apresentação de emendas orçamentárias direcionadas à atividade do grupo. De acordo com a denúncia, o acusado, de 2000 a 2005, apresentou 9 (nove) emendas parlamentares na área de saúde, beneficiando municípios do Estado de Mato Grosso do Sul, o que resultou na execução de 31 (trinta e um) convênios com valor pago no total de R\$ 1.792.124,00 (um milhão, setecentos e noventa e dois mil e cento e vinte e quatro reais), recebendo, por tais condutas, o valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), depositados em contas de terceiros (fls. 3-13).

Na sentença, o magistrado consignou que não há provas da adesão do acusado, de forma permanente, às condutas praticadas pela organização criminosa, impondo-se a absolvição quanto ao crime do art. 288 do CP. Absolveu o réu quanto ao delito de corrupção passiva, asseverando inexistirem nos autos provas atestando o efetivo recebimento pelo réu dos valores depositados nas contas de seus assessores parlamentares. Entendeu não haver provas no sentido de que as quantias depositadas na conta-corrente do acusado, de fato, correspondiam aos delitos descritos na denúncia, por não haver identificação do depositante, absolvendo-o da acusação de prática de lavagem ou ocultação de valores ou bens de origem ilícita. Julgou improcedente a acusação do crime de fraude a licitação, por ausência de comprovação da materialidade delitiva e da participação do acusado em ao menos um procedimento licitatório fraudulento (fls. 681-687).

Em razões de apelação, o Ministério Público Federal postula a condenação de João Batista dos

Santos pelos crimes apontados na denúncia, aduzindo que a sentença considerou apenas a negativa genérica do réu a respeito do recebimento de propina e desconsiderou todo o conjunto probatório colhido nos autos, dentre os quais as transferências bancárias e os depoimentos de Luiz Antônio Vedoin e Darci Vedoin. Argumenta que as provas demonstram o recebimento pelo acusado de 10% (dez por cento) do valor das emendas direcionadas para a área da saúde, e ao menos R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) foram depositados nas contas de seus assessores parlamentares. Sustenta inexistirem dúvidas de que o réu se uniu à quadrilha conhecida como *máfia das sanguessugas* para o fim de cometer crimes. Afirma que as declarações de Luiz Antônio Trevisan e Sinomar Martins Camargo são suficientes para demonstrar que o réu participou das fraudes aos procedimentos licitatórios (fls. 691-702).

Contrarrazões do réu ao recurso ministerial (fls. 733-766).

Nesta instância, o *Parquet* Federal manifestou-se às fls. 768-775v, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Encaminhe-se à eminente revisora.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal George Ribeiro da Silva: — Narra a denúncia que João Batista dos Santos, em razão de seu cargo de Deputado Federal, uniu-se a organização criminosa — desarticulada pela operação denominada *sanguessuga* — especializada na apropriação de recursos federais provenientes do Fundo Nacional de Saúde.

Consta que a organização criminosa atuou preponderantemente com recursos provenientes de emendas parlamentares direcionadas à área de saúde, notadamente programas relacionados com a compra de ambulâncias e equipamentos hospitalares. De acordo com a denúncia, a atuação da organização criminosa dividia-se em quatro fases: inicialmente, cuidava do direcionamento de emendas orçamentárias a municípios ou a entidades de interesse da quadrilha; num segundo momento, o grupo ocupava-se da execução orçamentária, encarregando-se da elaboração de projetos indispensáveis à formalização do convênio; na terceira fase, manipulavam processos licitatórios visando à adjudicação do objeto respectivo

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mônica Sifuentes e Mário César Ribeiro.

em favor de alguma das empresas do grupo e, no final, dividiam-se os recursos públicos apropriados entre os agentes públicos, lobistas e empresários que haviam contribuído com o êxito do esquema delituoso.

Ao réu foram imputados, na denúncia, os delitos tipificados nos arts. 288 e 317, §1º, ambos do Código Penal; art. 1º, V e VII, da Lei 9.613/1998; e art. 90 da Lei 8.666/1993, por apresentar, durante os anos de 2000 a 2005, 9 (nove) emendas parlamentares na área da saúde beneficiando vários municípios do Estado de Mato Grosso do Sul.

A sentença, não vislumbrando a existência de provas suficientes para a condenação, absolveu o réu com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

O delito de corrupção passiva encontra-se previsto no art. 317 do CP, que dispõe:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

Analisando o tipo objetivo do delito de corrupção passiva, Cezar Roberto Bitencourt (*Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.093) dá o seguinte entendimento sobre a adequação típica:

As condutas alternativamente previstas são: a) solicitar (pedir, direta ou indiretamente, para si ou outrem); b) receber (obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem); c) aceitar (anuir). O objeto é vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente.

Ressalte-se que, para a existência do delito em destaque, impõe-se também a identificação do ato de ofício — omissivo ou comissivo — configurador da transação ou comércio com o cargo exercido pelo funcionário público. Noutros termos, é necessário apontar qual ato específico de sua função ou cargo o agente praticou, ou deixou de praticar, em virtude do recebimento da vantagem indevida, ou mesmo da promessa de vantagem.

Na espécie, imputa-se ao réu a conduta de receber ao menos R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais),

por intermédio de contas bancárias de interpostas pessoas — assessores parlamentares —, a título de comissão pela elaboração de emendas orçamentárias que destinaram recursos públicos federais a municípios e entidades de interesse da associação criminosa.

Em relação a este crime, tenho que a sentença não merece reparos. No caso, as únicas provas do suposto recebimento da vantagem indevida pelo réu são os depoimentos prestados por Luis Antônio Trevisan Vedoin e Darci José Vedoin (fls. 203-206), também réus em ações penais oriundas da operação sanguessuga. Nesses depoimentos, prestados na condição de testemunhas de acusação, afirmaram que João Batista dos Santos concordou em receber 10% (dez por cento) do valor das emendas apresentadas por ele na área de saúde.

Em que pese tais afirmações e o fato de existir nos autos comprovantes de três depósitos efetuados nas contas bancárias de dois assessores parlamentares (fls. 53-54), Francisco Machado Filho – R\$ 10.000,00 (dez mil reais) — e Jamil Felix Naglis Neto – R\$ 9.000,00 (nove mil reais) e R\$ 6.000,00 (seis mil reais) —, tais provas se mostram insuficientes e não possuem caráter absoluto, já que não comprovam o efetivo recebimento pelo réu das quantias mencionadas.

De fato, os depoimentos das mencionadas testemunhas apresentam sérias discrepâncias quando confrontados com afirmações feitas pelos próprios Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Darci José Vedoin nos interrogatórios judiciais colhidos nas Ações Penais em que figuram como réus – 2006.36.00.007594-5 e 2006.36.00.008041-2. É o que colho dos trechos a seguir transcritos, extraídos dos mencionados interrogatórios, em que fazem afirmações contrárias às da presente ação penal. Confira-se:

Luiz Antônio Trevisan Vedoin:

Que com relação ao Deputado João Batista, respondeu às perguntas que se seguiram; QUE conheceu o parlamentar, no ano de 2004, através de seu chefe de gabinete Marcelo Antônio Andrade; QUE o interrogando nunca conversou com o parlamentar a respeito de comissão de suas emendas; QUE ao conhecer o parlamentar, no ano de 2004, a emenda genérica já havia sido especificada, definindo os municípios a serem contemplados com recursos, para aquisição de unidades móveis de saúde, conforme planilha de fls. 142 do avulso I; QUE sobre a comissão de 10%, somente conversou com o assessor Marcelo Antônio Andrade; QUE o assessor aparentemente falava em nome do parlamentar; QUE o interrogando não sabe informar se o parlamentar chegou a ligar para alguns dos municípios contemplados com a emenda;

QUE o representante do interrogando, Alessandro, ao chegar nos municípios, ficava sabendo de que Marcelo Antônio havia entrado em contato com as prefeituras [...] (fl. 382)

Darci José Vedoin:

QUE com relação ao Deputado João Batista, o reinterrogando passou a responder às perguntas que se seguiram; QUE conheceu o parlamentar através de Marcelo Antônio de Andrade, chefe de gabinete do deputado, no ano de 2004; QUE nunca chegou a tratar com o parlamentar sobre direcionamento de emendas, licitações e comissão; QUE o reinterrogando acredita que Luiz Antônio sempre tratava com o chefe de gabinete, Marcelo Antônio; QUE não sabe dizer se alguma licitação chegou a ser realizada [...] (fl. 384)

No ponto, devo consignar o valor probante que deve ser emprestado às declarações das testemunhas em questão, porquanto prestaram esclarecimentos acerca dos fatos com vistas ao benefício da delação premiada, de modo que nenhuma razão teriam para inocentar o acusado das imputações.

Os depoimentos das mencionadas testemunhas prestados nesta ação penal também divergem das declarações feitas em juízo por um dos assessores parlamentares, que supostamente teria recebido o valor da propina. É o caso de Francisco Machado Filho, que afirmou, na qualidade de informante, que “não conhece e tampouco ouviu falar do Sr. João Batista dos Santos, também conhecido como João Grandão” (fl. 237), pois à época dos fatos trabalhava no gabinete de outro deputado federal.

Possui relevância, também, o interrogatório da ré Maria Estela da Silva, colhido no bojo da Ação Penal 2006.36.00.007583-9, juntado aos autos às fls. 23-29, que à época dos fatos trabalhava na empresa Planam, de propriedade de Luiz Antonio Vedoin e Darci José Vedoin, desempenhando a função de preparar “propostas para a empresa participar dos processos licitatórios” e “também preparava as propostas das empresas Santa Maria, Klass e Enir Rodrigues-EP” (fl. 24), sendo, portanto, bastante conhecedora das atividades do grupo de empresas envolvidas nas supostas licitações fraudulentas. Naquela ocasião, afirmou:

QUE os contatos realizados pela empresa com os municípios ocorriam através do acusado Luís Antônio [...] QUE após o acusado Luís Antônio realizar o contato com o município, eram expedidas as cartas-convites; QUE o próprio Luís Antônio trazia as cartas-convites para a empresa Planam, assim como essas cartas eram enviadas para a Planam pelos próprios municípios [...] QUE todas as propostas eram preparadas dentro da sede

da Planam [...] QUE algumas vezes acontecia da Planam vencer uma licitação com projetos fruto de uma emenda parlamentar, sem que houvesse a participação do deputado; [...] QUE a interroganda não pode afirmar se os deputados recebiam alguma vantagem pelas emendas, nem apontar percentual de participação; QUE a interroganda não pode afirmar que os deputados tinham absoluto conhecimento sobre as fraudes; QUE os contatos realizados entre os gabinetes dos municípios se davam pelos assessores parlamentares; QUE eram os assessores quem passavam os nomes dos municípios, entidades em geral, nomes de contatos e as senhas para acessar o sistema para elaboração de pré-projeto [...] (fls. 25/27)

Ronildo Pereira Medeiros, no depoimento de fl. 201, afirmou:

QUE o interrogando conhece o acusado João Batista dos Santos, vulgo João Grandão, apenas de vista na Câmara dos Deputados; QUE nunca teve qualquer contato pessoal com o acusado; QUE também nunca realizou qualquer tipo de acordo com o mesmo [...]

Além disso, conforme bem assinalou o juízo federal *a quo*

[...] mesmo tendo sido deferido pelo juízo a quebra do seu sigilo bancário (588-589), os documentos que aportaram aos autos (fls. 592-599) não provaram o recebimento por parte do acusado de nenhum valor de origem ilícita [...] (fl. 684v).

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 768-775v, aponta as declarações prestadas por Francisco Machado Filho durante o inquérito policial como prova do envolvimento do réu no crime de corrupção passiva. Todavia, este depoimento, conforme visto, não foi repetido em juízo, além de nada esclarecer a respeito do crime imputado a João Batista dos Santos, pois a testemunha afirma que o valor de R\$ 10.000,00 recebido da empresa Klass para sua conta pessoal foi “sacado e repassado ao Luiz Antônio, como de praxe” (fl. 26 do apenso 1). Essa afirmação só vem confirmar o estreito envolvimento existente entre Francisco Machado e Luiz Antônio Vedoin, pois esta testemunha afirma que nos anos de 2002 a 2004, transitou em sua conta cerca de R\$ 800.000,00 a R\$ 900.000,00 em verbas decorrentes dos depósitos realizados pelo grupo Vedoin. Em juízo, a testemunha negou ainda haver realizado “qualquer tipo de acordo” com o acusado (fl. 201).

Além disso, não há nenhuma prova nos autos que aponte no sentido de que o réu recebeu 10% (dez por cento) sobre o valor das emendas parlamentares apresentadas por ele.

Diante desse contexto probatório, que não afastou dúvida razoável surgida em relação à autoria, tenho que a tese de defesa apresentada pelo réu em seu interrogatório judicial merece crédito:

[...] que nega a acusação que lhe é formulada na denúncia; que afirma que apresentar emendas parlamentares é prerrogativa de todos os parlamentares [...] que confirma que no exercício do mandato de 2000 a 2005, apresentou emendas parlamentares na área da saúde, que beneficiaram alguns municípios do estado de Mato Grosso do Sul, redundando em convênios; que esclarece que para o convênio ser aprovado, a emenda tem que se amoldar ao respectivo Ministério, no caso, o Ministério da Saúde; que esclarece que trinta por cento das emendas individuais dos parlamentares, necessariamente são locadas para a área da saúde; que afirma que antes dos fatos narrados na denúncia não conhecia Luiz Antônio Vedoin; que passou a conhecer Luiz Vedoin com a instalação da CPI e no Conselho de Ética [...] não é verdade que tenha participado moralmente, induzindo ou instigando prefeituras, para fraudar licitações na área da saúde; que esclarece que a partir do momento em que a emenda individual referente à área da saúde é aprovada, foge às atribuições parlamentares, sendo certo que a verba liberada dá-se entre o Ministério da Saúde e o ente destinado; que conhece a pessoa de Jamil Félix Naglis Neto, o qual foi seu assessor parlamentar, de janeiro de 2001 a 05/03/2003; que nega que tenha se valido da conta corrente em nome do assessor Jamil Félix para receber qualquer valor; [...] que não conhece a pessoa de Francisco Machado Filho [...] (fls. 168/169).

Ainda, o Ministério Público Federal não trouxe aos autos qualquer prova que pudesse indicar que o acusado conhecesse o esquema criminoso e, sobretudo, que tenha aderido a este. Em outras palavras, não se produziu provas da potencial consciência da ilicitude por parte do acusado.

Posta a questão nestes termos, tenho que o conjunto probatório não se mostra suficiente a provar, ouso dizer, a indicar, a existência do dolo na conduta do acusado.

Diante da ausência de elementos probatórios consistentes para fundamentar a condenação, uma vez que os depoimentos testemunhais apontados e os recibos de depósitos em conta-corrente de terceiros, únicas provas incriminadoras, deixam expostas severas dúvidas a respeito da autoria, correta a absolvição com base no princípio *in dubio pro reo* e no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, promovida pelo juízo federal *a quo*.

O crime de lavagem de dinheiro é aquele previsto no art. 1º, V e VII, da Lei 9.613/1998, com a redação anterior à Lei 12.683/2012, que assim dispõe:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VII - praticado por organização criminosa;

Vale ressaltar as considerações de Guilherme de Souza Nucci sobre o delito em comento:

[...] o tipo penal promove investigação indispensável da conduta de ocultação ou dissimulação de bens em geral à proveniência criminosa dos mesmos, de maneira direta (o objeto provém, sem intermédio, do crime; ex.: é o dinheiro relativo à venda de drogas ilícitas) ou indireta (o objeto provém, por interposta pessoa ou por via oblíqua, do delito; ex.: alguém recebe um resgate em virtude de extorsão mediante sequestro, compra um imóvel, que é vendido a terceiro de boa-fé, transformando-se igualmente em dinheiro). (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 870)

A comprovação da materialidade do delito de lavagem de dinheiro pressupõe a prova do ocultamento ou a dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de crime. No caso, a origem ilícita dos valores decorreria do recebimento, pelo réu, de propina pela aprovação de emendas parlamentares.

Quanto à autoria, esse injusto penal exige do agente conduta destinada a dificultar, por meio de dissimulação, a identificação da origem de bens, direitos e valores adquiridos de forma criminosa, transformando-os em ativos aparentemente legais, que não comportariam ingresso no patrimônio sem antes passar por um processo de disfarce.

No caso, nada há nos autos que comprove movimentação ou ocultação pelo réu de valores ou bens provenientes de origem ilícita. As provas não foram suficientes para demonstrar que o valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) depositados nas contas bancárias de terceiros tenha sido efetivamente recebido pelo réu a título de *comissão*. Assim, a absolvição do réu pela prática do crime de lavagem de dinheiro, com fundamento no princípio *in dubio pro*

reo, constitui medida necessária. Mantenho a sentença neste aspecto.

Quanto ao delito de fraude a licitação, o art. 90 da Lei 8.666/1993 assim dispõe:

Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

O tipo penal em apreço, a exemplo dos demais previstos na Lei 8.666/1993, visa a tutela do procedimento licitatório, o qual, segundo ensina Vicente Greco Filho, consiste em

[...] um procedimento formal rígido, que se justifica em função de dois objetivos: a) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração; b) garantir absoluta igualdade entre os interessados, princípio do qual se desdobram os demais princípios da licitação. (*in* Dos Crimes da Lei de Licitações, Editora Saraiva, 2. ed., 2007, p. 10.)

A tipicidade objetiva reside em *frustrar* ou *fraudar* o caráter competitivo do procedimento licitatório, sendo que a fraude ou a frustração serão obtidas mediante a utilização de qualquer expediente, tal como o ajuste ou a combinação. A enumeração das modalidades de expediente, como se vê da locução normativa, é meramente exemplificativa. Qualquer espécie de expediente poderá ser utilizada para a realização do tipo.

Nas lições de Diógenes Gasparini (*Crimes na Licitação*, 2. ed. São Paulo: NDJ, 2001) e de André Guilherme Tavares de Freitas (*Crimes na Lei de Licitações*, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007), o tipo incriminador constante no art. 90 da Lei 8.666/1993 tem como um dos verbos-núcleo do tipo o ato de *fraudar*, vale dizer: burlar, enganar, iludir o caráter competitivo da licitação, de modo a

[...] acarretar a ausência de concorrentes (licitação deserta) ou a pouca quantidade destes, abrindo espaço, por conseguinte, à adjudicação direta do objeto ao único participante do certame [...].

No caso, imputa-se ao réu a conduta de influenciar a violação do caráter competitivo de licitações que tinham por objeto a aquisição de unidades móveis de saúde. Para tanto, o Ministério Público Federal atribui ao acusado a conduta de se reunir com os

prefeitos municipais para discutir o direcionamento das licitações.

Os elementos de prova colhidos nos autos, contudo, não favorecem esta tese da acusação, principalmente porque baseada unicamente nos depoimentos de Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Darci Vedoin, que, conforme visto, foram contraditados.

Além disso, alguns representantes de municípios beneficiados com as emendas parlamentares, ouvidos em juízo, negaram eventual participação do réu nos processos licitatórios ou em fase anterior a estes. É o que consta dos depoimentos testemunhais de fls. 322, 323-324, 347, 359-361 e mídia de fl. 584.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 768-775v, afirma a responsabilidade penal do réu especialmente com base nas declarações de Sinomar Martins Camargo, prestadas na fase do inquérito policial, quando este afirmou que o réu se reuniu com os prefeitos municipais beneficiados com as emendas parlamentares a fim de direcionar as licitações, asseverando que “os prefeitos já haviam sido informados, pela assessoria do Deputado João Grandão, acerca dos documentos necessários à instrução dos projetos” (fl. 29 do apenso 1).

Ocorre que na mesma oportunidade, afirmou, de maneira contraditória:

[...] que não pode afirmar expressamente que já havia um prévio acordo entre o grupo Planan e o deputado federal João Grandão no sentido de que a Planan saísse vencedora das licitações decorrentes de emenda do mencionado parlamentar, contudo, reconhece que teve essa impressão [...] (fl. 29 do apenso 01).

Considerando que a testemunha não foi ouvida em juízo, o valor probante destas afirmações não podem ser considerado absoluto.

Dessa forma, não encontra respaldo nos autos a tese de que o réu incentivou a frustração da competitividade de procedimento licitatório. Ao contrário, alguns dos elementos probatórios contrariam a própria tese da acusação, já que o Ministério Público Federal sequer demonstrou, conforme bem assinalou o julgador *a quo*, “qual licitação foi fraudada” e “muito menos quais fatos foram objeto da instrução processual” (fl. 687).

Ora, se não está provada a prática pelo réu dos crimes de corrupção passiva, lavagem de valores e fraude a licitações, impossível cogitar que se associou de forma estável e permanente ao grupo criminoso descrito na denúncia, elementos necessários para caracterizar a conduta do art. 288 do CP.

Assim, forçoso concluir que, *in casu*, uma condenação com fundamento nessas circunstâncias afronta o princípio *in dubio pro reo*, pois não há, nos autos, provas peremptórias dos fatos narrados pela acusação.

Correta, pois, a solução dada pela sentença, a respeito da matéria:

Primeiro, há de se esclarecer, que conforme fundamentação anterior – por ocasião da análise do crime de corrupção -, entendi que os fatos narrados na denúncia não foram comprovados.

Mas, mesmo que houvessem sido comprovados os fatos narrados na denúncia, relativos aos recebimentos indevidos dos valores acima referidos, verifica-se que não há uma série de atos ou fatos imputados ou praticados pelo acusado.

Inexistindo provas de que o acusado, após o recebimento da quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) entabulou novos acordos para a liberação de novas emendas, não há que se falar em adesão por parte do réu, de forma reiterada à organização criminosa. Não há provas, de que existiu por parte dele o ‘animus permanente’ a caracterizar a sua responsabilidade pelo crime de quadrilha ou bando, na forma como prevista no art. 288 do Código Penal.

Comosevê, somente existem suspeitas em relação ao acusado, as quais não foram inequivocamente comprovadas nos autos, de forma que não autorizam a formação de um decreto condenatório. Evidencia-se necessária, portanto, a absolvição do acusado, diante da fragilidade dos indícios existentes, com base no princípio *in dubio pro reo*, que tem fundamentação no princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual se impõe a absolvição quando a acusação não lograr provar a prática do crime.

Em outros termos, a prova é fraca, pois fundada em meras suspeitas, sem qualquer embasamento concreto. Sobre a matéria, a lição de Paulo Rangel¹.

O princípio do favor rei é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, pois o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao jus libertatis do acusado.

Trata-se de regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter condenação. Nesse aspecto,

o princípio do favor rei se enlaça com a presunção de inocência que, como vimos, inverte o ônus da prova. O órgão que acusa é quem tem de apresentar a prova da culpa e demonstrar a culpabilidade do cidadão presumido inocente. Caso a acusação não logre criar no tribunal a certeza da culpabilidade, então, o que se impõe é uma decisão favorável ao acusado (Alexandra Vilela, ob. cit., p. 74).

O favor rei é o que autoriza o juiz (ou tribunal) a absolver o réu quando, verificando ter ocorrido a prescrição, o feito já estiver suficientemente maduro para proferir uma decisão de mérito, absolvendo-o (cf. item 13.9.1, infra). Ou ainda, havendo a ocorrência de vício processual que autorize a declaração de invalidade do processo ao mesmo tempo que há provas que autorizem a absolvição. Esta deve ser declarada em nome do favor rei.

O elemento impulsionador da interpretação que se deve adotar para alcançar a norma mais favorável ao acusado, diante de dois caminhos que se possa adotar, é exatamente o do favor rei.

Não são poucas as passagens do Código de Processo Penal em que observamos este princípio, porém mal se compreende sua aplicação.

Diz o art. 386, VI, do CPP:

O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

VI - não existir prova suficiente para a condenação.

Portanto, estando o juiz diante de prova para condenar, mas não sendo esta suficiente, fazendo restar a dúvida, surgem dois caminhos: condenar o acusado, correndo o risco de se cometer uma injustiça, ou absolvê-lo, correndo o risco de se colocar nas ruas, em pleno convívio com a sociedade, um culpado.

A melhor solução será, indiscutivelmente, absolver o acusado, mesmo que correndo o risco de se colocar um culpado nas ruas, pois antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia.

Outra regra em que impera o princípio do favor rei é a do art. 615 do CPP, que diz:

Art. 675. O tribunal decidirá por maioria de votos.

§ 1º Havendo empate de votos no julgamento de recursos, se o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu. (no original, sem grifo)

Ou seja, havendo dois caminhos a serem seguidos, um prejudicial ao réu e o outro favorável em decorrência de empate na votação, segue-se o caminho que melhor protege a liberdade.

Há dispositivos no Código de Processo Penal que expressamente estabelecem o princípio em comento; são eles: art. 607; parágrafo único do art. 609 e art. 621. Em todas estas hipóteses, somente

¹ *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 34-36.

o réu pode interpor os referidos recursos e ação, respectivamente.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso de apelação do Ministério Público Federal.

É o voto.

Voto Revisor

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — Trata-se apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso, que julgou improcedente a pretensão punitiva estatal para absolver João Batista dos Santos, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, da acusação da prática dos crimes tipificados nos arts. 288 e 317, § 1º, do Código Penal; 1º, V e VII, da Lei 9.613/1998; e 90 da Lei 8.666/1993 (fls. 681-687).

De acordo com a denúncia, o acusado estava envolvido em organização criminosa desbaratada pela denominada Operação Sanguessuga, especializada no fornecimento fraudulento de unidades móveis de saúde, ambulâncias, odontomóveis, veículos de transporte escolar, unidades itinerantes de inclusão digital e equipamentos médico-hospitalares a prefeituras municipais e a organizações da sociedade civil de interesse público de todo o Brasil, apropriando-se de vultosos recursos federais provenientes do Fundo Nacional de Saúde.

Segundo o MPF, na condição de deputado federal, no exercício de 2000 a 2005, o réu apresentou 9 (nove) emendas parlamentares na área de saúde para beneficiar vários municípios do Estado de Mato Grosso do Sul, as quais resultaram em 31 (trinta e um) convênios, cujo valor total pago foi de R\$ 1.792.124,00 (um milhão, setecentos e noventa e dois mil e cento e vinte e quatro reais).

Na peça acusatória asseverou-se que o apelado recebeu, a título de comissão, pelo menos R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) pela participação na operação delituosa. Deste valor, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) foram transferidos pela empresa Klass Comércio e Representação Ltda., por meio eletrônico, para a conta de Francisco Machado Filho, tendo como destinatário final o denunciado; restando depositados, ademais, os valores de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) e R\$ 6.000,00 (seis mil reais) na conta de Jamil Félix Naglis Neto, assessor do parlamentar.

Em seu recurso de apelação, o MPF pleiteia, em síntese, a reforma da sentença ao argumento de que o magistrado considerou apenas a negativa genérica do

réu quanto ao recebimento da propina e desconsiderou todo o conjunto probatório, especialmente os depoimentos de Luiz Antônio Trevisan Vedoin, Darci José Vedoin e Sinomar Martins Camargo.

O voto do eminente relator foi no sentido de confirmar a sentença absolutória. Peço vênias para divergir de sua excelência.

Passo à análise das condutas delituosas.

Delito previsto nos arts. 317 (corrupção passiva) e 288 (crime de quadrilha ou bando), ambos do Código Penal.

Os fatos afirmados pelo MPF na petição inicial referem-se à atuação da organização criminosa, mediante o relato do *modus operandi* desenvolvido pela quadrilha (fl. 5, item 1.1), e dos “núcleos integrantes da organização criminosa” (fl. 7, item 1.2), e aborda a atuação específica do réu João Batista, consistente na apresentação de 9 (nove) emendas parlamentares na área de saúde, beneficiando as prefeituras de vários municípios, resultando em 31 (trinta e um) convênios, recebendo dinheiro, por meio de assessores, ofertado por Luiz Antônio Vedoin e Darci Vedoin em troca de favorecimento das empresas de ambos.

Em seu interrogatório, o Deputado João Grandão, nome pelo qual João Batista é conhecido, confirma que apresentou emendas parlamentares na área de saúde que beneficiaram municípios do Mato Grosso do Sul e negou conhecer Francisco Machado ou ter recebido vantagem da empresa Klass Comércio e Representação Ltda., constituída por Luiz Antônio Trevisan Vedoin, em nome de laranjas, ou por meio da conta de seu ex-assessor Jamil Félix (fls. 168-170).

Em suas razões recursais, o MPF impugna os argumentos de insuficiência de provas e contradições existentes nas declarações dos corréus, que embasaram a sentença absolutória.

Creio ter razão o órgão ministerial. As declarações prestadas por Luiz Antônio e Darci Vedoin merecem consideração, em que pese terem sido colhidas sem compromisso, uma vez que tanto durante a investigação policial quanto durante a instrução processual apresentaram versões coerentes e compatíveis. Além disso, o fato de eles estarem eventualmente sujeitos ao benefício da delação premiada, por si só, não afasta a credibilidade de seus depoimentos.

No caso, nos autos há outros elementos que não apenas as informações dos corréus, que dão suporte à condenação.

O sistema do livre convencimento motivado, adotado no processo penal brasileiro, determina que

o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido com qualquer critério de valoração prévia da prova, devendo vincular-se às provas e aos indícios que se mostrem mais convincentes no contexto dos fatos que foram historiados na instrução criminal.

No caso, os fatos envolvendo as tratativas foram corretamente esclarecidos pela Polícia Federal, demonstrando que o réu atuou na apresentação de emendas junto à Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional, beneficiando prefeituras de vários municípios e recebendo vantagem indevida em troca de favorecimento das empresas do Grupo Vedoin.

A conduta praticada pelo réu salta cristalina aos olhos diante das seguintes provas constantes dos autos:

1) comprovantes de depósitos de dinheiro em contas bancárias de Francisco Machado, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), efetuados pela empresa Klass (de propriedade de Luiz Antônio Vedoin) mediante transferência eletrônica (fl. 15 do apenso I); e na conta bancária de Jamil Félix, no valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) e outro no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), efetuados por depositante não identificado (fl. 16 do apenso I); e

2) depoimentos de Luiz Antônio e de Darci Vedoin, prestados ao Juiz Federal Jeferson Schneider, no curso dos procedimentos criminais números 2006.36.00.007594-5 e 2006.36.008041-2, no Juízo da 2ª Vara Federal de Mato Grosso (fls. 20/40 e 41/53).

O réu, ao seu turno, limitou-se simplesmente a negar os fatos, sem apresentar nenhuma versão apta a justificar o depósito bancário feito na conta de um de seus assessores pela empresa de propriedade dos Vedoin.

É de salientar, por oportuno, que as discrepâncias encontradas pelo eminente relator nos interrogatórios judiciais de Luiz Antônio e Darci Vedoin não se verificam. Na verdade, o trecho do interrogatório ao qual se reporta o voto relator (fl. 384) diz respeito ao Deputado João Batista Ramos da Silva, conhecido como João Batista, o qual é filiado ao Partido da Frente Liberal (PFL/SP), cujo assessor é Marcelo Antônio Andrade.

Por sua vez, o Deputado João Batista dos Santos, conhecido como João Grandão e réu na presente ação, é filiado ao Partido dos Trabalhadores (PT/MS), cujo assessor é Jamil Félix Naglis Neto.

Veja-se que o depoimento dos Vedoin, quanto ao Deputado João Grandão (fl. 55), está em perfeita

consonância com os depoimentos prestados na presente ação penal.

Para corroborar tal assertiva, no que diz respeito à participação do Deputado João Batista dos Santos na organização criminosa, confira-se a transcrição de parte do depoimento prestado por Luiz Antônio Vedoin, ao qual se reportou o relatório do Departamento de Polícia Federal, Força-Tarefa Operação Sanguessuga (fl. 91 do apenso I).

[...] QUE com relação ao Deputado João Grandão, respondeu às perguntas que se seguiram; QUE o interrogando conheceu o parlamentar no ano de 2003, através do deputado Lino Rossi; QUE fez um acordo com o parlamentar, no sentido de que pagaria 10% sobre o valor das emendas destinadas à área da saúde, para aquisição de unidades móveis de saúde; QUE para o exercício de 2004, o parlamentar apresentou uma emenda no valor de R\$ 700.000,00, o qual, após o contingenciamento, foi reduzido para R\$ 560.000,00; QUE foram beneficiados com a emenda os seguintes municípios: Bataiporã, Dois Irmãos do Buriti, Eldorado, Guia Lopes da Laguna, Iguatemi, Itaquiraí, Rio Brillhante, Sonora, Taguarussu e Três Lagoas, conforme planilha de fls. 213 do avulso I; QUE o parlamentar reuniu todos os prefeitos dos municípios acima, em seu escritório na cidade de Dourados/MS; QUE também esteve presente na reunião o acusado Sinomar, na época representante do interrogando na região de Mato Grosso do Sul; QUE nessa oportunidade, ficou acertado entre o parlamentar, os prefeitos e Sinomar de que seriam as empresas ligadas ao grupo que iriam executar as licitações, para aquisição das unidades móveis; QUE dos municípios acima, apenas as licitações dos municípios de Itaquerai, Taquarussu e Três Lagoas é que não chegaram a ser executadas; QUE não se recorda de ter havido pagamento algum aos prefeitos; QUE para os exercícios de 2005 e 2006, nenhuma emenda foi apresentada e trabalhada com o interrogando; QUE os comprovantes de depósito e transferência, de fls. 90 e 91 do avulso V, foram realizados em favor do parlamentar, a título de pagamento da comissão pelas emendas; QUE a empresa Klass é de propriedade da família Vedoin; QUE a transferência realizada por essa empresa, em favor de Francisco Machado Filho, fls. 90 do avulso V, foi posteriormente sacado e entregue pelo próprio Francisco ao parlamentar; QUE os depósitos, de fls. 91 do avulso V, foram realizados em favor de Jamil Félix Naglis Neto, a pedido do próprio parlamentar; QUE Jamil é assessor parlamentar do deputado, no Estado de Mato Grosso do Sul; QUE apesar dos depósitos terem ocorrido em nome do assessor, esses valores destinavam-se ao próprio parlamentar; QUE a assessora parlamentar do deputado, conhecida por Lia, era quem rotineiramente ligava para o interrogando, para tratar das pendências referentes às emendas do Mato Grosso do Sul.

Ouvidos em juízo, os informantes Luiz Antônio e Darci Vedoin confirmaram as declarações proferidas no processo judicial criminal, inclusive o repasse do dinheiro em favor do então parlamentar João Batista dos Santos, conhecido por João Grandão (fls. 203-207).

Mesmo que assim não fosse, com as devidas vênias, entendo que as alegadas contradições e demais testemunhos recaíram sobre questões factuais acessórias, circunstanciais, que não prejudicam a demonstração da materialidade e da autoria delitivas atribuídas ao ora apelado.

É preciso ressaltar que o acusado João Grandão está sendo denunciado pelo fato de, na qualidade de deputado federal, comprometer-se a apresentar emendas ao orçamento geral da União, direcionadas à área de saúde, mediante o recebimento de 10% (dez por cento) sobre o valor dessas emendas.

E para tal acusação, tenho que o acervo probatório produzido não deixa dúvida quanto à materialidade e à autoria criminosa, em decorrência da apresentação de 9 (nove) emendas ao orçamento, todas destinadas à aquisição de unidades móveis de saúde (ou ao aparelhamento dessas) para municípios do Mato Grosso do Sul, bem como pelos comprovantes de depósitos, tudo a corroborar as informações extraídas dos depoimentos de Luiz Antônio e Darci Vedoin.

Luiz Antônio Vedoin afirmou conhecer João Grandão e ter feito acordo com o então deputado. Afirmou também conhecer tanto o ex-deputado como seu assessor, e informou de uma reunião efetuada entre o parlamentar, seu assessor e prefeitos dos municípios, na cidade de Dourados/MS, contando com a presença de Sinomar Martins Camargo (ex-funcionário do Grupo Planam), com o escopo de acertar que as empresas do Grupo Vedoin é que iriam executar as licitações.

No ponto, veja-se as declarações de Sinomar Martins a fls. 29-30 do apenso I:

[...] QUE questionado se conhece o deputado federal JOÃO GRANDÃO de MS o declarante com uma afirmativa, esclarecendo que já esteve em reunião com o mencionado parlamentar em seu gabinete no Município de Dourados - MS; QUE naquela oportunidade, foi até a mencionada cidade sul mato grossense a pedido de LUIZ ANTÔNIO VEDOIN, posto que a PLANAN estava negociando um lote de unidades móveis para aquela região, as quais seriam adquiridas com recursos de emenda parlamentar de autoria do mencionado deputado; QUE na reunião, além do Deputado Federal JOÃO GRANDÃO e de seu assessor JAMIL, se encontravam presentes vários prefeitos, dentre eles os dos Municípios de TACURU, DEODÁPOLIS e DOURADINA; QUE o grupo PLANAN efetivamente conseguiu

licitar e vender unidades móveis aos mencionados municípios; QUE as ambulâncias foram adquiridas com verbas decorrentes de emenda do deputado JOÃO GRANDÃO; QUE nesta reunião o declarante apresentou os projetos de aquisição das unidades móveis para que os Prefeitos dos Municípios beneficiados fizessem acostar a documentação devida, bem como apor as assinaturas necessárias; QUE após a reunião o declarante recolheu os projetos, bem como a documentação e posteriormente os enviou ao grupo VEDOIN, para a cidade de CUIABÁ, a fim de que fosse dada a devida destinação; QUE antes mesmo da reunião os prefeitos já haviam sido informados, pela assessoria do Deputado JOÃO GRANDÃO, acerca dos documentos necessários à instrução dos projetos.(grifei)

Jamil Félix, ex-assessor do Deputado Federal João Grandão, prestou declarações na Polícia Federal e não conseguiu justificar os depósitos realizados em sua conta bancária (fls. 32-34). Em síntese, relatou:

[...] QUE trabalhou para o Deputado Federal JOÃO BATISTA DOS SANTOS, no período de janeiro de 2001 a março de 2003, como assessor parlamentar; [...] QUE questionado se havia participado de uma reunião, supostamente ocorrida no escritório do parlamentar em questão na cidade de Dourados-MS, para tratar da aquisição de unidades móveis de saúde, com verbas decorrentes de emendas daquele deputado, respondeu que desconhece a existência de tal reunião; QUE questionado se conhece o Sr. SINOMAR MARTINS CAMARGO, representante da empresa PLANAN, o declarante respondeu com uma negativa, enfatizando que nunca viu a mencionada pessoa; QUE questionado se conhecia alguns dos dirigentes das empresas do grupo PLANAN, o declarante respondeu que nunca havia ouvido falar das empresas PLANAN, KLASS, SANTA MARIA, ENIR RODRIGUES ou qualquer outra do grupo; QUE também não conhecia nem havia ouvido falar das pessoas de LUIZ ANTÔNIO TREVISAN VEDOIN, DARCY JOSÉ VEDOIN, RONILDO ou qualquer outra ligada ao grupo TREVISAN VEDOIN; QUE jamais fez qualquer tipo de negócio ou recebeu valores das mencionadas pessoas ou empresas; QUE apresentado ao declarante o documento de fl. 16 do apenso, onde consta cópia de dois comprovantes de depósito em sua conta corrente pessoal da Caixa Econômica Federal, um no valor de R\$ 9.000,00 e outro no valor de R\$ 6.000,00 o declarante esclarece que tais depósitos foram realizados em junho de 2003, contudo não sabe dizer o motivo de tal recebimento nem indicar o responsável pelos depósitos; [...] QUE dois ou três dias após efetuou o saque dos R\$ 15.000,00 (quinze mil reais); QUE realizou o saque do numerário posto que havia algumas determinações de penhora de valores na conta corrente do declarante em face de determinação da justiça trabalhista; QUE imaginou que os depósitos em sua conta-corrente poderiam ter sido providenciados pela Câmara dos Deputados

como acerto de rescisão contratual do declarante, visto que havia se desligado daquela casa a dois meses e pouco. (grifei)

Francisco Machado relatou o seguinte a fls. 26-27:

[...] QUE foi preso em 04/05/2006, quando da deflagração da operação “Sanguessuga”; QUE ao que sabe a sua prisão foi autorizada posto que sua conta bancária recebeu diversos recursos provenientes do grupo ‘Trevisan Vedoin’; QUE a referida conta bancária pertence ao Banco do Brasil, agência 3596-3, conta corrente 1428-1, agência Câmara dos Deputados; QUE não tinha qualquer negócio com o grupo “Vedoin” que justificasse o recebimento dos recursos que passavam pela sua conta; QUE esclarece que conheceu o Sr. Luiz Antônio Vedoin por meio do deputado Lino Rossi; QUE apenas emprestava a conta para Luiz Antônio, assim o dinheiro depositado na conta do declarante era por ele sacado e posteriormente entregue ao Luiz Antônio Vedoin; [...] QUE apresentado ao declarante o documento de fls. 15 do apenso I, onde consta uma transferência no valor de R\$ 10.000,00 da empresa KLASS para sua conta pessoal, em 18/02/2003, o declarante confirma o recebimento do mencionado valor, esclarecendo que o mencionado valor fora sacado e repassado ao Luiz Antônio, como de praxe”; [...] QUE conhece o Deputado João Grandão apenas de vista da Câmara, contudo nunca passou qualquer valor ao mencionado deputado por pedido de Luiz Antônio (fls. 51/52). (grifei)

O depoimento de nenhum dos assessores foi capaz de refutar as transferências financeiras para suas contas bancárias ou de explicar as razões da transação.

O réu Francisco Machado esclareceu que jamais foi assessor parlamentar vinculado ao gabinete do Deputado João Grandão, e nem mesmo o conhece. Em depoimento pessoal, confirmou o recebimento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em sua conta bancária no ano de 2003, justificando o recebimento como empréstimo de sua conta ao empresário Luiz Antônio Vedoin. De todo modo, afastou a participação do parlamentar em esquema ou organização para fraudar licitações.

Luiz Antônio Vedoin, Darci Vedoin, Francisco Machado e Jamil Félix reconheceram a veracidade da transferência de valores, recursos provenientes das empresas dos Vedoin. Jamil afirma não saber o porquê de tal depósito. Francisco, por sua vez, admite que o depósito foi decorrente de *empréstimo* de sua conta para Luiz Antônio, o que elimina eventual dúvida sobre a origem de tais recursos.

Como visto, não há divergências nas informações prestadas pelos Vedoin. Na verdade, há divergências somente quanto às versões apresentadas pelo réu e os assessores no que se refere ao destinatário final da

verba e quanto à finalidade do depósito: Luiz Antônio e Darci Vedoin confessaram tratar-se de oferecimento de vantagem financeira em troca de benefícios que seriam conseguidos pelo parlamentar para suas empresas, enquanto Jamil Félix e Francisco Machado argumentaram não saber o porquê de tais depósitos em suas contas, não havendo interferência alguma de João Grandão.

As justificativas do ex-deputado e dos ex-assessores não são convincentes.

Cabe frisar que o fato de Francisco Machado não ter atuado formalmente como assessor parlamentar do deputado não é capaz de afastar a relação mantida com ele, ainda mais quando se sabe que Francisco Machado era servidor público lotado no gabinete do Deputado Federal Nilton Capixaba – TB/RO e consta como réu em ação civil de improbidade administrativa (0000285-03.2007.4.01.4100), juntamente com os réus Luiz Antônio Vedoin, Darci Vedoin, Nilton Balbino, entre outros.

Os relatos dos réus Luiz Antônio e Darci Vedoin coincidem com as provas documentais dos depósitos aos assessores do parlamentar.

Quanto à defendida isenção total de responsabilidade do deputado federal ante o recebimento suspeito de dinheiro pelos assessores (atestado documentalmente), também não convence.

Os documentos coletados durante a investigação da organização criminosa revelam que o então Deputado João Grandão propôs emendas orçamentárias das quais se originaram recursos a municípios de Mato Grosso do Sul para investimento na área de saúde, que por sua vez promoveram licitações em que foram contempladas empresas pertencentes aos Vedoin (fls. 127-128).

E a tarefa dos parlamentares no esquema, a princípio, exigia apenas a propositura de emenda orçamentária com previsão de recursos a serem investidos pela União para o incremento do setor de saúde pública municipal (para a compra de ambulâncias, por exemplo), e não que o deputado interferisse nas futuras licitações, tarefa essa de incumbência dos empresários e de outros integrantes da organização.

Como bem observado pela União, o modo de ação da organização seguia um padrão geral, com depósitos em nome de intermediários dos parlamentares, repetindo-se remessas financeiras aos deputados por meio de assessores ou correligionários, indicados pelos beneficiários.

Ademais, no interrogatório de Maria Estela da Silva, colhido na Justiça Federal em 10/06/2006, que à época trabalhava na empresa Planam, ela confessa o esquema criminoso, somente esclarecendo que não pode apontar a participação dos deputados; contudo, declina o nome do réu João Grandão (fl. 22 do anexo I).

[...] tem condições de arrolar alguns nomes de deputados, que eram autores de emendas parlamentares, as quais redundaram em convênios e processos licitatórios de interesse do grupo; a interroganda não pode afirmar se os deputados recebiam alguma vantagem pelas emendas, nem apontar um percentual de participação; não pode afirmar que os deputados tinham absoluto conhecimento sobre as fraudes; os contatos realizados entre os gabinetes dos municípios se davam pelos assessores parlamentares, eram os assessores quem passavam os nomes dos municípios, entidades em geral, nomes de contatos e as senhas para acessar o sistema para elaboração de pré-projeto; os nomes dos deputados são os seguintes: [...] João Grandão

De igual forma ocorrem nos interrogatórios de Maria da Penha Lino, na Polícia Federal, e de Rodrigo Medeiros de Freitas, na Justiça Federal, os quais citam o deputado João Grandão como sendo um dos parlamentares que trabalharam no esquema (fls. 22v e 23 do anexo I).

Maria da Penha Lino – [...] QUE tem conhecimento acerca de diversos parlamentares que trabalharam neste ‘esquema’ com o grupo PLANAM no ano de 2004; QUE perguntada se saberia ‘de cabeça’ todos os nomes, solicitou a relação completa dos parlamentares da Câmara dos Deputados para que pudesse apontar os nomes; QUE após análise da lista passou a destacar, um a um, com um marca texto, o nome dos seguintes parlamentares: [...] João Grandão

Rodrigo Medeiros de Freitas – [...] QUE chegou a ver alguns parlamentares no escritório da empresa Planam, em Brasília, [...] QUE acredita que passaram, pelo escritório da empresa, pelo menos entre 6 a 8 parlamentares; QUE acredita que até podem ter ido ao escritório da empresa Planam um número maior de deputados, entretanto, desconhecia a condição de parlamentares; QUE o interrogando também, em algumas oportunidades, pode ouvir que os acusados Darci, Luis Antonio, Ivo e Ronildo já haviam estado, em um ou outro momento, nos seguintes gabinetes: [...] João Grandão

A previsão legal dos crimes imputados ao acusado (corrupção passiva e quadrilha) está assim disciplinada:

Art. 288 - Associarem-se 03 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: (Redação dada pela Lei n. 12.850, de 2013) (Vigência)

Pena - reclusão, de 01 (um) a 03 (três) anos.

[...]

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 02 (dois) a 12 (doze) anos e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

No caso, pode-se afirmar com segurança que a materialidade e autoria dos delitos de corrupção passiva e quadrilha restaram plenamente comprovadas pelos documentos encartados nos autos.

As confissões dos Vedoin e os documentos juntados aos autos, revelando a forma como funcionava o esquema criminoso, cuja riqueza de detalhes dos fatos e a correspondência da delação com os fatos conferem segurança e credibilidade às provas obtidas.

As empresas participantes dos processos licitatórios faziam parte do esquema criminoso criado pela Família Vedoin: Planam, Klass, Vedovel e outras.

De outro lado, a emenda parlamentar utilizada para a drenagem do dinheiro público foi de autoria do Deputado João Grandão.

Na verdade, a negativa do acusado e dos assessores é inverossímil e não se coaduna com a dinâmica e a cronologia dos fatos tal como revelados.

João Grandão foi o autor de várias emendas parlamentares em favor da pessoa jurídica Klass. Os delatores Luiz Antônio e Darci Vedoin confirmaram participação e entrega da indevida vantagem econômica, o que por si só já é suficiente para configurar o crime de corrupção passiva, vez que mera cooperação com a atividade criminosa já caracteriza o delito.

Portanto, tenho que as circunstâncias que gravitam em torno da conduta do acusado não deixam dúvidas quanto à sua atuação, sendo que somente o valor prometido ao parlamentar para apresentar emenda em favor da empresa Planam, independente da efetiva percepção da comissão de 10% (dez por cento), já configura o crime de corrupção passiva.

Mais uma vez, cumpre ressaltar que a dúvida suscitada quanto à destinação do dinheiro não

interfere na caracterização do crime de corrupção, sendo dispensável a efetiva obtenção de vantagem. A simples aceitação da oferta já configura o ilícito.

Dessa forma, os fatos apresentados constituem tanto o crime de corrupção passiva quanto o de quadrilha; restando provadas sua materialidade e autoria pelos documentos apresentados nos autos e pelo depoimento de Luiz Antônio Vedoin, sócio das empresas envolvidas e também denunciado pelo MPF.

Posta a questão nestes termos, tenho que os crimes de quadrilha e de corrupção passiva restaram devidamente comprovados nos autos.

Do crime de lavagem de dinheiro

Demonstrada a existência do crime antecedente, importa verificar se efetivamente, como pretende o MPF, houve um novo crime, no caso, o de lavagem de dinheiro, ou o destino do produto da corrupção não passou de um mero exaurimento da ação típica.

Segundo a redação original do art. 1º da Lei 9.613/1998, alterada pela Lei 12.683/2012, praticava o crime de lavagem, entre outras hipóteses, quem ocultava ou dissimulava a origem e a movimentação de valores provenientes, direta ou indiretamente, de crimes contra Administração Pública (art. 1º, V, da Lei 9.613/1998).

Para que se possa verificar a tipicidade ou não da situação narrada pelo *Parquet*, entendo como necessário que se estabeleça qual o bem jurídico protegido na tipificação da lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, com grande clareza, Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini posicionam-se que esses delitos tutelam a administração da Justiça e prosseguem:

O crime teria as características do favorecimento (arts. 348 e 349 do CP), pois o comportamento afeta a capacidade da Justiça de exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito.

A lavagem aqui é entendida como um processo de mascaramento que não lesiona o bem originalmente violado, mas coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem ilícita e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades públicas. (*Lavagem de Dinheiro, aspectos penais e processuais penais*, Ed. RT, fls. 52/53).

O crime teria as características do favorecimento (arts. 348 e 349 do CP), pois o comportamento afeta a capacidade da Justiça de exercer suas funções

de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito.

A lavagem aqui é entendida como um processo de mascaramento que não lesiona o bem originalmente violado, mas coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem ilícita, e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades públicas. (*Lavagem de Dinheiro, aspectos penais e processuais penais*, Ed. RT, fls. 52-53).

No caso em tela, entendo que inelutavelmente houve dano ao bem juridicamente tutelado, pois o acusado agiu dolosamente com o fim de ocultar e dissimular o produto da corrupção, prejudicando, em última análise, a administração da Justiça.

Note-se que a propina não foi entregue simplesmente ao apelado que a guardou, gastou com produtos diversos ou comprou um bem. Neste, é verdade, haveria mero exaurimento. Ela foi depositada na conta de terceiro (ocultação), dividida em parcelas de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 9.000,00 (nove mil reais) que, posteriormente, foi repassada ao acusado (dissimulação).

O valor auferido com o crime antecedente, de corrupção passiva, foi de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), soma dos valores depositados nas contas correntes dos assessores parlamentares.

Por fim, o recebimento do dinheiro depositado na conta demonstra a intenção de ocultar e dissimular a origem dos valores destinados ao acusado João Grandão.

Nestes termos, também neste ponto a apelação merece provimento.

Da fraude à licitação

Embora a proposição de emendas ao orçamento seja prerrogativa do mandato parlamentar, os mencionados recursos orçamentários foram transferidos aos municípios, com suporte em processo licitatório fraudulento direcionado previamente para beneficiar o esquema criminoso conhecido como máfia dos sanguessugas.

Ademais, ainda que o crime do art. 90 da Lei 8.666/1993 não exija a comprovação da materialidade delitiva, tendo em vista sua natureza formal, os aspectos materiais e a autoria restaram provados com base no relatório da Controladoria-Geral da União (fls. 388-542), no qual são descritos os convênios realizados entre as prefeituras dos municípios e o Ministério da Saúde para a entrega de ambulância, cuja emenda

parlamentar para a obtenção de recursos públicos é de autoria do Deputado João Grandão (fls. 388-52).

Verificou-se que entre 2000 e 2005 o réu apresentou 9 (nove) emendas parlamentares na área de saúde, beneficiando prefeituras do Estado do Mato Grosso do Sul, sendo que as empresas ligadas ao Grupo Planam (Santa Maria Comércio e Representações Ltda., Klass Comércio e Representações Ltda. e Delta Veículos especiais Ltda. e Planam) sagraram-se vencedoras em 9 (nove) das licitações realizadas nos municípios de Dourados, Ivinhema, Nova Alvorada do Sul, Douradina, Iguatemi, Dois Irmãos do Buriti, Eldorado, Itaquira e Boitaporã.

Consta do relatório da CGU que, em relação aos convênios abaixo destacados, o crédito orçamentário foi proveniente de emenda parlamentar de autoria do Deputado Federal João Grandão, constando diversas irregularidades, com indícios de direcionamento de licitação.

Convênios:

Siafi 506551, FNS: 2847/2004, Boitaporã/MS; Siafi 502628 FNS: 1633/2004, Itaquerai/MS (fls. 409-422); Siafi 502624, FNS: 1181/2004, Eldorado/MS (fls. 423-441); Siafi 502623, FNS: 1631/2004, Dois Irmãos do Buriti/MS (fls. 442-458); Siafi 472159, FNS: 3011/2002, Douradina/MS (fls. 459-475); Siafi 477151, FNS: 2513/2002, Nova Alvorada do Sul/MS (fls. 477-497); Siafi 477148, FNS: 1933/2002, Ivinhema/MS (fls. 500-520); e Siafi 433814, FNS: 2006/2001, Dourados/MS (fls. 521-542).

Irregularidades constatadas, entre outras:

- ausência de processo administrativo;
- ausência de pesquisa prévia de preços;
- atos prévios à licitação emitidos no mesmo dia;
- ausência de identificação de alguns ou de todos signatários na retirada do edital;
- ausência do comprovante de entrega de convite às empresas;
- empresas/licitantes do mesmo grupo familiar; e
- prejuízo ao Erário.

Por oportuno, cumpre transcrever as seguintes constatações que a CGU considerou relevante no que se refere ao convênio Siafi 433814 – FNS: 2006/2001 – Dourados/MS (fl. 540):

Constatou-se a existência de documentos relacionados à liberação do recurso do convênio como:

- Carta datada de 10/12/2001, do Deputado Marçal Filho (PMDB-MS), na qual encaminha ao Prefeito Municipal de Dourados, cópia da Nota de

Empenho n. 403180, emitida pelo Fundo Nacional de Saúde, na data de 07/12/01, no valor de R\$ 96.000,00 (noventa e seis mil reais) destinados à aquisição de unidades móveis de saúde, conforme processo 25.006.0002222/01-92;

- Of. 229-B/01-JG, do Dep. Federal João Grandão, ao Ministro da Saúde, José Serra, no qual solicita 'empenho na liberação dos recursos para as Emendas Individuais na Pasta deste Ministério, através do Fundo Nacional de Saúde, apresentadas no Orçamento da União, de minha autoria para o exercício de 2001':

1-OU: 36901

Título: Aquisição de Unidades Móveis de Saúde

Município: Dourados-MS

Valor: R\$ 120.000,00

Mod. Aplicação: 40';

- Fax do Secretário Executivo do Ministério da Saúde, Barjas Negri ao Deputado Federal João Grandão, 'Por determinação do Senhor Ministro, informamos a Vossa Excelência que, no decorrer desta semana, será efetuado o pagamento de R\$ 96.000,00 referente aos recursos do Convênio 2006/2001 do P.M. de Dourados-MS'.

A aquisição das Unidades Móveis de Saúde não estão previstos no Plano Municipal de Saúde e nem teve aprovação do Conselho Municipal de Saúde.

As falhas apontadas acima (prejuízo ao Erário, fracionamento, inexistência de pesquisa de preços e propostas sem assinatura) permitem concluir que, de fato, não houve qualquer licitação, mas mera montagem de documentos para respaldar a aquisição direta da unidade móvel de saúde. É de destacar que os relatórios citados anteriormente, elaborados pelos órgãos encarregados da fiscalização das verbas públicas, possuem presunção de veracidade, não elidida pelo acusado em nenhum momento da instrução processual.

Todas essas peculiares irregularidades relatadas e trazidas pela auditoria conduzida pelo Ministério da Saúde coincidem com o *modus operandi* verificado pelas investigações da Polícia Federal na Operação Sanguessuga, e apuradas no relatório de trabalho da CGU.

Assim, em que pesem as razões do recorrente, a autoria delitiva desse crime encontra-se igualmente comprovada, consoante exposto no parecer do MPF que demonstrou satisfatoriamente a responsabilidade delitiva do réu por meio do relatório de auditoria elaborado pela CGU, concluindo que:

[...] os réus colaboradores Luiz Antônio Trevisan, Darci José Vedoin e Sinomar Martins

Camargo foram enfáticos em afirmar o envolvimento de João na frustração do caráter competitivo das aludidas licitações, ressaltando que o próprio deputado federal entrou em contato com os prefeitos municipais, para acertar os detalhes do direcionamento das licitações e acompanhar o andamento delas, conduta consubstanciada na prática do crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/93 (fls. 772/775).

Desta forma, tenho que a sentença deve ser reformada para condenar o acusado pelos crimes previstos nos arts. 288 e 317, ambos do CP; 90 da Lei 8.666/1993; e 1º, V e VII, da Lei 9.613/1998.

Dosimetria da pena

Passo à dosimetria das penas, em atenção ao critério trifásico estabelecido nos arts. 59 e 68 do Código Penal.

Circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) – fixação da pena-base:

culpabilidade – o grau de culpabilidade (juízo de reprovação) do acusado é intenso na espécie. De fato, o crime foi cometido por parlamentar em detrimento da saúde pública, área bastante carente de recursos;

antecedentes – não há registro de antecedentes;

conduta social – pelos elementos que se extraem dos autos, verifica-se que o acusado não tem registros quanto à sua conduta;

personalidade – nos autos não há elementos suficientes à aferição da personalidade do agente, razão pela qual deve ser valorada como neutra;

motivos do crime – está claro que o acusado praticou os crimes na intenção de obter lucros indevidos. O que motivou a série de delitos foi a ganância, o lucro fácil, a obtenção de riqueza de forma mais espúria, além de atropelar todas as boas práticas de um administrador zeloso com a coisa pública;

circunstâncias do crime – devem ser valoradas de modo negativo diante da participação decisiva na trama ilícita necessária para fraudar 9 (nove) procedimentos licitatórios. Para tanto, valeu-se do cargo público que ocupava para agilizar a execução de emenda parlamentar para favorecer o grupo criminoso que integrava; envolvendo pessoas prontas e aptas a dar cabo à empreitada e, com isso, conseguir vilipendiar os valores mais nobres que um parlamentar deve preservar;

consequências do crime – consideradas graves diante do prejuízo ao Erário, pois a Administração Pública viu-se impedida de contratar a proposta mais vantajosa, não houve competitividade nos certames licitatórios e nem tratamento igualitário entre os concorrentes, ademais, de irregularidades na execução

dos convênios, o que levou prejuízos à população pobre que seria beneficiada. As consequências, ao final, são de ordem patrimonial, ética e moral, além de afrontar as regras de direitos insculpidas na Constituição e nas leis. Ademais, o desvio de dinheiro público é altamente reprovável pelas consequências nefastas à sociedade que paga impostos para receber serviços públicos de qualidade, prejudicados em razão da apropriação de parte dos recursos por aqueles que exatamente deviam velar pela sua correta aplicação; e

comportamento da vítima – não teve influência no resultado da ação criminosa.

Levando-se em consideração as circunstâncias acima analisadas, especialmente, a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime, a pena-base deve ser fixada acima de seu mínimo legal:

a) pelo crime do art. 1º, V e VII, da Lei 9.613/1998, 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão; corrupção passiva, 3 (três) anos de reclusão; e, em relação ao crime de quadrilha, 2 (dois) anos de reclusão; e pelo crime do art. 90 da Lei 8.666/1993, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção.

a.1) quanto ao delito de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/1998), diante da ausência de circunstâncias legais ou de causas de aumento ou de diminuição, fica como pena concreta de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão;

a.2) quanto ao crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), diante da ausência de circunstâncias legais ou de causas de aumento ou de diminuição, fica como pena concreta de 3 (três) anos de reclusão;

a.3) quanto ao crime de quadrilha (art. 288 do CP), diante da ausência de circunstâncias legais ou de causas de aumento ou de diminuição, fica como pena concreta de 2 (dois) anos de reclusão;

a.4) quanto ao crime de fraude e frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório (art. 90 da Lei 8.666/1993), diante da ausência de agravantes ou atenuantes e tendo em vista a continuidade delitiva, deve ser reconhecida a causa de aumento prevista no art. 71 do CP, aumentada assim em 1/3 (um terço), perfazendo 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de detenção.

Em razão do concurso material dos crimes, em relação às penas privativas de liberdade, *totalizo-as* em 11 (onze) anos e 10 (dez) meses de reclusão, sendo que, desse tempo, 3 (três) anos e 4 (quatro) meses é de pena de detenção, a ser cumprida, inicialmente no regime fechado.

O regime inicial de cumprimento de pena é o *fechado*.

Em observância ao art. 72 do CP, quanto aos crimes da Lei 8.666/1993, corrupção passiva e lavagem de dinheiro, considerando que nesses delitos há a correspondente sanção de multa, *condeno* ainda o acusado ao pagamento de multa, no *quantum* correspondente à pena concreta privativa de liberdade fixada.

O valor global dos convênios e contratos de repasse apurado pela CGU foi da ordem de R\$ 1.792.124,00 (um milhão, setecentos e noventa e dois mil e cento e vinte e quatro reais). Em observância ao disposto no § 1º do art. 99 da Lei 8.666/1993, *fixo* a pena de multa no índice percentual de 3% (três por cento) do valor total dos contratos espúrios licitados/celebrados com dispensa de licitação, o que resulta na pena de multa de R\$ 53.013,72 (cinquenta e três mil, treze reais e setenta e dois centavos).

Quanto à multa em relação aos demais crimes (corrupção passiva e lavagem de dinheiro), considerando a pena concreta aplicada, *fica condenado* a pagar pena de multa correspondente a 30 (trinta) dias-multa para o crime de corrupção passiva e de 35

(trinta e cinco) em relação ao crime de lavagem de dinheiro, totalizando 65 (sessenta e cinco) dias-multa.

Considerando a reconhecida situação econômica favorável do acusado, o valor do dia-multa deve ser fixado no *quantum* correspondente a 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Nos termos do art. 92, I, b, do CP, é efeito da condenação, ainda, a *perda do mandato* eletivo do réu, em virtude da sua condenação à pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos. Por fim, nos termos do art. 1º, I, e, c/c o art. 15, parágrafo único, da Lei Complementar 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), declaro a inelegibilidade do acusado, desde a condenação, até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos.

Considerando o montante da pena privativa de liberdade aplicada, *deixo* de substituí-la por restritiva de direitos, em razão do não preenchimento da condição estipulada no art. 44, I, do Código Penal.

Pelo exposto, *dou provimento* à apelação do Ministério Público Federal, nos termos acima fundamentados.

É como voto.

Terceira Turma

Habeas Corpus 0025148-23.2015.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal George Ribeiro da Silva (convocado)
 Impetrante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Impetrada: 2ª Vara do Trabalho da Comarca de Montes Claros/MG
 Paciente: Maria Irzete Silva Santos
 Publicação: e-DJF1 de 09/10/2015, p. 2.330

Ementa

Penal. Processo Penal. Habeas corpus. Reclamação trabalhista. Determinação judicial. Descumprimento. Ameaça à liberdade de locomoção não demonstrada. Ordem denegada.

I. *Habeas corpus* preventivo impetrado em favor da chefe do serviço de recursos humanos da gerência executiva do INSS em Montes Claros/MG, para que ela não seja submetida à ordem de prisão que a ameaça, caso descumpra a requisição do Juízo da 2ª Vara do Trabalho da Comarca de Montes Claros/MG de resposta ao Ofício 00075/2015, no prazo de 10 (dez) dias.

II. Estabelece o art. 114, IX, da Constituição que cabe à Justiça do Trabalho processar e julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

III. Não se vislumbra a presença dos requisitos necessários à concessão da ordem a amparar a paciente pela via mandamental, protegendo-a de efetuar a baixa do contrato de trabalho do obreiro junto ao CNIS. Inexistência de prejuízos financeiros para a autarquia federal, pois inexistente reconhecimento de tempo de serviço a exigir recolhimento previdenciário.

IV. Não há ameaça alguma de prisão da paciente por parte do Juízo Trabalhista, que proferiu despacho, com força de ofício, requerendo à Gerência Executiva do INSS resposta ao primeiro ofício sob pena de, em caso de descumprimento, o responsável responder por crime de desobediência à ordem judicial.

V. “A intimação para que seja dado cumprimento a determinação judicial, com a advertência que o seu eventual descumprimento implica na realização do tipo penal previsto no art. 330, do Código Penal (desobediência), não constitui constrangimento ilegal ao direito de locomoção. Não configurada, nos autos, ameaça iminente à liberdade de locomoção da paciente, é de se denegar a ordem de habeas corpus postulada na inicial”. (TRF1, numeração única: 0010826-18.2003.4.01.0000; HC 2003.01.00. 017405-0/TO; Quarta Turma, rel. Des. Federal Ítalo Mendes, DJU, II, de 14/11/2003, p. 25).

VI. Ordem de *habeas corpus* denegada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 29/09/2015.

Juiz Federal *George Ribeiro da Silva*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal George Ribeiro da Silva:
— O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, por intermédio da Procuradora Federal Alessandra Sgreccia, impetra *habeas corpus* preventivo, com pedido de liminar, em favor de Maria Irzete Silva Santos, chefe do serviço de recursos humanos da gerência executiva da autarquia em Montes Claros/MG, contra ato do Juízo da 2ª Vara do Trabalho da Comarca de Montes Claros/MG, que, nos autos da ação reclusória trabalhista 2135-79.2014.503.0100, ameaça a paciente com prisão, caso não responda ao Ofício 00075/2015 no prazo de 10 (dez) dias.

O impetrante alega incompetência da Justiça do Trabalho para fins de deliberação acerca de benefícios previdenciários e seus respectivos recolhimentos, uma vez que o art. 109, I, da Constituição Federal estabelece a competência da Justiça Federal comum nesse aspecto.

Considera que mesmo que o INSS fosse

[...] parte da relação jurídico-processual trabalhista, a decisão judicial subsequente não poderia gerar efeitos previdenciários à Autarquia, pois tal procedimento vai de encontro à competência constitucional para julgar a matéria [...].

Diz ser

[...] incontroverso que o INSS não foi parte na demanda. Por tal razão, não pode ser impellido a repercutir a decisão de cunho trabalhista sobre benefício previdenciário mantido pela autarquia.

Defende que

[...] por não haver uma conexão necessária entre o direito trabalhista declarado na Reclamatória e o direito previdenciário, o liame entre a decisão ali proferida e o terceiro INSS mostra-se sobremaneira tênue, pelo que não se há de exigir necessite ajuizar ação tendente a anular a decisão judicial, ou que haja completa inversão do ônus da prova, como condicionantes para a não aceitação do julgado [...].

Adverte que

[...] a simples intimação do INSS para atribuir efeitos previdenciários a uma decisão judicial trabalhista transitada em julgado vai de encontro, ainda, ao princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e, por consequência, aos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF) [...].

Entende como ofensiva ao art. 400 do Código de Processo Civil a exigência de início de produção de prova material conforme prevê o § 3º do art. 55 da Lei 8.213/1991, pois

[...] a legislação trabalhista traz disposições legais diversas das leis previdenciárias acerca da comprovação do tempo de serviço, estabelecendo o art. 456 da CLT que a relação de emprego poderá ser comprovada pelas anotações constantes da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou por instrumento inscrito podendo, porém, ser essa prova suprida por todo e qualquer meio de prova admitido em direito [...].

Frisa que

[...] não houve juntada da CTPS no processo, na qual decerto consta o vínculo que se pretendeu retirar. Ocorre que a anotação na Carteira de Trabalho tem presunção relativa de veracidade

(súmula 12 TST), que não foi elidida no processo em virtude da revelia [...].

Ressalta que

[...] na seara previdenciária a ausência de documentação para comprovação do liame de emprego é legalmente vedada ante a necessidade de maior rigor na verificação dos requisitos necessários para a obtenção de benefício previdenciário, sem que com isso se afete o núcleo essencial do direito a ser comprovado ou o acesso ao Poder Judiciário, harmonizando-se com o princípio da segurança jurídica e a natureza do Regime Geral de Previdência Social [...].

Aduz ausência de amparo legal na ameaça de prisão da paciente, porque ela não é autora de delito, nem sujeito ativo do crime de desobediência, sendo atípica a conduta na medida em que este delito só pode ser cometido por particular, e não por servidor público, salvo se não estiver agindo nesta qualidade, o que não é o caso da paciente.

Argumenta falta de dolo de desobedecer por parte da paciente, elemento subjetivo do tipo.

Pugna para que seja julgado procedente o pedido, com a concessão definitiva do *habeas corpus* preventivo em favor da paciente (fls. 02-10).

As informações foram prestadas pelo juízo de origem às fls. 21-24.

Decisão às fls. 26-30 indeferiu o pedido liminar.

Parecer da Procuradoria Regional da República da 1ª Região, às fls. 33-35, pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal George Ribeiro da Silva: — O impetrante pretende obter *habeas corpus* preventivo em favor de Maria Irzete Silva Santos, chefe do serviço de recursos humanos da gerência executiva do INSS em Montes Claros/MG, para que não seja submetida à ordem de prisão que a ameaça, caso descumpra a requisição do Juízo da 2ª Vara do Trabalho da Comarca de Montes Claros/MG de resposta ao Ofício 00075/2015, no prazo de 10 (dez) dias.

Segundo o impetrante:

Em decorrência da Reclamação Trabalhista 0002135-79.2014.503.0100, a autoridade judicial oficiou o INSS determinando que o mesmo “proceda

à baixa junto ao CNIS do contrato de trabalho estabelecido no período de 01/08/1991, entre o empregador SERGIL TRANSPORTES E LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA LTDA. EPP, CNPJ 57.541.385/0001-11 e o empregado OSMAR GOMES CARDOSO, CPF 067.325.208-65, PIS 1.232.439.527-6, CTPS n. 000056417, série 000138.

Estabelece o art. 114, IX, da Constituição que cabe à Justiça do Trabalho processar e julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

Nesse sentido, a regularização da informação de término de vínculo empregatício junto ao Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS é medida acessória decorrente da relação empregatícia e de iniciativa cogente do órgão previdenciário.

Tanto é assim que o próprio segurado pode efetuar, a qualquer momento, o pedido de inclusão, exclusão ou retificação de informações de seu interesse, bastando apresentar documentos comprobatórios (§ 1º do art. 19 do Decreto 3.048/1999).

Dessa forma, em tese, não se vislumbra a presença dos requisitos necessários à concessão da ordem a amparar o INSS pela via mandamental, protegendo-o de efetuar a baixa do contrato de trabalho do obreiro junto ao CNIS. Sequer há prejuízos financeiros para a autarquia federal, pois inexistente reconhecimento de tempo de serviço a exigir recolhimento previdenciário.

Além do mais, não há ameaça alguma de prisão da paciente por parte do Juízo Trabalhista, o qual, não obtendo qualquer resposta à primeira solicitação feita, proferiu despacho,

[...] com força de ofício, requerendo à Gerência Executiva do INSS resposta ao ofício nº 075/15, em 10 dias, sob pena de, em caso de descumprimento, o responsável responder por crime de desobediência à ordem judicial [...].

Nada mais que isso.

Corroborando o entendimento supra, por oportuno, transcrevo excerto do bem fundamentado parecer ministerial, *litteris*:

[...] o Magistrado agiu dentro dos limites de sua competência jurisdicional, para a devida instrução do feito que preside, tratando-se a advertência exarada no ofício em questão de regular exigência ao cumprimento de determinação judicial.

Demais disso, importante frisar que a intimação para que seja dado cumprimento a determinação judicial, com a advertência que o seu eventual descumprimento implica na configuração do delito de desobediência, previsto no art. 330, do Código Penal, não constitui constrangimento ilegal ao direito de locomoção da Paciente.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro e Mônica Sifuentes.

Na verdade, a alusão ao art. 330 do Código Penal, nesses casos, constitui-se em advertência de cunho genérico, funcionando como exortação ao cumprimento de dever legal, não existindo efetiva ameaça à liberdade de locomoção do Paciente.

[...]

Ressalte-se, ademais, que, conforme consta dos elementos dos autos, não existe, concretamente, qualquer ordem de prisão direcionada à ora paciente por parte da autoridade indigitada coatora, razão pela qual não se vislumbra a alegada ocorrência de coação ilegal ao seu direito de locomoção (fl. 34).

Com efeito, o perigo para o direito ambulatorial da paciente deve resultar de ato concreto, de prova efetiva, da ameaça de prisão, o que não ocorre na espécie.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais desta Corte Regional, *ipsis verbis*:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. COAÇÃO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A intimação para que seja dado cumprimento a determinação judicial, com a advertência que o seu eventual descumprimento implica na realização do tipo penal previsto no art. 330, do Código Penal (desobediência), não constitui constrangimento ilegal ao direito de locomoção.

2. Não configurada, nos autos, ameaça iminente à liberdade de locomoção da paciente, é de

se denegar a ordem de habeas corpus postulada na inicial.

3. Habeas corpus denegado.

(TRF1, Numeração Única: 0010826-18.2003.4.01.0000; HC 2003.01.00. 017405-0/TO; Quarta Turma, Rel. Des. Federal l'talo Fioravanti Sabo Mendes, DJU, II, de 14/11/2003., p. 25).

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. AMEAÇA À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. O HC é remédio constitucional que visa assegurar a liberdade de locomoção.

2. Inexistindo a concreta violação ou ameaça de, não há falar em sua concessão, como na espécie, onde a autoridade dita coatora eterminou "(...) que o reclamante junte aos autos, no prazo de 24 horas, o nome correto do 2º reclamado, sob pena de incorrer no crime de desobediência de ordem judicial, além de responder por multa diária no valor de 01 salário mínimo, até que cumpra esta ordem judicial".

3. Habeas corpus denegado.

4. Peças liberadas pelo Relator em 11/06/2002 para publicação do acórdão.

(TRF1, Numeração Única: 0040045-13.2002.4.01.0000; HC 2002.01.00. 011208-8/MT; Terceira Turma, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, DJU, II, de 21/06/2002, p. 110).

Ante o exposto, ratificando a decisão que indeferiu o pedido de liminar, denego a ordem de habeas corpus.

É o voto.

Quarta Turma

Numeração única: 0000179-45.2010.4.01.4000

Apelação Cível 2009.40.00.009165-8/PI

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz
 Apelante: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Marco Túlio Lustosa Caminha
 Apelados: Ernani de Paiva Maia e outros
 Advogada: Dra. Nathalie Cancela Cronemberger Campelo
 Publicação: e-DJF1 16/09/2015, p. 391

Ementa

Administrativo. Processual Civil. Improbidade administrativa. Art. 10, incisos I e XI e art. 11, incisos I e VI, da Lei 8.429/1992. Verba federal. Ministério da Saúde. Verba do SUS. Desvio de finalidade. Ocorrência. Prejuízo ao Erário incomprovado. Época dos fatos. Município em estado de emergência. Enchentes. Utilização da verba federal em atividades que deveriam ser custeadas com recursos da municipalidade. Dolo e má-fé na conduta dos requeridos. Não caracterização. Ato de improbidade inexistente. Inexistência.

I. Estando a sentença devidamente fundamentada quanto à inexistência do ato de improbidade, não há como se acolher a pretensão do apelante de condenação dos requeridos nas sanções previstas no art. 12, II e III, da Lei 8.429/1992, pela prática de ato ímprobo, quando indemonstrado pelo recorrente o desacerto do julgado de primeiro grau.

II. O desvio de finalidade, no caso, não pode ser considerado como ato de improbidade, tendo em vista não ter decorrido de dolo ou má-fé na conduta dos requeridos, e da existência de prejuízo ao Erário. Eventual restituição de valor, no caso, deve ser feita pelo próprio município que foi quem se beneficiou das verbas no pagamento de atividades que deveriam ter sido custeadas com verba da municipalidade.

III. O ato de improbidade administrativa não pode ser entendido como mera atuação do agente público em desconformidade com a lei. A intenção do legislador ordinário na produção da norma (Lei 8.429/1992), em observância ao Texto Constitucional (CF, art. 37, § 4º), não foi essa. Mas, sim, a de impor a todos os agentes públicos o dever de, no exercício de suas funções, pautarem as suas condutas pelos princípios da legalidade e moralidade, sob pena de sofrerem sanções pelos seus atos considerados ímprobos.

IV. O ato tido como ímprobo, além de ser ilegal, é um agir desonesto do agente público para com a Administração Pública, sendo o dolo ou a culpa grave, evidenciadora da má-fé, indispensáveis para configurá-lo, o que, em relação aos réus, não ficou evidenciado nos autos.

V. Não se pode confundir meras irregularidades administrativas com as graves faltas funcionais de improbidade, sujeitas às sanções da Lei 8.429/1992. Todo ato ímprobo é um ato ilícito, irregular, mas nem todo ilícito ou irregularidade constitui-se em ato de improbidade.

VI. Apelação improvida.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento à apelação, à unanimidade.

4ª Turma do TRF da 1ª Região – 31/08/2015.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Ao proferir sua decisão, o juiz, na sentença, valorou os seguintes fatos:

Cuidam os autos de ação civil pública por improbidade administrativa, promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra ERNANI DE PAIVA MAIA, ex-gestor do Município de Santa Filomena/PI, MOISÉS ESPINAR AVELINO, ex-secretário municipal de saúde e JOSÉ PINHEIRO SAMPAIO, ex-tesoureiro do município, por suposta prática irregular enquadrada nos artigos 10, incisos I e XI e 11, incisos I e VI, todos da Lei n. 8.429/92.

Narra a petição inicial que, de acordo com o Relatório de Auditoria n. 2324/2004, realizado pelo Ministério da Saúde, constatou-se a utilização indevida de recursos federais destinados ao Programa de Combate às Carências Nutricionais - PCCN e ao Programa de Epidemiologia e Controle de Doenças - PECD, bem como a ausência de identificação e comprovação das despesas efetuadas com os recursos repassados aos Município de Santa Filomena/PI.

Pleiteou, ao final, a condenação dos requeridos nas sanções previstas nos incisos II e III do artigo 12 da Lei n. 8.429/92.

Juntou os documentos constantes no Anexo I.

Intimada, a União informou não possuir interesse em intervir no feito (folhas 19/21).

Notificados, os requeridos apresentaram defesa preliminar às folhas 40/59 arguindo, preliminarmente a incompetência da Justiça Federal e a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. No mérito, refutou a tese autoral, arguindo que houve a utilização integral dos recursos advindos do convênio, inexistindo atos ímprobos.

Juntou os documentos de folhas 60/516.

Rejeitadas as preliminares suscitadas, a petição inicial foi recebida às folhas 518/519.

Citados, os requeridos apresentaram contestação às folhas 535/557.

Réplica às folhas 579/585.

Instados para manifestar interesse na produção de outras provas, o autor respondeu negativamente (folha 594), tendo os requeridos apresentado rol de testemunhas (folha 607).

Termo de audiência de inquirição e oitiva de testemunha às folhas 616/620. Alegações finais do Ministério Público Federal às folhas 626/635.

Os requeridos informaram, à folha 638, que restaram prejudicadas suas alegações finais, pois

não há os arquivos de vídeo e áudio colhidos em audiência no DVD constante à folha 620.

O autor informou, por sua vez, que o procedimento de gravação do DVD foi realizado em conformidade com os parâmetros legais, não havendo que se falar em nulidade (folhas 642/643). (fls. 644/645).

Após desenvolver a fundamentação consentânea, a magistrada sentenciante julgou improcedente o pedido, condenando o Ministério Público Federal ao pagamento de verba honorária, nestes termos:

Diante dessas considerações, *julgo improcedente* o pedido condenatório.

Deixo de promover condenação em custas (art. 4º, III, da Lei n. 9.289/96).

Condeno o Ministério Público Federal ao pagamento de honorários de advogado que fixo em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Após o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Cumpra-se *com urgência*, considerando-se que o feito ajusta-se à Meta CNJ n. 18.

Teresina/PI, 27 de setembro de 2013. (fl. 648).

Irresignado, o Ministério Público Federal interpôs apelação (fl. 651), em que, aduzindo as razões pertinentes (cf. fls. 652-659), postula:

Diante do exposto, o Ministério Público Federal pugna pelo provimento da presente apelação a fim de que seja reformada a sentença de primeira instância, *para que os demandados sejam condenados nas sanções previstas no art. 12, incisos II e III da Lei n. 8.429/92, no que couber, tal como já pleiteado na inicial, bem como em relação à imposição de pagamento de honorários advocatícios ao Ministério Público Federal.* (fl. 659).

Recebido o recurso (fl. 660), contrarrazoado (fls. 664-675), e, remetidos os autos a este Tribunal, ouviu-se a PRR 1ª Região, que se manifestou pelo provimento da apelação (fls. 681-687).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Pretende o Ministério Público Federal, na peça recursal, a reforma da sentença, para que

[...] os demandados sejam condenados nas sanções previstas no art. 12, incisos II e III da Lei 8.429/1992, no que couber, tal como já pleiteado na inicial, bem como em relação à imposição de pagamento de honorários advocatícios [...] (fl. 659).

A esse propósito, das alegações que formula, destaca:

Este órgão ministerial ajuizou, em 22.12.2009, Ação de Improbidade em face de ERNANI DE PAIVA MAIA (ex-prefeito do Município de Santa Filomena/PI - mandato 2001/2004), MOISÉS ESPINAR AVELINO (ex-Secretário Municipal de Saúde de Santa Filomena/PI) e JOSÉ PINHEIRO SAMPAIO (ex-tesoureiro municipal), visando à condenação dos requeridos nas sanções previstas nos incisos II e III do art. 12 da Lei 8.429/92, em razão de atos ímprobos perpetrados pelos mesmos consubstanciados na utilização indevida de recursos federais destinados ao Programa de Combate às Carências Nutricionais - PCCN e ao Programa de Epidemiologia e Controle de Doenças - PECD, bem como na ausência de identificação e comprovação das despesas efetuadas com os recursos supramencionados, no biênio 2002/2003, no Município de Santa Filomena/PI (fls. 03/14).

Os atos de improbidade praticados pelos demandados encontram previsão no art. 10, incisos I e XI e art. 11, incisos I e VI, todos da Lei de Improbidade, uma vez que os mesmos utilizaram de forma indevida e não prestaram contas dos recursos federais destinados àquela municipalidade, desviando-se dos fins legais, infringindo dispositivos e princípios constitucionais.” (fls. 652/653);

[...]

“[...] a exordial respaldou-se em um farto lastro probatório acostado aos autos e não em meras conjecturas ou suposições como entende o juízo de primeiro grau, pautando-se, especialmente, nos elementos de convicção presentes no IPL n. 202/2008-SR/DPF/PI.

Fundamentou-se também a inicial nas graves constatações do SUS constantes no Relatório de Auditoria n. 2324/2004 (fls. 31/46, Anexo I), de 17.03.2005, as quais foram exaustivamente delineadas não só na peça inaugural (fls. 05/06), mas também em manifestação do apelante (fls. 579/585), inferindo-se que as verbas públicas destinadas à execução dos programas governamentais foram mal aplicadas e que não foram demonstradas as despesas efetuadas com tais recursos, no biênio 2002/2003, pela Prefeitura de Santa Filomena/PI.

Ressalte-se que, às fls. 47 do Anexo I, em planilha anexa ao referido relatório, o MS/DENASUS apontou como responsáveis pelas sérias irregularidades constatadas na Prefeitura de Santa Filomena/PI os ora requeridos, cabendo-lhes, pois, as imputações narradas na exordial, ademais, as verbas públicas federais destinadas pelo Ministério da Saúde ao município encontravam-se sob a ingerência dos mesmos, na qualidade de então prefeito, Secretário Municipal de Saúde e

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Rosimayre Gonçalves de Carvalho e Marcus Vinicius Reis Bastos (convocados).

tesoureiro municipal e, como tais, possuíam o dever de administrar, zelar e prestar contas dos bens e dinheiro públicos sob sua responsabilidade.

Pela argumentação exposta, conclui-se que não há que se cogitar acerca de narrativa genérica dos fatos imputados aos demandados na inicial, sendo despiciente discorrer sobre as atribuições cabíveis a cada agente público retromencionado, ademais, corroboram tais evidências os próprios argumentos da sentença ora atacada, quando o juízo a quo reconhece a desnecessidade de individualização precisa e pormenorizada dos atos imputados aos requeridos, sob pena de subtrair a utilidade da instrução processual (fls. 646/647).” (fls. 655/656);

[...]

“Acerca de eventual ausência de demonstração de dolo/má-fé pelo autor, frise-se que a presente ação versa sobre atos perpetrados por agentes públicos que se amoldam aos art. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92.

No que tange às condutas tipificadas no art. 10 da citada Lei de Improbidade, alusivas a qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, englobam tanto a vontade do agente de praticar as ilicitudes (dolo) quanto a previsibilidade do resultado danoso que advém de seus atos (culpa), portanto, a configuração do ato ímprobo prescinde da comprovação do dolo do agente para cometer a ilicitude. Ainda assim, no presente caso, é patente que os agentes públicos responsáveis pela administração e aplicação das verbas federais, praticaram, de forma livre e consciente, as sérias ilicitudes apuradas pelo DENASUS.

No caso de atos de improbidade que atentam contra os princípios norteadores da Administração Pública, os quais abrangem também as condutas ilícitas de agentes públicos, sejam danosas ou culposas, previstas no art. 11 da Lei n. 8.429/92, ressalte-se que o elemento subjetivo dolo em questão é o eventual ou genérico, não se exigindo a presença de intenção específica do agente para a violação a tais princípios.

Assim, ao adotarem os requeridos uma postura intencional e injustificável, na medida em que utilizaram indevidamente e não demonstraram a aplicação dos recursos públicos, desviaram-se dos fins legais e violaram princípios basilares da administração pública, restaram, pois, configurados os atos de improbidade que lhes foram apontados na inicial.

Por fim, no que pertine à condenação do autor ao pagamento de honorários advocatícios, observa-se flagrante equívoco do juízo monocrático, vez que os honorários advocatícios, por sua natureza e em interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, em casos de ações civis públicas, não são devidos ao Ministério Público, salvo se comprovada e inequívoca a má-fé do órgão ministerial, o que não se vislumbra na presente demanda, já que esta foi ajuizada respaldando-se em elementos de convicção comprobatórios dos atos ímprobos narrados na inicial, bem como visando resguardar

a legalidade e moralidade administrativas. [...] (fls. 657/658).

A sentença afastou a responsabilidade dos requeridos, nos seguintes termos:

De início, urge salientar que as preliminares apresentadas pelos requeridos na peça contestatória são as mesmas oferecidas na defesa prévia de folhas 40/59, tendo sido objeto de apreciação na decisão que recebeu a petição inicial, contra a qual não houve recurso. Estão, portanto, preclusas as preliminares suscitadas.

Quanto à alegada ausência dos registros de áudio e vídeo no DVD de folha 620, anote-se que o arquivo audiovisual encontra-se em perfeito estado na mídia, tendo sido, inclusive, utilizado pelo Ministério Público Federal para a apresentação de suas alegações finais.

No mérito, tem-se que a Lei n. 8.429/92, que regulamentou o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, tem como finalidade impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário (art. 10); e c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

O objetivo da referida lei é reprimir atos que conduzam à produção de danos ao erário ou malfirmar princípios administrativos, mormente o da moralidade administrativa. Ainda que exista, no plano doutrinário, divergência acerca da conceituação da probidade administrativa, prepondera o entendimento de que a noção conduz à conduta praticada em conformidade com ‘os ditames éticos e morais que a consciência universal adota como regras para as opções da verdade a serem impostas’, conforme leciona Arnaldo Rizzardo.

No caso concreto, debate-se sobre a utilização indevida de recursos federais destinados ao Programa de Combate às Carências Nutricionais - PCCN e ao Programa de Epidemiologia e Controle de Doenças - PECD, com fundamento no relatório do Sistema de Auditoria do SUS - SISAUD, segundo o qual não houve identificação da despesa efetuada com os recursos repassados pelo Ministério da Saúde para serem utilizados no PCCN, no valor de R\$ 16.380,00 (dezesseis mil, trezentos e oitenta reais), tampouco dos comprovantes de despesas pagas com recursos do PECD, no valor de R\$ 31.958,85 (trinta e um mil, novecentos e cinquenta e oito reais e oitenta e cinco centavos) (folha 40 do Anexo I).

Foi instaurada, ainda, Tomada de Contas Especial, cujo julgamento não há notícias nos autos.

Há que se observar, entretanto, que durante toda a instrução processual, não se desincumbiu o Ministério Público Federal de delimitar a conduta tida como ímproba de cada um dos réus. Os fatos foram narrados de forma genérica e imputados aos

três réus, que desempenhavam funções diversas na Prefeitura Municipal de Santa Filomena/PI.

Ora, em que pese a petição inicial da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa não exigir ‘fórmulas minuciosas acerca das condutas dos réus, com a individualização precisa e pormenorizada dos atos imputados, sob pena de subtrair a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos imputados’, o autor deve provar, durante a instrução processual, a conduta ímproba cometida por cada um dos agentes públicos descritos na inicial.

Ainda que o relatório da Auditoria do SUS tenha constatado irregularidades na aplicação dos recursos repassados ao município, tal fato, por si só, não tem o condão de caracterizar a prática de ato de improbidade administrativa, porquanto necessária, também, a demonstração do elemento subjetivo, que no caso das condutas atribuídas aos réus exige pelo menos a demonstração de culpa.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas oportunidades tem se manifestado no sentido que para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

No caso dos autos tal requisito não restou demonstrado, não tendo sido realizada nenhuma análise das condutas específicas dos réus, nem demonstrado indícios de atos dolosos ou culposos ou o nexo causal entre cada um dos agentes. Ou seja, todo o processo está baseado em suposições e indícios apurados em auditoria interna do Ministério da Saúde.

Esse conjunto probatório se fazia necessário, uma vez que se as instâncias administrativa e judicial são independentes, é preciso que o Juízo se debruce sobre os elementos de prova utilizados no âmbito administrativo para se convencer pela condenação - mantendo-se a responsabilização administrativa - ou pela improcedência do pleito condenatório.

É de se registrar, inclusive, que intimado para indicar as provas que ainda pretendia lançar, o Ministério Público Federal informou que não havia mais provas a produzir (folha 594).

Não cuidou o autor de promover uma investigação minuciosa dos fatos apontados pela auditoria para se delimitar o papel de cada um dos envolvidos no alegado desvio de verba pública, não bastando meras conjecturas ou alegações para imputação tão séria como a prática de atos de improbidade administrativa tipificados na Lei n. 8.429/92.

Assim, oportuno o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que ‘é o autor que deve demonstrar a ocorrência de fatos e, mais do que isso, que tem o dever de delimitar as condutas

de cada agente supostamente envolvido com o ato ímprobo. Se o próprio autor da ação civil pública está satisfeito com o conjunto probatório carreado aos autos, mas inexistente provas suficientes para condenar os réus, não é caso de reabrir a instrução processual; ao contrário, é hipótese de julgamento de improcedência’ (STJ, REsp 765.958/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 19/11/2009).

Transportando-se o entendimento extraído do aresto acima mencionado à situação submetida à análise, constata-se que não se mostra razoável a condenação por improbidade administrativa apenas com amparo em relatório de auditoria realizada no âmbito administrativo, sendo necessária a companhia de outros elementos de prova. (fls. 645/648).

Considerou a magistrada sentenciante do feito que o autor da ação não se desincumbiu de provar os fatos imputados aos réus, concluindo que todo o processo está baseado em suposições e indícios apurados em auditoria interna do Ministério da Saúde.

A sentença merece prestígio.

Os argumentos do apelante pela acolhida de seu pleito não logram abalar a fundamentação da sentença que considerou a inexistência de prova a demonstrar o ato de improbidade imputado aos requeridos.

Destarte, na inicial, o Ministério Público Federal imputa aos requeridos a prática de ato de improbidade administrativa, com base no Relatório de Auditoria 2.324/2.004 (fls. 30-42), realizado pelo Ministério da Saúde, através do Departamento Nacional de Auditoria do SUS, alegando que referido relatório constatou a utilização indevida de recursos federais destinados ao Programa de Combate às Carências Nutricionais – PCCN e ao Programa de Epidemiologia e Controle de Doenças – PECD, bem como a ausência de identificação e comprovação das despesas efetuadas com os respectivos recursos, fatos ocorridos nos anos de 2002 e 2003, no Município de Santa Filomena/PI, destacando que as condutas praticadas pelos requeridos encontram-se provadas nos autos do inquérito policial anexo que demonstram a prática de ato de improbidade com prejuízo ao Erário e ofensa aos princípios da Administração.

Do referido relatório, o autor destaca a seguinte conclusão:

1) Não houve distribuição de leite e óleo às famílias carentes do Município de Santa Filomena/PI, no ano de 2002;

2) O médico do PSF é o próprio Diretor da Unidade Mista de Saúde do Município;

3) O PSF e a ESB funcionam apenas em um turno, sendo que a ESB só em 04 dias da semana;

6) Não há coordenador oficialmente designado para o setor de Epidemiologia, que funciona de maneira precária: as atividades são desenvolvidas apenas na zona urbana; não são 'tratados' os depósitos de água potável, como as caixas d'água; não são realizados os 06 ciclos anuais recomendados pela FUNASA/MS (nos últimos 12 meses foram realizados apenas 02 ciclos); não são calculados os índices básicos como os de infestação predial e o de Breteau; (sic)

7) O setor de farmácia está instalado em sala de grande luminosidade, temperatura elevada, sobretudo à tarde, não há farmacêutico-bioquímico responsável pelo setor e nem livro de controle para entorpecentes; a dispensação dos medicamentos é feita com receita de apenas 01 via e anotação em um caderno;

8) Não há veículo para a SMS melhor desempenhar suas funções, a despeito da grande extensão do Município;

9) Os ACS já não dispõem de fardamento; poucos têm balanças para realizarem seus trabalhos junto à comunidade;

10) Não identificação da despesa efetuada com os recursos repassados pelo Ministério da Saúde para serem utilizados no Programa de Combate às Carências Nutricionais, no valor de R\$ 16.380,00 (dezesesseis mil, trezentos e oitenta reais);

11) Não identificação dos comprovantes das despesas pagas com recursos do Programa de Epidemiologia e Controle de Doenças - EDC cujos cheques relacionamos a seguir: 850024 a 850043 e cheques 850046, 850047 e 850048, no total de R\$ 31.958,85 (trinta e um mil, novecentos e cinquenta e oito reais e cinquenta centavos). (sic) (fls. 5/6).

Consta de fls. 235-237, Relatório de Tomada de Contas Especial 11/2008 do Ministério da Saúde, em razão das irregularidades envolvendo os recursos dos SUS, na forma do Relatório de Auditoria 2.324/2004, objeto da conclusão retrocitada, datado de 14/08/2008, destacando, em decorrência das irregularidades apontadas, as seguintes ocorrências e débito do gestor:

IV - DAS OCORRÊNCIAS

- Utilização dos recursos do Programa de Incentivo ao Combate às Carências Nutricionais - TCCN fora do objeto do programa, para aquisição de cestas básicas para pessoas carentes do Município e ainda, pagamento de hospedagem para pacientes em tratamento fora do domicílio, no valor de R\$ 31.958,50 (trinta e um mil, novecentos e cinquenta e oito reais e cinquenta centavos), em Teresina/PI, conforme item 1 (um) da Planilha de Glosas, contrariando a legislação pertinente;

- Utilização dos recursos do Programa de Epidemiologia e Controle de Doenças - ECD fora do objeto do programa, para pagamento de consultas médicas especializadas e exames complementares, realizados em laboratório de análises clínicas, e folha de pagamento de funcionários da Secretaria Municipal de Saúde no valor de R\$ 16.380,00 (dezesesseis mil, trezentos e oitenta reais), conforme item 2 (dois) da Planilha de Glosas;

Portanto fica a débito do Sr. Ernani de Paiva Maia, o valor de R\$ 48.338,50 (Quarenta e oito mil, trezentos e trinta e oito reais e cinquenta centavos), tendo como responsáveis solidários os Srs. Moisés Espinar Avelino e José Pinheiro de Sampaio, conforme Planilha de Glosas, fls. 21/23. (fl. 237 do anexo das peças de Inquérido Policial).

No Relatório Complementar de Auditoria do Sisaud – Sistema de Auditoria do Departamento Nacional de Auditoria do SUS (fls. 512-514), destaca-se onde e como deveriam ter sido aplicados os recursos:

De acordo com a Portaria n. 709/99 (vigente à época) as ações desenvolvidas pelo Programa de Combate às Carências Nutricionais são:

- Distribuição de leite em pó integral e óleo de soja para crianças de 06 a 23 meses;
- Acompanhamento do crescimento e desenvolvimento;
- Avaliação nutricional.

Os recursos do ICCN - Programa de Combate às Carências Nutricionais foram utilizados para aquisição de cestas básicas para pessoas carentes do município e, ainda, pagamento de hospedagem para pacientes em tratamento fora do domicílio, em Teresina-PI, portanto, fora do objeto do programa e contrariando a legislação pertinente. Além dos recursos terem sido utilizados fora do objeto do programa, a equipe de auditoria não constatou nenhuma ação desenvolvida pela Prefeitura/Secretaria Municipal de Saúde, no sentido de combater as carências nutricionais a que se propunha, na época, o referido programa.

Quanto ao ECD, de acordo com a Portaria/GM/MS/N. 1.399/99 que regulamenta NOB/SUS/96 no que se refere às competências da União, estados, municípios e Distrito Federal, na área da epidemiologia e controle de doenças, define a sistemática de financiamento e dá outras providências:

Seção III - Dos Municípios

De acordo com o Art. 3º - compete aos municípios à gestão do componente municipal do Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica e Ambiental de Saúde, compreendendo as seguintes atividades, entre outras:

- Notificação de doenças de notificação compulsória, surtos e agravos, conforme normatização federal;
- Investigação epidemiológica de casos notificados, surtos e óbitos por doenças específicas;

c) Busca ativa de casos de notificação compulsória nas unidades de saúde, inclusive laboratórios, domicílios, creches e instituições de ensino, entre outros, existentes em seu território;

d) Monitoramento e avaliação da qualidade da água para consumo humano, incluindo as ações dos exames físicos, químico e bacteriológico de amostras, em conformidade com normatização federal;

e) Captura de vetores em reservatórios, identificação e levantamento do índice de infestação;

f) Registro, captura, apreensão e eliminação de animais que representam risco à saúde do homem;

g) Ações de controle químico e biológico de vetores e de eliminação de criadouros.

Os recursos da ECD foram utilizados para pagamento de consultas médicas especializadas e exames complementares, realizados em laboratório de análises clínicas, e Folha de Pagamento de Funcionários da Secretaria Municipal de Saúde. (fl. 513).

E acrescenta:

Pela documentação apresentada, verifica-se que não foram utilizados os recursos financeiros para aquisição de materiais, como fardamento para os Agentes da Dengue, utensílios utilizados pelos mesmos na captura de vetores ou outros materiais que poderiam ser usados no desenvolvimento das ações que fazem parte do objetivo do referido programa, portanto, contrariando a NOB/SUS/96, a PT/GM/MS/1.399/99 e PT/GM/MS/1.882/97.

A alegação do Prefeito Municipal de Santa Filomena, pedindo reconsideração no parecer da equipe de auditoria, no que se refere aos recursos financeiros dos programas ICCN e ECD, aplicados em desacordo com a legislação já citada, tomou por base o estado de calamidade pública em que se encontrava aquele município no ano de 2002. Devemos esclarecer que tal situação isenta a Prefeitura de efetuar apenas a licitação para as aquisições ou contratações, não a desobriga de cumprimento da legislação nem tampouco de desenvolver as ações de saúde inerentes aos referidos programas. (fl. 514).

De fato, pelo contexto das provas, está demonstrado que houve desvio de finalidade na aplicação das verbas públicas, relativa ao Programa de Combate às Carências Nutricionais – PCCN e ao Programa de Epidemiologia e Controle de Doenças – PECD. O próprio ex-gestor do município reconhece, nos autos, ter havido o desvio de finalidade na aplicação dos referidos recursos, justificando-o, no entanto, em razão da situação de calamidade por que passou o município no ano de 2002, com as enchentes e as consequências delas decorrentes, cuja confirmação

está no estado de emergência decretado pelo Estado do Piauí na data de 26 de abril de 2002 (cf. fls. 233-238), e oitiva das testemunhas de defesa ouvidas na mídia de DVD que confirmam os fatos (fl. 620).

Com efeito, as verbas públicas, embora com desvio de finalidade, foram utilizadas em áreas de prioridade do município, que se encontrava em situação de emergência, em atendimento à saúde e assistência social aos munícipes. Não se demonstrou, nos autos, a existência de dolo ou má-fé dos requeridos na gestão da verba pública, ou de prejuízo ao Erário. A verba foi destinada a fins diversos do pactuado pelos entes públicos. No entanto, não houve prova de desvio dessas verbas em proveito próprio dos requeridos ou de terceiros.

O ato de improbidade administrativa não pode ser entendido como mera atuação do agente público em desconformidade com a lei. A intenção do legislador ordinário na produção da norma (Lei 8.429/1992), em observância ao Texto Constitucional (CF, art. 37, § 4º), não foi essa. Mas, sim, a de impor a todos os agentes públicos o dever de, no exercício de suas funções, pautarem as suas condutas pelos princípios da legalidade e moralidade, sob pena de sofrerem sanções pelos seus atos considerados ímprobos.

O ato tido como ímprobo, além de ser ilegal, é um agir desonesto do agente público para com a Administração Pública, sendo o dolo ou a culpa grave, evidenciadora da má-fé, indispensáveis para configurá-lo, o que, em relação aos réus, não ficou evidenciado nos autos.

Assim, o desvio de finalidade, no caso, não pode ser considerado como ato de improbidade, tendo em vista não ter decorrido de dolo ou má-fé na conduta dos requeridos, e da existência de prejuízo ao Erário. Eventual restituição de valor, no caso, deve ser feita pelo próprio município que foi quem se beneficiou das verbas no pagamento de atividades que deveriam ter sido custeadas com verba da municipalidade.

A irregularidade verificada constitui-se em mera irregularidade formal, e para a caracterização do ato de improbidade seria necessária a demonstração de que a conduta dos requeridos resultara em prejuízo ao Erário ou ofensa aos princípios da Administração Pública, ou, ainda, proveito do gestor, pressupostos não verificados na hipótese dos autos.

Dessa forma, inexistente, na espécie, o alegado ato de improbidade administrativa, acolho o pleito do apelante.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Quarta Turma

Apelação Criminal 0002399-27.2011.4.01.3500/GO

Relator: Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado (convocado)
 Apelantes: Enoaldo Vilela Marques (réu preso) e outros
 Advogados: Dr. Leandro Marques Rodrigues e outros
 Apelante: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Daniel de Resende Salgado
 Apelados: os mesmos
 Publicação: e-DJF1 de 1º/10/2015, p. 981

Ementa

Penal. Processo Penal. Estelionato. Uso de documento falso. Princípio da consunção. Aplicabilidade. Levantamento fraudulento de precatório. Prejuízo suportado pela Caixa Econômica Federal. Competência federal, materialidade e autoria comprovadas. Dosimetria. Discricionariedade judicial. Regime de cumprimento mais gravoso. Possibilidade. Direito de apelar em liberdade. Réu que permaneceu preso durante a instrução criminal. Impossibilidade. Pena de multa. Inafastabilidade. Reparação de dano. Condenação mantida. Justiça gratuita deferida.

I. Não havendo notícia de que a carteira de identificação e o comprovante de residência falsos foram utilizados para o cometimento de outros ilícitos, suas apresentações perante a instituição bancária com o intuito de obter vantagem indevida exaure por completo sua potencialidade lesiva, não merecendo prosperar a alegação de que não se aplica o princípio da consunção ao caso em comento.

II. O conjunto de toda a prova produzida, analisado criteriosamente pela sentença, demonstrando objetivamente a autoria e a materialidade do crime de estelionato qualificado (art. 171, § 3º, CP), imputado aos apelantes, autoriza a manutenção do veredicto condenatório.

III. A jurisprudência firmou-se no sentido de que a posse prévia de dinheiro subtraído da conta do particular a cargo da empresa pública atinge diretamente bens e interesses de ente federal, o que atrai a competência da Justiça Federal para o julgamento da causa. Na espécie, considerando que a conduta do réu, ora apelante, foi direcionada a levantar fraudulentamente precatório, espécie de requisição de pagamento judicial gerida pela Caixa Econômica Federal, empresa pública federal, e que parte considerável dos valores levantados ainda não foi recuperada (fl. 144), a competência para o julgamento do processo é da Justiça Federal.

IV. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Não existe lei que obrigue o juiz a aplicar *quantum* específico para reduzir ou agravar a pena. O juiz é livre para formar sua convicção devendo, somente, ao exarar sua decisão fazê-lo de forma fundamentada, como na hipótese dos presentes autos.

V. O regime de cumprimento mais gravoso fixado com base no art. 33, § 3º, do CP se justifica em razão da existência de inúmeras circunstâncias judiciais desfavoráveis ao terceiro apelante.

VI. A jurisprudência pacificou-se no sentido de que o réu que permanece encarcerado durante a instrução criminal, como na espécie, não tem o direito de apelar em liberdade, depois de declarada a sua culpabilidade pela sentença condenatória. Precedentes.

VII. A pena de multa imposta, proporcionalmente situada, não pode ser afastada, porque representa uma sanção de caráter penal; sua exclusão, mesmo se demonstrada a condição de pobreza do apelante, violaria o princípio constitucional da legalidade. Precedente: REsp 853604/RS.

VIII. O art. 387, IV, do Código de Processo Penal possibilita ao juiz fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados às vítimas. Contudo, deve se basear em pedido formal para que se apure o montante realmente devido, durante a instrução, bem como oportunizar ao(s) réu(s) a contestação dos valores apresentados e a produção de contraprovas. Isso porque a fixação de qualquer montante pode se mostrar realmente injusta na hipótese concreta. Na espécie, todos os requisitos para a fixação da indenização foram atendidos, pois há pedido expresso formulado

na denúncia (fl. 1-D), há a indicação do prejuízo até então suportado (fl. 238), bem como foi conferida aos réus a oportunidade de se manifestarem sobre o *quantum* apurado pelo Ministério Público, embora não o tenham feito, (fls. 243-253). Obedecido todo o procedimento para a fixação do valor mínimo para a reparação do dano, mantenho a condenação imposta na sentença.

IX. Defiro o pedido de justiça gratuita, porquanto, a teor do art. 4º da Lei 1.060/1950, para se obter o benefício da assistência judiciária gratuita, basta a simples afirmação da parte de que não poderá arcar com as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Entretanto, saliento que a concessão do benefício não impede a condenação do réu ao pagamento das custas processuais (art. 804 do CPP). Nesta hipótese, o seu pagamento ficará sobrestado enquanto perdurar o estado de pobreza do condenado, até o prazo máximo de 5 (cinco) anos, após o qual a obrigação estará prescrita, cabendo ao juízo da execução verificar a real situação financeira da acusada. Inteligência do art. 12 da Lei 1.060/1950.

X. Apelações do Ministério Público Federal e de Arnor Flores dos Reis desprovidas.

XI. Apelação de Enoaldo Vilela Marques parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento às apelações do Ministério Público Federal e de Arnor Flores dos Reis; e dar parcial provimento ao recurso de Enoaldo Vilela Marques, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 22/09/2015.

Juiz Federal *Pablo Zuniga Dourado*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos: — O Ministério Público Federal, Arnor Flores dos Reis e Enoaldo Vilela Marques apelam (fls. 312-321, 355-362 e 368-374, respectivamente) de sentença da 5ª Vara/GO (fls. 289-307), que os condenou pela prática do delito previsto no art. 171, caput, § 3º, do Código Penal.

Arnor Flores dos Reis foi condenado a 2 anos e 8 meses de reclusão e 112 dias-multa, à razão de 1/30 do SM vigente à época do fato.

Enoaldo Vilela Marques foi condenado a 6 anos e 8 meses de reclusão e 480 dias-multa, à base de 1/30 do SM vigente à época do fato.

De acordo com a denúncia, no dia 15/12/2010, Arnor Flores dos Reis, instruído por Enoaldo Vilela Marques, valendo-se de carteira de identidade falsa e de fatura de cartão de crédito comprobatória de endereço falso, dirigiu-se ao estabelecimento da CEF, agência 2274, situada na avenida T-9, em Goiânia, passou-se por Hélio Perez Estruc e, em nome deste, abriu a conta poupança 11.978-2. Em 22/12/2010, em nome do mesmo correntista, solicitou o levantamento de precatório no valor de R\$ 507.665,00 e transferiu o numerário para a conta poupança aberta no dia 15/12. Ato contínuo, Arnor e Enoaldo dirigiram-se até a agência onde haviam aberto a conta poupança em nome de Hélio Perez Estruc e promoveram o saque de R\$ 160.000,00.

O Ministério Público Federal insurge-se contra a absolvição dos réus pela prática do crime de uso de documento falso (art. 304 c/c art. 297, do CP), sob o fundamento de que, na espécie, o falso não se esgotou no estelionato, em face de sua latente potencialidade lesiva.

Arnor Flores dos Reis argui, preliminarmente, a incompetência do juízo. Argumenta que, apesar do delito ter sido cometido no interior da Caixa Econômica Federal, o dinheiro não era público nem tampouco da CEF, e que a real vítima do estelionato foi o senhor Hélio Perez Struc, beneficiário do precatório. Caso não seja acolhida a preliminar, requer a diminuição da pena com o afastamento da avaliação desfavorável das circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade e às consequências do crime. Pugna, ainda, pela redução do valor fixado a título de reparação do dano para R\$ 10.000,00.

Enoaldo Vilela Marques subleva-se contra a pena fixada, por considerá-la exacerbada; contra o regime de cumprimento (fechado), e contra a proibição de recorrer em liberdade. Ao final, roga pela concessão do benefício da justiça gratuita, para exonerá-lo do pagamento dos 480 dias-multa.

Oficiando nos autos, o Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador da República Luiz Wanderley Gazoto, opina pelo desprovimento das apelações (fls. 392-398).

É o relatório. Sigam os autos ao exame do revisor, que pedirá a designação de dia para o julgamento (art. 613, I, CPP).

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado: — O estelionato é o crime patrimonial mediante fraude: ao invés da *clandestinidade*, da *violência física* ou da *ameaça intimidativa*, o agente emprega o *engano* ou se serve deste para que a vítima, inadvertidamente, se deixe espoliar¹.

A materialidade do delito previsto no art. 171, § 3º, CP, restou demonstrada pelas guias de retirada da Caixa Econômica Federal (fl. 15); pela carteira de identidade falsa em nome de Hélio Perez Estruc, com a fotografia do segundo recorrente (fl. 16); pela ficha de abertura de autógrafos — Pessoa Física — individual da CEF, com assinaturas lançadas por Arnor Flores dos Reis em nome de Hélio Perez Estruc (fls. 18-19); pela Declaração de Pessoa Politicamente Exposta em nome de Hélio Perez Estruc (fl. 21); pelo comprovante de retenção de imposto de renda de depósitos judiciais (fl. 23); pela cópia da carteira de identidade e da ficha de abertura e autógrafos — Pessoa Física — conjunta, do real beneficiário Hélio Perez Estruc, na cidade de Recife/PE (fls. 42-43); pelo Laudo de Perícia Criminal Federal (Documentoscopia, fls. 74-81); pelo Laudo de Perícia Papiloscópica 01/2011 (fls. 131-135); pelo Ofício 46/2011, de 24/02/2011, da Caixa Econômica Federal e cópia de documentos relativos à conta de Hélio Perez Estruc em Recife/PE (fls. 215-220); e pelo Ofício 248/2011-DIVIC-IITB, de 23/02/2011, da Secretaria de Defesa Social do Estado de Pernambuco e cópia do prontuário civil de Hélio Perez Estruc (fls. 221-222).

A autoria é confessa (fls. 8-11 e mídia digital acostada à fl. 230).

1. *Apelação do Ministério Público Federal*: o estelionato tem como elementos do tipo induzir ou manter alguém em erro, mediante artifício, ardid, ou qualquer outro meio fraudulento, que pode, perfeitamente, ser através de uso de documento falso, pelo que, em face do princípio da consunção, fica afastada a incidência do delito de falso, quando

o fim almejado é a obtenção de vantagem ilícita, que caracterizaria o crime do art. 171, § 3º, do Código Penal.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CRIME ÚNICO. ABSORÇÃO. EXAURIMENTO DO CRIME. RECURSO DESPROVIDO.

1. Recibos falsos apresentados, com o fim exclusivo de justificar os dados inseridos na declaração de ajuste anual, sem mais potencialidade lesiva para além da ordem tributária, configuram crime único contra esta, não havendo que se falar em crimes de falso ou estelionato.

2. Em casos tais, aplica-se o princípio da consunção, tendo em vista que os crimes de falso foram absorvidos pela conduta consistente na suposta prática do crime de sonegação fiscal.

3. Recurso em sentido estrito desprovido. (RSE 0000271-30.2009.4.01.3815/MG, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, 3ª Turma/TRF-1ª Região, unânime, e-DJF1 de 29/02/2012, p.448).

Na hipótese dos autos, não havendo notícia de que a carteira de identificação e o comprovante de residência falsos foram utilizados para o cometimento de outros ilícitos, suas apresentações perante a instituição bancária com o intuito de obter vantagem indevida exaure por completo sua potencialidade lesiva. Não merece prosperar, pois, a alegação de que não se aplica o princípio da consunção ao caso em comento. (Súmula 17/STJ²; ACR 0026810-35.2010.4.01.3900/PA, rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, 3ª Turma/TRF 1ª Região, unânime, e-DJF1 de 09/01/2015, p. 666).

2. *Apelação de Arnor Flores dos Reis*:

2.1. *Preliminar de incompetência da Justiça Federal*: a jurisprudência³ firmou-se no sentido de que a posse prévia de dinheiro subtraído da conta do particular a cargo da empresa pública atinge diretamente bens e interesses de ente federal, o que atrai a competência da Justiça Federal para o julgamento da causa. Considerando que a conduta do réu, ora apelante, foi direcionada a levantar fraudulentamente precatório, espécie de requisição de pagamento judicial gerida pela Caixa Econômica Federal, empresa pública federal, e que parte

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada).

¹ Cf. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. VII, Forense, 1980, p. 164.

² Quando o crime de falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

³ CC 106618/SP, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, STJ, Terceira Seção, DJe 18/11/2009.

considerável dos valores levantados ainda não foi recuperada (fl. 144), a competência para o julgamento do processo é da Justiça Federal.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. FGTS. SAQUE. ALVARÁ JUDICIAL. AÇÃO TRABALHISTA. ADVOGADO. PROCURAÇÃO. FRAUDE. CEF. ESTELIONATO QUALIFICADO. CP. ART. 171, § 3º. CARACTERIZAÇÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. CONFIGURAÇÃO. JUSTIÇA ESTADUAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

1. Alvará judicial determinando o pagamento de contas vinculadas ao FGTS, obtido em ação trabalhista onde há indício de ardil, encontra-se contaminado pelo vício da fraude.

2. As contas em tela estavam sob gerência da Caixa Econômica Federal, que foi induzida em erro.

3. Trata-se, em tese, do crime de estelionato qualificado, previsto no art. 171, § 3º, do CP.

4. Se o ardil teve como fim último fraudar o FGTS, Fundo sob gerência da CEF, empresa pública federal, resta afastada a competência da Justiça Estadual: a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Federal. Precedentes. 5. Recurso provido.

(RSE 0000449-50.2002.4.01.4000/PI, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma/TRF-1ª Região, unânime, e-DJF1 de 30/04/2010, p.98).

2.2. *Mérito*: requer a diminuição da pena com o afastamento da avaliação desfavorável das circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade e às consequências do crime. Pugna, ainda, pela redução do valor fixado a título de reparação do dano para R\$10.000,00.

Ao condená-lo a sentença o fez nos seguintes termos:

[...]

A *Culpabilidade*, entendida como a reprovação exacerbada do tipo, mostra-se elevada, porquanto o acusado se dedicou de forma premeditada à obtenção da vantagem ilícita, o que revela dolo de particular intensidade.

Não registra maus antecedentes, assim consideradas as condenações pretéritas transitadas em julgado que não gerem reincidência.

Conduta social e personalidade sem desajustes (fls. 257/258).

O crime foi praticado por *cupidez*.

As circunstâncias são favoráveis, tendo em vista a baixa escolaridade do réu (fl. 229).

As *consequências* do crime são graves, porquanto parte considerável dos valores levantados ainda não foi recuperada (fl. 144).

A vítima não concorreu para a prática do delito.

Diante de tais circunstâncias, na maior parte favoráveis ao acusado, fixo as penas-base em 2 (*dois*) anos de reclusão e 84 (*oitenta e quatro dias*-multa).

Considerando o concurso entre a atenuante do art. 65, III, "d", CP e a agravante do art. 62, IV, CP, equivalentes entre si, mantenho as penas no patamar anteriormente fixado.

Considerando que o crime foi cometido em detrimento de bens e serviços da Caixa Econômica Federal, na condição de depositária de recursos públicos (STF, RE 116.645/MG; STJ, REsp 28581/AM e REsp 177.407/PR), com fulcro no § 3º, do art. 171, do CP, elevo as penas em um terço, fixando-as em 02 (*dois*) anos e 08 (*oito*) meses de reclusão e 112 (*cento e doze*) dias-multa, as quais torno definitivas na ausência de quaisquer outras circunstâncias, legais ou judiciais, a serem consideradas.

O dia-multa, considerando a situação financeira do réu (art. 60, § 1º, CP), terá o valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, segundo o valor vigente à época dos fatos, incidindo a partir daí a correção monetária (art. 49, § 1º, CP). (Destques do original).

[...]

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, prescritas após parecer da equipe multidisciplinar do Gabinete Integrado de Execução de Penas e Medidas Alternativas da SJGO (fl. 305).

Datando a sentença de 11/05/2011, as penas restritivas de direitos a essa altura já foram cumpridas, não mais tendo oportunidade de examinar eventual diminuição pelo afastamento da avaliação desfavorável das circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade e às consequências do crime.

Tanto o ora apelante quanto Enoaldo Vilela Marques foram condenados à reparação do dano no valor de R\$ 74.851,82, correspondente à diferença entre o valor do precatório (R\$ 507.665,01), o valor bloqueado (R\$ 429.682,19) e o recuperado (R\$ 3.131,00).

O art. 387, IV, do Código de Processo Penal possibilita ao juiz fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados às vítimas. Contudo, deve se basear em pedido formal para que se apure o montante realmente devido, durante a instrução, bem como oportunizar ao(s) réu(s) a contestação dos valores apresentados e a produção de contraprovas. Isso porque a fixação de qualquer montante pode se mostrar realmente injusta na hipótese concreta.

Na espécie, todos os requisitos para a fixação da indenização foram atendidos, pois há pedido expresso

formulado na denúncia (fl. 1-D), há a indicação do prejuízo até então suportado (fl. 238), bem como foi conferida aos réus a oportunidade de se manifestarem sobre o *quantum* apurado pelo Ministério Público, embora não o tenham feito, (fls. 243-253). Obedecido todo o procedimento para a fixação do valor mínimo para a reparação do dano, mantenho a condenação imposta na sentença.

3. *Apelação de Enoaldo Vilela Marques*: insurge-se contra a pena fixada, por considerá-la exacerbada; contra o regime de cumprimento, e contra a proibição de recorrer em liberdade. Ao final, roga pela concessão do benefício da justiça gratuita, para exonerá-lo do pagamento dos 480 dias-multa.

Na primeira fase da dosimetria, à exceção dos antecedentes, a sentença lhe considerou desfavoráveis todas as demais circunstâncias judiciais, e fixou a pena-base em 5 anos de reclusão e 360 dias-multa. Na segunda fase, a atenuante da confissão espontânea (art. 65, I, d, CP) e a agravante de promover/organizar/dirigir a atividade criminosa (art. 62, I, CP) se compensaram. Na terceira fase, a sanção foi elevada em 1/3, por força da causa especial de aumento de pena prevista no art. 171, § 3º, CP, restando definitivamente fixada em 06 anos e 08 meses de reclusão, em regime fechado, e 480 dias-multa, à razão de 1/30 do SM vigente à época do fato.

A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena.

Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrarias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. A apreciação das circunstâncias do art. 59 do Código Penal deve ser regida pelo prudente arbítrio do julgador, atento às peculiaridades subjetivas e objetivas do caso. (RHC 112706, Relator: Min. Rosa Weber, 1ª Turma/STF, julgado em 18/12/2012, Processo Eletrônico, DJe-044, Divulg 06/03/2013, Public. 07/03/2013).

Não existe lei que obrigue o juiz a aplicar *quantum* específico para reduzir ou agravar a pena. O juiz é livre para formar sua convicção devendo, somente, ao exarar sua decisão fazê-lo de forma fundamentada, como na hipótese dos presentes autos.

O regime inicial de cumprimento de pena (fechado) foi fixado com base no art. 33, § 3º, do C.P,

que permite a aplicação de regime mais grave do que o previsto para a pena cominada, se justificado, como na hipótese dos presentes autos, em que, à exceção de uma, todas as demais circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao réu, ora apelante.

A jurisprudência pacificou-se no sentido de que o réu que permanece encarcerado durante a instrução criminal, como na espécie, não tem o direito de apelar em liberdade, depois de declarada a sua culpabilidade pela sentença condenatória. (HC 0054434-80.2014.4.01.0000/RO, rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, 3ª Turma/TRF 1ª Região, e-DJF1 de 07/11/2014, p. 394 e HC 0068049-45.2011.4.01.0000/TO, rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, 3ª Turma/TRF 1ª Região, e-DJF1 de 06/07/2012, p.141).

Datando a sentença de 11/05/2011, o réu faz jus à progressão de regime, entretanto, a análise acerca do preenchimento ou não dos requisitos legais objetivos e subjetivos para usufruir do benefício deverá ser feita pelo juízo da execução, não se apresentando juridicamente possível a este Tribunal Regional Federal se manifestar sobre tal questão, sob pena de supressão de instância.

A pena de multa imposta, proporcionalmente situada, não pode ser afastada, porque representa uma sanção de caráter penal; sua exclusão, mesmo se demonstrada a condição de pobreza do apelante, violaria o princípio constitucional da legalidade. Precedente: REsp 853604/RS.

Defiro o pedido de justiça gratuita, porquanto, a teor do art. 4º da Lei 1.060/1950, para se obter o benefício da assistência judiciária gratuita basta a simples afirmação da parte de que não poderá arcar com as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Entretanto, saliento que a concessão do benefício não impede a condenação do réu ao pagamento das custas processuais (art. 804 do CPP). Nesta hipótese, o seu pagamento ficará sobrestado enquanto perdurar o estado de pobreza do condenado, até o prazo máximo de 5 (cinco) anos, após o qual a obrigação estará prescrita, cabendo ao juízo da execução verificar a real situação financeira da acusada. Inteligência do art. 12 da Lei 1.060/1950.

4. *Conclusão*: por todo o exposto, nego provimento às apelações do Ministério Público Federal e de Arnor Flores dos Reis; e dou parcial provimento ao recurso de Enoaldo Vilela Marques, apenas para conceder-lhe o benefício da justiça gratuita.

É o voto.

Voto de Revisão

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Recebidos os autos para revisão, passo à análise da matéria, sem nada a acrescentar ao relatório de fls. 404-405, v. 2.

Adoto, para decidir, os fundamentos do opinativo ministerial, da lavra do Procurador Regional da República dr. Luís Wanderley Gazoto, destacando:

apelo da Procuradoria da República

Os Acusados assumiram que falsificaram a carteira de identidade em nome de Hélio Perez Estruc e comprovantes de pagamento da fatura de cartão de crédito, para proceder ao levantamento dos valores do precatório.

Assim, é certo que o falso serviu de meio necessário à consumação do crime de estelionato, tendo exaurido seu conteúdo neste último, portanto, in casu, o crime de falso não é autônomo.

Apelo de Arnor Flores dos Reis

Competência da Justiça Federal

A tese defendida pela Defesa do Réu de que o estelionato, perpetrado no interior da Caixa Econômica Federal contra particular, afastaria a competência da Justiça Federal não tem qualquer procedência.

O crime, contrariamente ao que professa a Defesa, atingiu o patrimônio da Caixa Econômica Federal e não do correntista Hélio Perez Estruc. Não só maculou a imagem e a credibilidade da instituição bancária na prestação de seus serviços, principalmente quanto aos critérios de levantamento de precatórios, portanto, feriu interesse da União.

prejuízo sofrido pela vítima

Na hipótese destes autos, não há que se falar em prejuízo do particular, como insiste a Defesa. E se existisse seria momentâneo, porque, como administradora dos valores, a Caixa Econômica Federal teria que ressarcir o terceiro prejudicado, suportado o prejuízo.

Da mesma forma, o bloqueio dos valores não afastou o prejuízo da Caixa Econômica Federal, basta ver que R\$ 74.851,82 não foram recuperados pela instituição.

da pena-base

Reclama o apelante quanto aos critérios de aferição da pena-base dizendo que o magistrado confundiu *culpabilidade*, com elementos do dolo e as *consequências do crime*, aferida como gravosa, ínfima diante do patrimônio da Caixa Econômica Federal.

Sobre a culpabilidade o magistrado aferiu a conduta do Réu ao premeditar a obtenção da vantagem ilícita e relativamente às consequências do crime não se pode dizer que ínfimas, posto

que a Caixa Econômica suportou o prejuízo de R\$ 74.851,82, diferença entre o valor do precatório, R\$ 507.665,01 e os valores bloqueados, R\$ 429.682,19. Ademais, as circunstâncias do crime não se encerram somente no prejuízo pecuniário, mas também, na imagem da instituição maculada pelo delito.

Assim, procedeu bem o magistrado, as circunstâncias judiciais foram devidamente analisadas e o quantum atribuído à pena-base, justo e suficiente à reprimenda não comportando qualquer modificação.

do apelo de Enoaldo Vilela Marques

exasperação da pena-base

A fixação da pena-base deve guardar proporcionalidade à quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Acusado. Assim, não há como estabelecer o quantum mínimo da pena ao acusado que quase atingiu à totalidade das circunstâncias judiciais informadas no art. 59 do Código Penal, 6 dentre as 8 previstas.

Assim, a fixação da pena-base em 5 anos de reclusão se revela justa e suficiente à reprovação da conduta delituosa.

aferição das circunstâncias judiciais

Não é verdade que o julgador não considerou os bons antecedentes do Apelante para fixar a pena corporal, posto que da sentença constou que 'não registra maus antecedentes, assim consideradas as condenações pretéritas transitadas em julgado que não gerem reincidência'.

Por outro lado não é preciso que o julgador proceda a um estudo psicológico detalhado para informar se a conduta social do acusado é desajustada ou não, posto que tais elementos podem ser extraídos dos autos.

Sobre as circunstâncias do crime, de fato o magistrado afirmou que o Réu possuía curso superior, mas o fez a partir do Termo de Interrogatório (fl. 228), preenchido de punho pelo Acusado. Se o Réu só possui curso profissionalizante cabia a Defesa provar essa condição, o que não fez.

O magistrado ao aferir a culpabilidade não tratou da questão do dolo, como disse a Defesa, mas da forma premeditada em que o Réu se conduziu para perpetrar o crime.

substituição da pena e revogação da prisão preventiva

Não há como se deferir ao Acusado o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando foi condenado a mais de 4 anos de reclusão, por falta de previsão legal.

Também não é correta a alegação de que faltou fundamentação à segregação cautelar, posto que teve como suporte as diretrizes do art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente pela necessidade de se preservar a ordem social. Por outro lado, há notícia de que o Réu responde a outras ações penais pela prática do mesmo delito

(7062-19.2011.4.01.3500). Portanto, é previsível que solto, volte a delinquir.

Por outro lado, seria um contrassenso o deferimento do pedido de liberdade provisória do Réu que permaneceu preso durante toda a instrução criminal. (fls. 396/399, v. 2).

Com efeito, afastada a preliminar de incompetência da Justiça Federal, bem como íntegras a materialidade e a autoria da infração, impõe-se a manutenção da condenação dos apelantes nas penas do art. 171, *caput* e § 3º, do Código Penal.

Outrossim, a aplicação da dosimetria das penas impostas aos réus ocorreu em patamar proporcional às circunstâncias do delito em tela, com observância dos parâmetros legais, não tendo as defesas logrado demonstrar haja incorrido em desacerto. Foram obedecidos os princípios da suficiência e necessidade,

refletindo o grau de reprovação da conduta dos recorrentes.

Por fim, ressalto que a condenação do apelante Enoaldo Vilela Marques em 480 (quatrocentos e oitenta) dias-multa (fl. 301, v. 2) não pode ser excluída, pois a pena de multa está prevista no art. 171 do CP. Contudo, merece acolhida o protesto do réu no sentido da concessão do benefício da justiça gratuita (fl. 374, v. 2), para permitir-se a suspensão do pagamento das custas, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950.

Diante do exposto, dou provimento parcial à apelação de Enoaldo Vilela Marques, tão somente para permitir a suspensão do pagamento das custas, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950, e nego provimento às apelações de Arnor Flores dos Reis e do Ministério Público Federal.

É o voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0001138-96.2008.4.01.3802

Apelação Cível na Ação Civil Pública 2008.38.02.001138-3/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
Apelantes: Levi Honorato de Oliveira e outros
Advogados: Dr. Paulo Leonardo Vilela Cardoso e outros
Apelado: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Thales Messias Pires Cardoso
Apelada: União Federal
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
Publicação: e-DJF1 de 16/09/2015, p. 447

Ementa

Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública. Área de Preservação Permanente (Rio Grande). Suspensão de atividades agressoras ao meio ambiente. Princípios da reparação integral e do poluidor-pagador. Cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada e demolição de edificações), de não fazer (inibição de qualquer ação antrópica sem o regular licenciamento ambiental). Possibilidade. Irretroatividade do novo Código Florestal por imperativo do princípio da proibição do retrocesso ecológico em defesa do meio ambiente equilibrado. Orientação da Carta Encíclica Social-Ecológica laudato si, do Santo Padre Francisco, na espécie dos autos. Agravo retido.

I. Na espécie dos autos, não prospera a pretensão recursal deduzida no agravo retido, interposto da decisão que indeferiu a produção de prova testemunhal e rejeitou os quesitos apresentados pelos réus, uma vez que as provas requeridas não se mostraram necessárias para o deslinde da causa, não havendo que se falar, assim, em cerceamento de defesa.

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 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), exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, § 1º, IV)” (AC 0002667-39.2006.4.01.3700/MA, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 p.172 de 12/06/2012).

III. Na visão holística da *Carta Encíclica Social-Ecológica Laudato Si*, do Santo Padre Francisco, datada de 24/05/2015, “Toda a intervenção na paisagem urbana ou rural deveria considerar que os diferentes elementos do lugar formam um todo, sentido pelos habitantes como um contexto coerente com a sua riqueza de significados. Assim, os outros deixam de ser estranhos e podemos senti-los como parte de um «nós» que construímos juntos. Pela mesma razão, tanto no meio urbano como no rural, convém preservar alguns espaços onde se evitem intervenções humanas que os alterem constantemente. [...] Neste contexto, sempre se deve recordar que «a proteção ambiental não pode ser assegurada somente com base no cálculo financeiro de custos e benefícios. O ambiente é um dos bens que os mecanismos de mercado não estão aptos a defender ou a promover adequadamente». Mais uma vez repito que convém evitar uma concepção mágica do mercado, que tende a pensar que os problemas se resolvem apenas com o crescimento dos lucros das empresas ou dos indivíduos. Será realista esperar que quem está obcecado com a maximização dos lucros se detenha a considerar os efeitos ambientais que deixará às próximas gerações? Dentro do esquema do ganho não há lugar para pensar nos ritmos da natureza, nos seus tempos de degradação e regeneração, e na complexidade dos ecossistemas que podem ser gravemente alterados pela intervenção humana”.

IV. Na inteligência jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça, o princípio da proibição do retrocesso ecológico, em defesa do meio ambiente equilibrado autoriza o entendimento de que “o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da ‘incumbência’ do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I).” (AgRg no AREsp 327.687/SP, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013).

V. Na hipótese dos autos, as edificações descritas nos autos foram erguidas, sem o prévio, regular e competente licenciamento ambiental e rigorosa observância dos marcos regulatórios da legislação ambiental, aplicável na espécie, no interior de Área de Preservação Permanente (APP Rio Grande), assim definida na legislação e atos normativos de regência, a caracterizar a ocorrência de dano ambiental, impondo-se, assim, além da sua demolição, a adoção de medidas restauradoras da área degradada, bem assim, a inibição da prática de ações antrópicas outras,

desprovidas de regular autorização do órgão ambiental competente, apurando-se o *quantum* indenizatório do dano material ao meio ambiente agredido através de competente prova pericial, na fase de liquidação do julgado, por arbitramento (CPC, arts. 475-C e 475-D).

VI. Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da *reparação in integrum*, admite-se a condenação simultânea e cumulativa, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Assim, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/1985, a conjunção *ou* opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ. “A recusa de aplicação, ou aplicação truncada, pelo juiz, dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa, daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável “risco ou custo normal do negócio”. Saem debilitados, assim, o caráter dissuasório, a força pedagógica e o objetivo profilático da responsabilidade civil ambiental (= prevenção geral e especial), verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do degradador premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério” (REsp 1145083/MG, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011, DJe 04/09/2012).

VII. Agravo retido e apelação desprovidos. Sentença confirmada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento ao agravo retido e à apelação.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 09/09/2015.

Desembargador Federal Souza Prudente, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pelo douto Juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberaba/MG, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, figurando a União Federal como assistente litisconsorcial, contra Levi Honorato de Oliveira e outros, em que se busca a concessão de tutela jurisdicional, visando a proteção ambiental de Área de Preservação Permanente, localizada no entorno da Usina Hidrelétrica de Volta Grande, no Município de Água Comprida, em virtude do loteamento Recanto dos Colibris, sem a observação da salvaguarda da Área de Preservação Permanente. O autor requereu (fls. 33-36):

- 1) desocupação e recuperação da área de preservação permanente em referência, adotando-se as medidas necessárias a serem indicadas por técnico habilitado do órgão ambiental competente;
- 2) demolição de qualquer edificação ali existente;
- 3) apresentação, ao órgão ambiental competente, de projeto de adequação ambiental, iniciando-o em até 60 dias;
- 4) abstenção de realização de novas construções ou qualquer outra ação antrópica na aludida área;

5) adoção de medidas compensatórias e mitigatórias correspondentes aos danos ambientais que a perícia indicar como irrecuperáveis;

6) pagamento de indenização, correspondente aos danos ambientais causados pela ocupação irregular da APP até o início do projeto de adequação ambiental e de indenização correspondente aos danos ambientais que, no curso do processo, mostrarem-se técnica e absolutamente irrecuperáveis na referida área.

A controvérsia instaurada nestes autos restou resumida pelo juízo *a quo*, com estas letras:

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou Ação Civil Pública em desfavor de LEVI HONORATO DE OLIVEIRA, JOSÉ MARIA DE CARVALHO e JOSÉ MARIA LOPES, devidamente qualificados nos autos, em virtude de suposta prática de atos lesivos ao meio ambiente.

Assevera o MPF que os réus promoveram construções em área de preservação permanente, ensejando degradação ambiental.

Diante dos constatados danos ambientais, o autor pugna pela condenação dos requeridos: a) na obrigação de fazer, consistente na recuperação da área de preservação permanente efetivamente danificada e ocupada pelos réus, mediante a adoção de práticas de adequação ambiental e técnicas a serem indicadas por técnico legalmente habilitado para tanto, observada a biodiversidade local, com acompanhamento e tratamentos culturais pro prazo que garantam a efetiva recuperação da área, mediante as seguintes ações: a.1) desocupar a área de

preservação permanente, promovendo a demolição de qualquer edificação/benfeitoria existente nesta, com retirada do entulho resultante, que deverá ser depositado em local indicado pelo órgão ambiental competente; a.2) entregar ao IBAMA ou ao órgão ambiental estadual por ele indicado, no prazo de sessenta (60) dias, contado da data da intimação da decisão definitiva, projeto de adequação ambiental, que deverá ser avaliado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, elaborado por técnico devidamente habilitado, incluindo cronograma de obras e serviços, com recolhimento referente à Anotação de Responsabilidade Técnica (ART); a.3) iniciar a implantação do projeto de adequação ambiental da área degradada, em prazo a ser definido no projeto, não podendo este ser superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da aprovação do projeto pelo órgão ambiental competente, devendo obedecer a todas as exigências e recomendações feitas pelo referido órgão; b) confirmando a liminar, à obrigação de não fazer consistente em se abster de realizar novas ocupações, edificações, corte, exploração ou supressão de qualquer tipo de vegetação ou de realizar qualquer outra ação antrópica na área de preservação permanente objeto da presente ação civil pública que se encontra em sua posse direta, e/ou de nela promover ou permitir que se promovam atividade danosas, ainda que parcialmente; c) ao pagamento de indenização quantificada em perícia ou por arbitramento deste Juízo Federal, correspondente aos danos ambientais causados pela ocupação irregular da área de preservação permanente até o início da execução do projeto de adequação ambiental. A ser recolhida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (CPC, art. 286, II); d) ao pagamento de indenização quantificada em perícia ou por arbitramento deste Juízo Federal, correspondente aos danos ambientais que, no curso do processo, se mostrarem técnica e absolutamente irreparáveis nas áreas de preservação permanente, irregularmente ocupada pelos réus, corrigida monetariamente, a ser recolhida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (CPC, art. 286, II); e) à obrigação de fazer consistente na adoção de medidas compensatórias e mitigatórias a serem indicadas em perícia, correspondentes aos danos ambientais que, no curso do processo, mostrarem-se técnica e absolutamente irrecuperáveis nas áreas de preservação permanente, irregularmente ocupadas pelos réus; f) subsidiariamente, caso reste configurada a impossibilidade ou extrema onerosidade da medida pleiteada no item a.1, que sejam os requeridos condenados às seguintes obrigações de fazer: f.1) adoção de medidas compensatórias àquela pleiteada no item a.1 da exordial, a serem definidas em perícia, mediante aquiescência do órgão ambiental competente; e f.2) substituição dos muros ou cercas laterais do imóvel por 'cercas vivas', de modo a permitir o trânsito de animais de maior porte ao longo da área de preservação permanente.

Requer, ainda, a cominação de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais), para cada dia de atraso no cumprimento da sentença, devidamente corrigida até a data do pagamento, que deverá ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, sem prejuízo da intervenção judicial na propriedade, para permitir a execução específica por interventor nomeado.

A inicial veio instruída com o procedimento administrativo nº 1.22.002.000464/2004-15 (fls. 37/81).

Por meio da decisão de fls. 83/86, o Juízo da 1ª Vara Federal desta Subseção Judiciária, para o qual a ação foi distribuída, concedeu liminar, determinando que a parte ré se abster de proceder a novas intervenções construtivas no imóvel objeto da ação, e de lançar quaisquer resíduos no Rio Grande. Determinou-se, outrossim, a intimação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, a fim de que fosse lavrado laudo de vistoria do imóvel objeto da ação.

Os réus, regularmente citados (fls. 88-v, 142-v e 148), apresentaram defesa, às fls. 99/112, acompanhada dos documentos de fls. 133/137, ocasião em que alegaram, em síntese: a) são proprietários dos imóveis descritos na exordial, os quais foram adquiridos por meio de escrituras públicas lavradas em novembro de 1998; b) os bens imóveis integram o loteamento 'Recanto dos Colibris', situado na área da represa formada pelo lago da hidrelétrica de Volta Grande; c) referido loteamento foi autorizado pela Prefeitura Municipal de Água Comprida-MG, sendo considerado área urbana daquele município desde 19/11/2004; d) a construção da Usina Hidrelétrica acarretou o desaparecimento da mata ciliar então existente na área; e) as edificações realizadas pelos requeridos não causaram impacto significativo ao meio ambiente, pois não ensejaram movimentação de terras e não alteraram as características primitivas do local, bem como não trouxeram risco de deterioração da qualidade ambiental; f) possuem direito adquirido, já que adquiriram a propriedade dos imóveis em período anterior à regulamentação legal da área de preservação permanente em áreas de inundação artificial, cuja, metragem foi firmada em 2002, não podendo ser atribuído efeito retroativo a tais normas; g) deve ser aplicado, in casu, o Decreto Estadual nº 43.710/2004, que regulamenta a Lei Estadual nº 14.309/2002, que define como área de preservação permanente aquela situada ao redor do reservatório artificial de água, desde o seu nível mais alto, medindo horizontalmente, em faixa marginal cuja largura mínima seja de 30 (trinta) metros; h) a área de propriedade do corréu José Maria de Carvalho encontra-se dentro dos limites legais; i) estão os requeridos dispostos a formalizar Termo de Ajustamento de Conduta com o autor; j) por fim, pleitearam o julgamento de improcedência dos pedidos iniciais.

À fl. 145, a União requereu seu ingresso no feito, na qualidade de assistente litisconsorcial ativo, ao passo que o IBAMA informou, às fls. 152/153, a ausência de interesse em integrar a lide.

O MPF impugnou a contestação e manifestou-se sobre a petição da União às fls. 157/159, ao tempo em que formulou propostas de celebração de Termos de Ajustamento de Conduta a cada réu (fls. 161/163, 165/167 e 169/171).

Por meio da decisão de fl. 172, foi deferida a inclusão da União no polo ativo da demanda, na condição de assistente litisconsorcial.

Às fls. 179/190, foram acostados os Laudos Técnicos elaborados pelo IBAMA, dos quais as partes tiveram vista.

Após discussão acerca dos termos da proposta de transação elaborada pelo autor, a qual restou infrutífera (fls. 193/222), foi determinada, à fl. 223, a especificação de provas.

Embargos de declaração opostos pelo MPF às fls. 225/242, os quais foram rejeitados à fl. 243, oportunidade em que o ônus probatório foi imputado aos requeridos.

A parte ré pleiteou a produção de provas pericial, documental e testemunhal (fls. 248/253), enquanto a União se manifestou pela suficiência do conjunto probatório consta dos autos (fls. 245/246); o MPF nada requereu.

Às fls. 254/256, deferiu-se unicamente a produção de prova pericial e, ato contínuo, procedeu-se à nomeação do perito, à formulação dos quesitos do Juízo e à fixação da verba honorária, no patamar de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), às expensas dos réus, que requereram o parcelamento do valor em quatro prestações mensais (fl. 258) e interpuseram agravo retido às fls. 260/264.

A decisão de fl. 265 indeferiu o pedido de parcelamento dos honorários periciais na forma como requerida pelos réus, tendo facultado, no entanto, o pagamento da verba honorária em duas parcelas.

Contrarrazões do MPF ao agravo retido acostadas às fls. 270/277, às quais aderiu a União (fl. 280).

À fl. 281, manteve-se a decisão agravada e concedeu-se nova oportunidade aos réus para parcelamento do valor dos honorários, advertindo-se que a ausência de depósito do quantum arbitrado ensejaria o julgamento do feito no estado em que se encontra.

Embora devidamente intimados (fl. 282), os réus permaneceram-se inertes.

O juízo monocrático julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, confirmando a medida liminar concedida, para condenar:

Os réus LEVI HONORATO DE OLIVEIRA, JOSÉ MARIA DE CARVALHO e JOSÉ MARIA LOPES, na

obrigação de fazer, no sentido de demolir todas as obras e construções que se encontram na área de preservação permanente – art. 3º, I, da Resolução 302/2002 do CONAMA (100 metros) -, conforme verificado nos laudos técnicos do IBAMA (todas as edificações implantadas) e a remover todos os entulhos decorrentes da demolição, bem como a reconstituir e recuperar as condições originais da mesma área. Fixo prazo de 90 dias – contados do trânsito em julgado da presente sentença – para conclusão dos trabalhos de demolição e limpeza de área e para apresentação de Plano de Recuperação de Área Degradada a ser aprovado pelo IBAMA, que deverá ser elaborado por técnico devidamente habilitado, incluindo cronograma de obras e serviços, com recolhimento referente à Anotação de Responsabilidade Técnica (ART). Fixo multa diária de R\$ 1.000,00 para o caso de descumprimento da ordem, quantia ETA a ser revertida para o fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.437/85.

Os réus a iniciar a implantação do projeto de adequação ambiental da área degradada, em prazo a ser definido no projeto, não podendo este ser superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da aprovação do projeto pelo órgão ambiental competente, devendo obedecer a todas as exigências e recomendações feitas pelo referido órgão;

Cada réu, isoladamente, na obrigação de pagar indenização no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em razão dos danos materiais decorrentes da conduta ora em análise, pela ocupação irregular ambiental, quantia esta a ser revertida para o fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.437/85.

O autor foi autorizado, ainda, a promover a demolição e recuperação da área por conta própria, se a parte-ré não o fizer no prazo supra, sendo que para tanto deverá apresentar o projeto e orçamento a ser aprovado pelo juízo.

Os requeridos opuseram embargos de declaração (fls. 307-311), aos quais se deu parcial provimento

[...] apenas para, aclarando a obscuridade constatada, acrescer à sentença de fls. 285/303 a fundamentação ora expendida, no que se refere à Lei Municipal nº 529/2004, do Município de Água Comprida-MG [...],

mantendo-se, no mais, a sentença anteriormente proferida (fls. 313-318).

Nas razões de apelação (fls. 324-335), os réus requerem, preliminarmente, o conhecimento do agravo retido nos autos. No mérito, sustentam, em resumo, que o imóvel litigioso se encontra em área urbana, além de que

[...] estabelece o Decreto 43.710/2004 que regulamenta a Lei 14.309/2002, delimitando sobre a política florestal e de proteção à biodiversidade no Estado de Minas Gerais, considerando área de

preservação permanente, no que tange a Lagos artificiais (como no caso da presa em questão), a distância de 30 metros.

Defendem a observância da legislação municipal a respeito do tema. Alegam a violação de diversos princípios constitucionais. Afirmam que possuem direito adquirido em relação ao imóvel contencioso. Pedem, assim, pelo provimento do recurso com a improcedência do pedido inicial.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este egrégio Tribunal, manifestando-se a douta Procuradoria Regional da República pelo desprovimento do recurso interposto.

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Inicialmente, não prospera a pretensão recursal deduzida no agravo retido de fls. 260-264, interposto da decisão que indeferiu a produção de prova testemunhal e rejeitou os quesitos apresentados pelos requeridos, uma vez que as provas requeridas não se mostraram necessárias para o deslinde da causa, não havendo que se falar, assim, em cerceamento de defesa.

Com efeito, nego provimento ao agravo retido.

No mérito, o juízo monocrático examinou, e decidiu, a controvérsia instaurada nestes autos, com estas letras:

[...]

11 - FUNDAMENTAÇÃO

Cumprido destacar, inicialmente, que a produção de perícia técnica restou prejudicada ante a inércia dos réus, que não se desincumbiram do ônus que lhes pertence.

1. Da ocorrência de danos ambientais

Argumentam os réus que, por se tratar de área inundada para instalação da Usina Hidrelétrica de Volta Grande, nos locais por eles ocupados não havia mata ciliar, o que afastaria o dano ambiental.

Sustentam, outrossim, que as edificações por eles promovidas não causaram impacto significativo ao meio ambiente, pois não ensejaram movimentação de terras e não alteraram as características primitivas do local, bem como não

trouxeram risco de deterioração da qualidade ambiental.

A documentação constante dos autos, contudo, é apta a comprovar a ocorrência dos danos ambientais em área de preservação permanente, conforme narrado pelo Ministério Público Federal na peça de ingresso.

Com efeito, os Laudos Técnicos elaborados pelo IBAMA apontaram,

Trata-se de uma área localizada no Condomínio «Recanto dos Colibris», às margens do Reservatório da UHE-Volta Grande, no município de Água Comprida/ MG [...].

Que a área em referência, encontra-se situada às margens do Rio Grande, na faixa considerada Área de preservação Permanente (APP), conforme disposto em legislação pertinente - Resolução do CONAMA nº 302 e 303/02 [...] E quanto ao lançamento de efluentes provenientes da construção ali encontrada, é feito em sumidouro, utilizando-se de fossas secas. [...] (lfs. 179, 183 e 187)

(destaquei)

Colhe-se dos laudos técnicos, ainda, que as construções levadas a efeitos pelos réus em área de preservação permanente suprimiram a vegetação nativa (lfs. 180, 184 e 188) e, especificamente em relação a cada requerido, asseverou-se que as edificações promovidas por José Maria Lopes («dois ranchos em alvenaria») encontram-se a 44 e 58,5 metros da margem do Rio Grande; as construções efetuadas por Levi Honorato de Oliveira («um rancho em alvenaria») estão a uma distância de 22,4 metros da margem do rio; e, por fim, as obras promovidas por José Maria de Carvalho («um rancho em alvenaria») localizam-se a 49,5 metros da margem do rio (folhas citadas).

Saliente-se que os laudos constantes dos autos foram instruídos com fotografias, a demonstrar a existência das edificações descritas na área de preservação permanente (lfs. 181/182, 185/186 e 189/190).

De igual forma, os Laudos de Constatação elaborados pela autarquia ambiental e os Boletins de Ocorrência que instruíram o procedimento administrativo cível presidido pelo Parquet Federal - os quais instruíram a petição inicial e se fizeram acompanhar de fotografias (lfs.64/81) - comprovam que, nas imediações dos imóveis ocupados pelos réus, existem, sim, espécies nativas, não havendo dúvidas de que antes da intervenção por eles efetuada, existia mata ciliar na área em questão.

E os réus, além de não terem refutado o teor dos laudos, não

produziram prova em sentido contrário, embora tal oportunidade lhes tenha sido concedida.

Diante das provas coligidas ao feito, restou, assim, plenamente

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado (convocado).

configurada a ocorrência de danos ambientais, decorrentes da construção em área de preservação permanente, com supressão de vegetação nativa.

2. Da validade da Resolução do CONAMA para fixação de APP

Aduzem os requeridos que não se pode aplicar a Resolução CONAMA 302/2002 aos imóveis já existentes e regularizados perante o Poder Público Municipal e respectivo Cartório de Registro de Imóveis, antes de sua vigência, devendo incidir, in casu, o Decreto Estadual nº 43.710/2004, que regulamenta a Lei Estadual nº 14.309/2002 (normas editadas pelo Estado de Minas Gerais).

Inicialmente, ressalto que não assiste razão aos réus, no tocante à alegação de que seus imóveis se inserem na categoria de urbano.

Ora, os requeridos não apresentaram qualquer prova de loteamento urbano no local, tampouco trouxeram aos autos cópia da respectiva lei municipal que definiria a área em questão como zona urbana, nos termos do art. 32, § 1º do CTN. De sua vez, a documentação oriunda do Cartório de Registro de Imóveis aponta a área como sendo de natureza rural (fls. 122/124).

LEANDRO PAULSEN esclarece que:

«Certo, portanto, de que o fato gerador do [PTU é a propriedade predial e territorial urbana, conclui-se ser de importância vital para o município a delimitação de seu perímetro urbano, a fim de que também se evitem conflitos com a União, dado que a zona rural é objeto de competência tributária da mesma (CF, art. 153, VI).

Destarte, a delimitação da zona urbana ou perímetro urbano, como alguns preferem, há de ser realizada por lei municipal. Esta, por sua vez, deverá estar submissa às condições consignadas no CTN no seu art. 32, §§ 1º e 2º.» (Selma Pereira de Santana, Delimitação de zona urbana e IPTU, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas nº 18, RT, 1997, p. 123/124).

Assim, nem mesmo eventual comprovação de pagamento de IPTU seria suficiente para caracterizar o imóvel na categoria de urbano - o que sequer ocorreu no caso em testilha, frise-se.

A empresa pública concessionária da prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica também atestou, por meio de documento trazido aos autos pelos próprios réus, que os imóveis estão localizados em área rural (declaração acostada à 11.130).

Não restam dúvidas, portanto, de que se trata de área rural, e assim deve ser considerada para efeito de extensão da área de preservação permanente.

Insta consignar, portanto, a legislação regulamentadora da matéria, no que concerne à definição dos parâmetros que estabelecem os limites da área objeto de especial proteção ambiental.

Registro, no ponto, que não assiste razão aos réus, quanto à incidência da legislação estadual mineira na presente situação (Decreto Estadual nº 43.710/2004 e Lei Estadual nº 14.309/2002).

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, ao adotar o modelo de federalismo cooperativo, estabeleceu a competência concorrente entre União, Estados e Municípios para legislar sobre 'florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição» (art. 24, VI), competindo à União estabelecer as normas gerais sobre tais temas (art. 24, § 1º), ao passo que aos Estados cumpre o exercício da competência suplementar (art. 24, § 2º).

E, em matéria de proteção ambiental,

[...] por se tratar de direito fundamental essencial à preservação das presentes e futuras gerações e em razão da sua natureza difusa, as normas gerais editadas pela União devem disciplinar questões comuns a todos os entes federados, de forma a garantir a unidade normativa nacional e a efetividade da tutela ambiental em todo o país.

No federalismo cooperativo, o interesse geral na preservação do meio ambiente exige que a União estabeleça normas mais completas e detalhadas sobre algumas questões, visando ao tratamento uniforme em toda federação, sem que com isso viole a autonomia dos outros entes federados4 (destaquei)

Nesse diapasão, a definição dos limites territoriais a serem considerados como área de preservação permanente compete à União, por se tratar de normatização de caráter geral, de observância obrigatória pelos demais entes da Federação - a quem é dado, no entanto, editar normas que sejam ainda mais defensivas ao meio ambiente, consideradas as peculiaridades regionais e locais.

E, conquanto houvesse conflito entre a legislação federal e a estadual, é certo que sempre devem prevalecer as normas mais benéficas sob a ótica da preservação ambiental, ante a incidência do princípio in dubio pro natura (ou in dubio pro ambiente). Até porque, no que tange à prerrogativa conferida aos Estados pelo art. 24, § 2º, da CFRB/88, «não se pode suplementar um texto legal para descumprí-lo, ou para deturpar sua intenção, isto é, para desviar-se da mens legis ambiental federal».

Portanto, a legislação aplicável à espécie é aquela proveniente da União, cujo Poder Legislativo expressamente autorizou o CONAMA a editar resoluções voltadas à proteção ambiental e aos recursos naturais, em especial, no que se refere à fixação de parâmetros das áreas de preservação permanente.

Nesse sentido:

«AMBIENTAL. AGRA VO REGIMENTAL. AREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. LAGOA ARTIFICIAL. USINA HIDROELÉTRICA DE MIRANDA.

OBRA NECESSARIA AO USO DA AGUA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DETERMINAÇÃO PARA REMOÇÃO DE EDIFICAÇÕES ERGUIDAS NA AREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. POSSIBILIDADE. 1. A questão do proprietário ribeirinho ter direito à realização de obras para uso da água, contida no art. 80 do Código de Águas, conquanto tenha sido objeto dos embargos de declaração opostos no acórdão, não foi enfrentada pela Corte de origem. Ausente alegação de maltrato ao art. 535 do Estatuto Processual, incide na espécie a súmula 211/ STJ. 2. A Corte Estadual, ao decidir pela remoção das edificações levantadas na área de preservação permanente ao redor do reservatório de água artificial da Represa de Miranda (Usina Hidrelétrica de Miranda), não discrepa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que entende que «A área de 100 metros em tomo dos lagos formados por hidrelétricas, por força de lei, é considerada de preservação permanente» (REsp 194.617/ PR), bem como que «possui o Conama autorização legal para editar resoluções que visem à proteção do meio ambiente e dos recursos naturais, inclusive mediante a fixação de parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente» (REsp 994.881/SC). 3. Agravo regimental não provido» (STJ, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, AGRESP 201000351159, DJE 15.05.2013).

(grifo nosso).

Quanto à incidência dos parâmetros estabelecidos pela Resolução 302/2002 - CONAMA, aos fatos anteriores à sua vigência, impõe-se considerar que a ninguém é permitido invocar o direito adquirido à degradação ambiental.

É que, como corolário das disposições constitucionais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido na categoria de direito fundamental, não podendo, em qualquer hipótese, ser analisado sob o prisma individualista em detrimento do interesse coletivo. Trata-se, na realidade, de direito transindividual.

No presente feito, não se discute o direito de propriedade, mas, sim o direito ao ambiente saudável, como bem essencial à vida, pertencente às presentes e futuras gerações.

E, como direito fundamental, o meio ambiente deve ser protegido por todos, principalmente pelos órgãos públicos, que devem empreender fiscalização perene para evitar a degradação e poluição.

Entendo, portanto, que as regras advindas com a Resolução 302/2002 - CONAMA- são plenamente aplicáveis, até mesmo com relação a fatos ocorridos antes de sua vigência, pois a obrigação de cuidado e reparação dos danos ambientais recai sobre todos, sem distinção, e decorre diretamente das normas constitucionais.

É este o entendimento esposado pelos Tribunais pátrios, senão vejamos:

Processo APELRE 200551080006615 APELRE - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 522348, Relator(a) Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM Sigla do órgão TRF2 Órgão julgador QUINTA TURMA ESPECIALIZADA Fonte E-DJF2R - Data::29/01/2014

Ementa

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÕES CÍVEIS. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. IMPRESCRITIBILIDADE DOS DANOS AMBIENTAIS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. DEMOLIÇÃO DE TODA A EDIFICAÇÃO. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS COLETIVOS. IMPOSSIBILIDADE. 1 - Apelações interpostas com o fito de ver reformada sentença que acolheu parcialmente o pedido do Ministério Público Federal em sede de Ação Civil Pública, condenando o réu ao recuo em dois metros do muro de sua propriedade e à recomposição de área de preservação permanente, caracterizada por vegetação de restinga, sobre a qual avançou, além de indenização pelos danos ambientais causados. 2 - Com efeito, a Resolução CONAMA na 303/2002, ao tratar da vegetação de restinga enquanto área de preservação permanente, estabelece faixa de 300 metros a ser protegida. Em virtude de sua função ecológica, é indiferente a existência, de fato, da vegetação tutelada, para a caracterização da área, decorrendo obrigação de recomposição onde haja devastação. Cogente observar, ainda, que a previsão legal alcança também as zonas urbanas, devendo a legislação local respeitar os limites previstos em lei federal. 2 - É cediço que, face à indisponibilidade do direito ao meio ambiente equilibrado, não corre prescrição contra a pretensão de reparação do ilícito ambiental, visto seu caráter continuado. Assim entende a jurisprudência pátria. Precedentes do STJ: REsp 1247140 / PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgamento em 22.11.2011, DJe 01.12.2011; REsp 1223092/ SC, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, Julgamento em 06.12.2012, DJe 04.02.2013; AgRg no REsp 1150479/ RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Julgamento em 04.10.2011], DJe 14. 10.2011. 3 - No mesmo sentido, não há que se falar em direito adquirido a degradar o meio ambiente, devendo-se garantir sua higidez às futuras gerações. Irrelevante, nesse mister, eventuais alvarás e licenças anteriormente concedidas pelo Poder Público. 4 - A pretensão do Parquet de demolição de toda a edificação esbarra na razoabilidade da medida, vez que a propriedade em questão se presta à atividade econômica regularmente desempenhada pelo particular, fato igualmente tutelado pelo ordenamento pátrio. Assim é que importa estabelecer medidas mitigatórias e compensatórias, sob pena de benefício àquele que degrada, ao arripio da lei. 5 - Revela-se impossível a condenação em danos morais coletivos, tendo em vista sua incompatibilidade com o viés individualista insito ao dano moral. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1305977/ MG, Rel. Min. Ari Pargendler, Primeira

Turma, Julgamento em 09/04/2013, DJe 16/04/2013; REsp B21B91/RS, Rei. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgamento em 08/04/2008, DJe 08/05/2008. 6 - Apelações e remessa necessária desprovidas. Data da Decisão 12/11/2013. Data da Publicação 29/01/2014.» (grifei).

3. Da responsabilidade dos réus pelos danos causados

As questões relativas ao meio ambiente estão disciplinadas no artigo 225 e seguintes da Constituição Federal de 1988, erigidas à categoria de direito coletivo, e isso confere à matéria a natureza de bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo ao poder público e à própria coletividade o dever de protegê-lo e preservá-lo. Além disso, a Constituição impõe condutas preservacionistas a quantos possam direta ou indiretamente gerar danos ao meio ambiente.

A matéria está veiculada no art. 225 da Constituição Federal, que assim estabelece:

Art. 225 - 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.

A efetividade das normas constitucionais encontra-se aparelhada por normas infralegais, como a Lei n.º 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente e a Lei n.º 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Em se tratando da natureza difusa do interesse de preservação ambiental, a responsabilidade é objetiva, conforme se verifica da redação da Lei na 6.938/81, ao dispor em seu art. 14, §1º:

Art. 14 [...]

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é

o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a

indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a

terceiros, afetados por sua atividade.

Do artigo acima mencionado, extrai-se que a responsabilidade para os

causadores de danos ecológicos é a objetiva e integral. A lei também consagra a responsabilidade solidária entre o causador direto e o indireto da atividade que enseja a degradação ambiental (art. 30, IV, da Lei na 6.938/81), revelando-se pertinente a condenação daquele que contribuiu diretamente, bem como daquele que deixou de fiscalizar efetivamente os danos ambientais ocorridos.

É importante destacar que o “princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal», que impõe a intervenção do Poder Público na tutela ambiental,

tem fundamento não apenas na Constituição Federal (art. 225, caput e § 1º) e na Lei nº 6.938/81, mas também na Declaração de Estocolmo/72 (item 7).

Decorre do princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal, em

consonância com os princípios da precaução e da prevenção, que atuam como pilares do sistema protetivo do meio ambiente e compõem a essência do Direito Ambiental, o encargo do Poder Público (natureza compulsória) de adotar todas as medidas necessárias para evitar a degradação ou potencial lesão ao ambiente. É o que se denomina de Poder de Polícia Ambiental.

Insta salientar, ainda, que a responsabilidade estatal, in casu, é de natureza objetiva, prescindindo da discussão acerca da culpa, o que exsurge da conjugação dos seguintes dispositivos legais: art. 37, § 6º e art. 225, § 3º da CF; art. 3º, IV e art. 14, I, § 1º da Lei 6.938/81; e arts. 43 e 927 do Código Civil.

No caso dos autos, o Parquet Federal deixou de incluir, no polo passivo, os entes federativos - União e Município -, de modo que não há como responsabilizá-los pelos danos ambientais ocorridos na área, sob pena de se prolatar sentença extra petita.

Com relação à responsabilização dos proprietários da área, a prova dos autos é uníssona no sentido de que estes contribuíram diretamente para a prática dos danos ambientais, consubstanciados, pelo menos, na edificação irregular em área de preservação ambiental permanente, com supressão da vegetação nativa, consoante apontado nos laudos técnicos de fls.179 /190, e nos Boletins de Ocorrência e Laudos de Constatação de fls. 70/81.

Neste ponto, impende considerar que a Lei nº 12.651, publicada em 25/05/2012, veio trazer nova regra, em seu art. 62, relativa à área de preservação permanente nos entornos de reservatórios artificiais de água destinados à geração de energia ou abastecimento público.

Entretanto, sob os auspícios do princípio da vedação ao retrocesso ecológico, estabelecido pela Carta Magna, tal dispositivo padece do vício da inconstitucionalidade.

É que, segundo o STJ, o princípio da proibição do retrocesso ecológico pressupõe que a salvaguarda do meio ambiente tem caráter irretroativo, e, por motivo, não se pode admitir o recuo para níveis de proteção inferiores aos anteriores consagrados. Este princípio tem a função de estabelecer um piso mínimo de proteção ambiental, para além do qual devem rumar as futuras medidas normativas de tutela, não se permitindo os impulsos revisionistas da legislação in pejus.

Há que se concluir, portanto, que qualquer alteração legislativa que venha a diminuir drasticamente o âmbito de proteção ambiental está em flagrante afronta aos preceitos constitucionais, não podendo subsistir.

Assim, em controle incidental e difuso de constitucionalidade, declaro a inconstitucionalidade do art. 62 da Lei 12.651/2012 por violação aos artigos 1º, inciso III; 3º, I e 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A norma aplicável à espécie, com relação à fixação dos parâmetros e limites da área de preservação permanente no entorno dos reservatórios de hidrelétricas é a estabelecida pela Resolução 302/2002 - CONAMA (art. 3º, I).

Conforme ressaltado no tópico anterior, as edificações promovidas por

José Maria Lopes («dois ranchos em alvenaria») encontram-se a 44 e 58,5 metros da margem do Rio Grande (fl. 180); as construções efetuadas por Levi Honorato de Oliveira («um rancho em alvenaria») estão a uma distância de 22,4 metros da margem do rio (fl. 184); e, por fim, as obras promovidas por José Maria de Carvalho («um rancho em alvenaria») localizam-se a 49,5 metros da margem do rio (fl.188).

Tratando-se de área rural, é certo que as propriedades encontram-se dentro da área de preservação permanente, observado o limite de 100 (cem) metros estabelecido no art. 3º, 1, da Resolução 302/2002 - CONAMA, não subsistindo a alegação de que a área de propriedade do corréu José Maria de Carvalho encontra-se «dentro da margem legal» (fl. 110).

Destarte, considerando a existência de danos ambientais causados pelos réus consistentes na edificação irregular em área de preservação ambiental permanente, com supressão da vegetação nativa -, impõe-se o dever de repará-los, à luz da responsabilidade objetiva, sendo prescindível perquirir acerca do elemento subjetivo, o que, consequentemente, torna irrelevante eventual boa ou má-fé para fins de accertamento da natureza, conteúdo e extensão dos deveres de restauração do status quo ante ecológico e de indenização.

Ademais, tratando-se de responsabilidade objetiva, é certo que, ainda que a atividade do poluidor/ destruidor tenha sido precedida da devida licença do órgão ambiental competente ou realizada dentro dos padrões estabelecidos pelas normas de segurança, se, em razão dessa atividade, ocorrer o dano ao meio ambiente, há o nexo causal, que faz nascer o dever de indenizar.

Por fim, saliente-se que o dever de reparação se aplica a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a exploração da atividade causadora de degradação ambiental, possuindo, portanto, caráter solidário. Aliás, a obrigação de reparação de danos ao patrimônio histórico, cultural e ambiental é propter rem, ou seja, será responsabilizado pelos danos causados na propriedade seu proprietário atual, independentemente de ter sido ele ou não o real causador dos estragos, sem sequer se perquirir

a respeito de culpa, haja vista tratar-se de responsabilidade de natureza objetiva.

4. Dos danos materiais coletivos

O MPF requereu a condenação dos réus no pagamento de indenização por danos materiais coletivos causados ao meio ambiente, até a implantação das medidas de recuperação e pelos danos irrecuperáveis.

Ora, o dano ambiental pode ser compreendido como qualquer lesão aos recursos ambientais que cause degradação e desequilíbrio ecológico.

Assim, não apenas a degradação da natureza deve ser objeto de reparação, mas também a privação do equilíbrio ecológico, do bem-estar e da qualidade de vida imposta à coletividade.

Como o dano em geral, o dano ambiental tanto pode ser de ordem material, quanto moral.

É considerado dano ambiental material ou patrimonial, quando existe a

obrigação de uma reparação a um bem ambiental lesado, que pertence a toda a sociedade, o qual deve ser integralmente recuperado, mediante obrigações de fazer e não fazer. Somente quando este dano for irreversível, quando o ambiente não puder ser recuperado e voltar ao estado anterior ao indigitado evento é que será possível a indenização em dinheiro. Mas, a prioridade da tutela ambiental é retornar o ambiente ao status quo ante.

Por outro lado, o dano ambiental moral é todo dano que não tenha um prejuízo econômico, causado à coletividade em razão de lesão ao meio ambiente, causando a privação do equilíbrio ecológico, prejudicando o bem-estar e a qualidade de vida inerente a todos os membros da comunidade local.

Em relação aos alegados danos materiais e ao pedido indenizatório, verifico que, no caso em apreço, é possível a restituição ao status quo ante, impondo-se, assim, além de demolição das obras irregularmente construídas, a adoção de medidas restauradoras da área degradada, bem assim, a inibição da prática de ações antrópicas outras, desprovidas de regular autorização dos órgãos competentes.

Nada obstante, no caso dos autos, entendo que assiste razão ao MPF, ao requerer indenização pelos danos materiais ambientais até a implementação das medidas para restituição do meio ambiente no local, com as demolições, retirada de entulhos e recomposição da vegetação nativa.

É que, durante o mencionado período, toda a coletividade suportará as consequências da intervenção danosa nos imóveis ocupados pelos réus, o que enseja o dever de indenizar.

[...].

Dos elementos carreados para os presentes autos, verifica-se que, por ocasião do loteamento fustigado na inicial, encontrava-se em vigor a Resolução Conama 4, de 18 de setembro de 1985, posteriormente sucedida pela Resolução Conama 302, de 20 de março de 2002, vigente a partir do dia 13/05/2002 (data da sua publicação na imprensa oficial).

A referida Resolução Conama 4/1985 definiu como

[...] Reservas Ecológicas as florestas e demais formas de vegetação natural situadas 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 100 (cem) metros para as represas hidrelétricas [...] (art. 3º, alínea b, inciso II),

afinando-se, assim, com as disposições do art. 2º, alínea b, da Lei 4.771/1965 (Código Florestal vigente na época).

Assim posta a questão, em se tratando de represas hidrelétricas, como no caso, a largura mínima da faixa marginal, independentemente da sua localização, será de 100 (cem) metros, e não de 30 (trinta) metros, que deverá ser observada, apenas, em relação às lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais situados em áreas urbanas.

Vê-se, assim, que, na hipótese em comento, afigura-se irrelevante, para o deslinde da demanda, a circunstância de que, por ocasião da edificação descrita nos autos, ainda não se encontrava em vigor a Resolução Conama 302, de 20 de março de 2002, tendo em vista que a intervenção em referência já encontrava óbice nas limitações definidas pela Resolução Conama 4/1985, conforme acima explicitado.

Com efeito, o inciso II do art. 2º da referida Resolução Conama 302/2002 define Área de Preservação Permanente, como sendo

[...] a área marginal ao redor do reservatório artificial e suas ilhas, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas [...],

restando estabelecido, no art. 3º, inciso I, do referido diploma normativo, que

[...] constitui Área de Preservação Permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no encontro dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de trinta metros para os reservatórios artificiais em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais [...].

Não se pode olvidar, ainda, que, além do descumprimento dos dispositivos normativos em referência, o loteamento descrito nos autos encontra expressa vedação no inciso V do parágrafo único do art. 3º da Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano), na dicção de que *"não será permitido o parcelamento do solo [...] em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção"* (grifei), como no caso.

Por fim, também não há que se falar que as edificações descritas nos autos encontrariam suporte na Lei Estadual 14.309, de 19 de junho de 2002, que estipulou em 30 (trinta) metros a faixa de preservação do entorno de reservatórios artificiais de hidrelétricas situadas em área urbana consolidada, tendo em vista que, além de não se enquadrar na definição de área urbana consolidada, conforme já visto, no caso concreto, estando o empreendimento localizado na Área de Preservação Permanente do Rio Grande, que banha os Estados de Minas Gerais e de São Paulo, constituindo-se, por conseguinte, em bem de propriedade da União, nos termos do art. 20, inciso III, da Constituição Federal, a definição das limitações de sua ocupação há de ser estabelecida pelo órgão ambiental federal, nos termos da legislação e atos normativos de regência, não se sujeitando, por conseguinte, à disciplina do referido diploma legal estadual.

Vê-se, assim, que o Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama possui competência legal para editar normas regulamentares da política nacional do meio ambiente, bem assim, a área descrita nos autos está em conformidade com a definição legal de "Área de Preservação Permanente".

Por tudo o quanto foi exposto, restando incontroverso que, na espécie, as aludidas edificações, erguidas quando vigentes as delimitações territoriais das Áreas de Preservação Permanente relativas às lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais e artificiais, como no caso, a que se reporta a Resolução Conama 4/1985, sucedida pela Resolução Conama 302/2002, afasta-se, assim, o argumento de que tais ocupações antrópicas já estariam consolidadas, por ocasião da vigência dos referidos atos normativos, impondo-se, por conseguinte, a observância da regra constante do art. 4º e respectivo § 1º do Código Florestal vigente na época (Lei 4.771/1965), na determinação de que,

[...] a supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse

social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto [...]

e de que

[...] a supressão de que trata o caput deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo [...].

Portanto, inexistindo, no caso, a aventada preexistência da consolidação das edificações descritas nos autos, do que resulta a sua manifesta irregularidade, a autorizar a concessão da tutela jurisdicional postulada, por se afinar com a tutela cautelar constitucionalmente prevista no art. 225, § 1º, V e respectivo § 3º, da Constituição Federal, na linha autoaplicável de imposição ao Poder Público e à coletividade o *dever de defender e preservar* o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*), tudo em harmonia com os princípios da precaução e da prevenção, a caracterizar, na espécie, o ato impugnado, uma manifesta agressão ao texto constitucional em vigor.

Nessa linha de inteligência, vem decidindo este egrégio Tribunal, em casos similares, conforme se vê, dentre outros, do seguinte julgado:

AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (RIO GRANDE). SUSPENSÃO DE ATIVIDADES AGRESSORAS AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL E DO POLUIDOR-PAGADOR. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA E DEMOLIÇÃO DE EDIFICAÇÕES), DE NÃO FAZER (INIBIÇÃO DE QUALQUER AÇÃO ANTRÓPICA SEM O PRÉVIO LICENCIAMENTO AMBIENTAL). VERBA HONORÁRIA EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DESCABIMENTO.

I - “Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...]

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável. A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada) , exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, § 1º, IV)” (AC 0002667-39.2006.4.01.3700/MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.172 de 12/06/2012).

II - Na hipótese dos autos, a edificação descrita nos autos foi erguida, sem o prévio e competente licenciamento ambiental, no interior de Área de Preservação Permanente (APP Rio

Grande), assim definida na legislação e atos normativos de regência, a caracterizar a ocorrência de dano ambiental, impondo-se, assim, além da sua demolição, a adoção de medidas restauradoras da área degradada, bem assim, a inibição da prática de ações antrópicas outras, desprovidas de regular autorização do órgão ambiental competente, sem prejuízo do pagamento de indenização pelos danos causados, a ser apurada em liquidação do julgado, por arbitramento.

III - Naação civil pública, sagrando-se vencedor o Ministério Público, autor da demanda, como no caso, são indevidos honorários advocatícios, em face do que dispõe o art. 128, § 5º, inciso II, alínea a, da Constituição Federal e da aplicação, por simetria de tratamento, das disposições do art. 18 da Lei nº 7.347/85, não se podendo fazer incidir, na espécie, o disposto no parágrafo único do art. 13 da referida Lei. Precedentes.

IV - Ordenou-se, ainda, o imediato cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia de atraso.

V - Apelação provida, em parte. Sentença parcialmente reformada, tão-somente, para excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios.

(AC 0004435-48.2007.4.01.3802 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.619 de 14/01/2014)

AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PARQUE NACIONAL DOS LENÇÓIS MARANHENSES. UNIDADE DE PROTEÇÃO INTEGRAL. SUSPENSÃO DE ATIVIDADES AGRESSORAS AO MEIO AMBIENTE. RECUPERAÇÃO DO DANO CAUSADO. POSSIBILIDADE. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA, DECADÊNCIA E NULIDADE PROCESSUAL REJEITADAS. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO.

[...]

V - 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.

VI - 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), 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).

VII - O Parque Nacional dos Lençóis Maranhenses 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, hipótese não ocorrida, na espécie.

VIII - Na hipótese dos autos, o imóvel descrito na petição inicial está localizado no interior de Área de Preservação Permanente - APP, encravado na Zona de Amortecimento do PARNA dos Lençóis Maranhenses (unidade de conservação da natureza de proteção integral), no Município de Barreirinhas, no Estado do Maranhão, integra o patrimônio da União, em zona costeira, devendo ser demolido, no prazo de 60 (sessenta) dias, por inobservância das determinações legais pertinentes, com as medidas de precaução e de prevenção do meio ambiente, adotadas na sentença recorrida, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia de atraso no cumprimento desta decisão mandamental. VI - Apelação, remessa oficial e agravo retido desprovidos. Sentença confirmada.

(AC 0002797-29.2006.4.01.3700/MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.173 de 12/06/2012).

Por oportuno, trago à baila trechos do voto condutor do referido julgado, da minha lavra, nestes termos:

Registre-se, ainda, que, 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.

Nessa perspectiva, a tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a 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).

Ademais, a *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD)*, “tendo se reunido no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992, reafirmando a *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano*, adotada em Estocolmo em 16 de junho de 1972, e buscando avançar a partir dela, com o objetivo de estabelecer uma nova e justa parceria global mediante a criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores-chaves da sociedade e os indivíduos, trabalhando com vistas à conclusão de acordos internacionais que respeitem os interesses de todos e protejam a integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento, reconhecendo a natureza integral e interdependente da Terra, nosso lar,” elaborou a *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*, que em seu Princípio nº 16 estabeleceu a responsabilidade do poluidor, na dicção de que: “As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo

em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais."

Em sendo assim, afigura-se possível, na espécie, determinar ao responsável pela degradação ambiental que se abstenha de construir novas intervenções/construções no terreno identificado pelas coordenadas descritas na inicial, bem assim, que realize a demolição, sob a supervisão técnica do IBAMA, das edificações identificadas ao tempo da inspeção judicial e, ainda, que apresente projeto de recuperação da área degradada ao IBAMA, com cronograma de recuperação a ser definido pelo referido órgão ambiental, a fim de revitalizar o ecossistema ao seu estágio natural".

Na visão holística da *Carta Encíclica Social-Ecológica Laudato Si*, do Santo Padre Francisco, datada de 24/05/2015,

[...] toda a intervenção na paisagem urbana ou rural deveria considerar que os diferentes elementos do lugar formam um todo, sentido pelos habitantes como um contexto coerente com a sua riqueza de significados. Assim, os outros deixam de ser estranhos e podemos senti-los como parte de um «nós» que construímos juntos. Pela mesma razão, tanto no meio urbano como no rural, convém preservar alguns espaços onde se evitem intervenções humanas que os alterem constantemente. [...] Neste contexto, sempre se deve recordar que «a proteção ambiental não pode ser assegurada somente com base no cálculo financeiro de custos e benefícios. O ambiente é um dos bens que os mecanismos de mercado não estão aptos a defender ou a promover adequadamente». Mais uma vez repito que convém evitar uma concepção mágica do mercado, que tende a pensar que os problemas se resolvem apenas com o crescimento dos lucros das empresas ou dos indivíduos. Será realista esperar que quem está obcecado com a maximização dos lucros se detenha a considerar os efeitos ambientais que deixará às próximas gerações? Dentro do esquema do ganho não há lugar para pensar nos ritmos da natureza, nos seus tempos de degradação e regeneração, e na complexidade dos ecossistemas que podem ser gravemente alterados pela intervenção humana [...].

No que se refere à pretendida indenização decorrente do dano ambiental, 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).

Em face da sua manifesta percuciência com a pretensão deduzida nestes autos, transcrevo os lúcidos fundamentos em que se amparou o voto condutor do julgador em referência, nestes termos:

1. Reparação in integrum e deveres de restauração e reparação dos danos ambientais

No Direito brasileiro, a reparação do dano ambiental se faz em bases objetivas, sem a exigência de prova de culpa e independentemente de eventual sanção penal e administrativa cabível na espécie. A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – DANO AMBIENTAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – AUSÊNCIA DE NEXO – REEXAME DE PROVAS: SÚMULA 7/STJ – ARTS. 4º, VII E 14 DA LEI 6.938/81 – RECUPERAÇÃO NATURAL DA NATUREZA – AUSÊNCIA DE INDENIZAÇÃO – DISPOSITIVOS APONTADOS COMO VIOLADOS INSUFICIENTES PARA AMPARAR A PRETENSÃO DA RECORRENTE.

[...]

4. Nos termos do § 1º, art. 14 da lei 6.938 de 1991, é o poluidor obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp 1045746/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 4/8/2009).

Na linha do estatuído no texto constitucional, o art. 4º da Lei 6.938/1981 dispõe que a Política Nacional do Meio Ambiente visará, entre outras medidas (grifei):

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Por sua vez, o art. 14, § 1º, da referida lei assim estabelece a responsabilidade objetiva do poluidor:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (grifei).

Ao contrário do que afirma o Tribunal de origem, os deveres de indenização e de recuperação ambientais não são “pena”, mas providências ressarcitórias de natureza civil de natureza propter rem que buscam, simultânea e complementarmente, a restauração do status quo ante da biota afetada e

a reversão à coletividade dos benefícios econômicos auferidos com a utilização ilegal e individual de bem que, nos termos do art. 225 da Constituição, é “de uso comum do povo”.

Além disso, a interpretação sistemática das normas e princípios ambientais não agasalha a restrição imposta no acórdão recorrido. A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área degradada não exclua o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e a plena recuperação do meio ambiente degradado (= dano interino ou intermediário). Cito precedente da Segunda Turma:

PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA CR/88, DAS LEIS N. 6.938/81 E 8.625/93 E DO CDC. EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedente.

2. O art. 3º da Lei n. 7.347/85 deve ser lido de maneira abrangente e sistemática com a Constituição da República, com as Leis n. 6.938/81 e 8.625/93 e com o Código de Defesa do Consumidor - CDC, a fim de permitir a tutela integral do meio ambiente, com possibilidade de cumulação de obrigações de fazer, não fazer e pagar. Precedentes.

3. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido

(REsp 1178294/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 10/9/2010, grifei).

Com efeito, vimos acima, vigora em nosso sistema jurídico o princípio da reparação integral do dano ambiental, do qual é corolário o princípio do poluidor-pagador, a impor a responsabilização por todos os efeitos decorrentes da conduta lesiva, incluindo o prejuízo suportado pela sociedade até que haja a fundamental e absoluta recuperação in natura do bem lesado. Se a recuperação é imediata e plena, não há, como regra, falar em indenização. Contudo, hipóteses existem em que a recuperação é lenta e leva muitos anos. Nesses casos, poderá haver remanescente de prejuízo coletivo (e também individual) até o completo retorno ao status quo ante ecológico.

Álvaro Luiz Valery Mirra, magistrado em São Paulo, leciona que o princípio da reparação integral «deve conduzir o meio ambiente e a sociedade a uma situação na medida do possível equivalente à de que seriam beneficiários se o dano não tivesse sido causado» (Ação Civil Pública e a Reparação do Dano

Ambiental, 2ª ed., São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2004, fl. 314). Prossegue o autor (op. cit., p. 315, grifos no original):

Nesse sentido, a reparação integral do dano ao meio ambiente deve compreender não apenas o prejuízo causado ao bem ou recurso ambiental atingido, como também, na lição de Helita Barreira Custódio, toda a extensão dos danos produzidos em consequência do fato danoso, o que inclui os efeitos ecológicos e ambientais da agressão inicial a um bem ambiental corpóreo que estiverem no mesmo encadeamento causal, como, por exemplo, a destruição de espécimes, habitats, e ecossistemas inter-relacionados com o meio afetado; os denominados danos interinos, vale dizer, as perdas de qualidade ambiental havidas no interregno entre a ocorrência do prejuízo e a efetiva recomposição do meio degradado; os danos futuros que se apresentarem como certos, os danos irreversíveis à qualidade ambiental e os danos morais coletivos resultantes da agressão a determinado bem ambiental.

Nesse panorama, a indenização, além de sua função subsidiária (quando a reparação in natura não for total ou parcialmente possível), é cabível de forma cumulativa, como compensação pecuniária pelos danos reflexos e pela perda da qualidade ambiental até a sua efetiva restauração, insisto. A degradação pode, sim, reclamar a sua condenação também ao pagamento de indenização, sem falar da reversão à sociedade dos benefícios econômicos que o degradador auferiu com a exploração ilegal dos recursos do meio ambiente, “bem de uso comum do povo”, nos termos do art. 225, caput, da Constituição Federal, sobretudo por queimada em Área de Preservação Permanente, destituído de qualquer licença ambiental para funcionamento ou autorização de desmatamento. Saliento que tal medida não configura bis in idem, pois a indenização não é para o dano especificamente reparado, mas para seus efeitos, especialmente a privação temporária da fruição do patrimônio comum a todos os indivíduos, até sua efetiva recomposição.

Nessa linha de raciocínio, cito doutrina de Annelise Monteiro Steigleder (Responsabilidade Civil Ambiental: as Dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 236, grifei):

A partir da compreensão de que o dano ambiental tem uma dimensão material a que se encontram associados danos extrapatrimoniais, que abarcam os danos morais coletivos, a perda pública decorrente da não fruição do bem ambiental, e a lesão ao valor de existência da natureza degradada, importa definir diferentes formas de reparação para cada classe de danos.

Esclareça-se que os pedidos de condenação em obrigações de fazer e de indenização serão cumulados, inexistindo bis in idem, pois o fundamento para cada um deles é diverso. O pedido de obrigação de fazer cuida da reparação in natura

do dano ecológico puro e a indenização visa a ressarcir os danos extrapatrimoniais, pelo que o reconhecimento de tais pedidos compreende as diversas facetas do dano ambiental.

A despeito de não estar em discussão a questão processual, convém acrescentar que a Ação Civil Pública comporta a cumulação de pedidos em debate.

Embora o art. 3º da Lei 7.347/1985 disponha que «a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer», é certo que a conjunção «ou» contida na citada norma (assim como no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981) não é de cunho alternativo, mas sim aditivo. Vedar a cumulação dessas sanções limitaria, de forma indesejada, a Ação Civil Pública, instrumento de persecução da responsabilidade civil de danos causados ao meio ambiente, por exemplo, inviabilizando – se possível e realizada a recuperação do meio ambiente degradado – a condenação em dano moral coletivo.

Acrescente-se, por oportuna, a observação de Délton Winter de Carvalho, entendendo em casos tais que a causa de pedir estaria fundada no dever de preventividade objetiva (Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 151):

A ação civil pública, tida como instrumento processual para imposição de responsabilização civil em casos de danos ambientais coletivos, prevê a possibilidade de imposição de obrigações de fazer ou não fazer (medidas preventivas) a um determinado agente. Assim, o dano ambiental futuro consiste em todos aqueles riscos ambientais que, por sua intolerabilidade, são considerados como ilícito, justificando a imposição de medidas preventivas. (grifos no original)

Não bastassem esses argumentos, o juiz, diante das normas de Direito Ambiental, recheadas que são de conteúdo social atrelado às presentes e futuras gerações, deve atentar para o comando do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe que, ao se aplicar a lei, deve-se atender “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Corolário dessa regra é o fato de que, em caso de dúvida ou outra anomalia técnica, a norma ambiental deve ser interpretada ou integrada de acordo com o princípio *in dubio pro natura*.

A cumulatividade da indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição *in natura* do bem lesado e à adequação da Ação Civil Pública para esse fim é reconhecida pelo STJ, que referenda a cumulação ora discutida no universo da Lei 7.347/1985. Destaco o seguinte precedente (no mesmo sentido, o REsp 605.323/MG):

PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART. 3º DA LEI 7.347/85. INTERPRETAÇÃO

SISTEMÁTICA. ART. 225, § 3º, DA CF/88, ARTS. 2º E 4º DA LEI 6.938/81, ART. 25, IV, DA LEI 8.625/93 E ART. 83 DO CDC. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL.

1. A Lei nº 7.347/85, em seu art. 5º, autoriza a propositura de ações civis públicas por associações que incluam entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

2. O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral.

3. Deveras, decorrem para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição *in natura*), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso.

4. A ação civil pública é o instrumento processual destinado a propiciar a tutela ao meio ambiente (CF, art. 129, III) e submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material, a fim de ser instrumento adequado e útil.

5. A exegese do art. 3º da Lei 7.347/85 («A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer»), a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins).

6. Interpretação sistemática do art. 21 da mesma lei, combinado com o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor («Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.») bem como o art. 25 da Lei 8.625/1993, segundo o qual incumbe ao Ministério Público “IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente [...]”.

7. A exigência para cada espécie de prestação, da propositura de uma ação civil pública autônoma, além de atentar contra os princípios da instrumentalidade e da economia processual, ensejaria a possibilidade de sentenças contraditórias para demandas semelhantes, entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com finalidade comum (medidas de tutela ambiental), cuja única variante seriam os pedidos mediatos, consistentes em prestações de natureza diversa.

8. Ademais, a proibição de cumular pedidos dessa natureza não encontra sustentáculo nas regras do procedimento comum, restando ilógico negar à ação civil pública, criada especialmente como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos difusos, o que se permite, pela via ordinária, para a tutela de todo e qualquer outro direito.

9. Recurso especial desprovido (REsp 625249/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 31/08/2006 p. 203, grifei).

In casu, a violação dos dispositivos legais sobressai, pois, evidente porque o Tribunal a quo negou a possibilidade, mesmo em tese, de cumular a reparação específica já determinada com a indenização pecuniária pretendida pelo Parquet.

Sem embargo do êxito recursal nesse ponto, o Recurso Especial somente pode ser provido em parte, tendo em vista não caber ao STJ, como regra, perquirir a existência ou não de dano no caso concreto – análise que esbarra, ressalvadas situações excepcionais, na Súmula 7/STJ. Tal juízo fático é de competência das instâncias de origem, diante da prova carreada aos autos.

Pelas razões expostas, dou parcial provimento ao Recurso Especial para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição in natura do bem lesado, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e fixe eventual quantum debeatur”.

Nessa mesma linha de entendimento, confirmam-se, dentre outros, o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (MATA CILIAR). DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. BIOMA DO CERRADO. ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E ART. 3º DA LEI 7.347/1985. PRINCÍPIOS DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL. REDUCTIO AD PRISTINUM STATUM. FUNÇÃO DE PREVENÇÃO ESPECIAL E GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (RESTAURAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE.

DANO AMBIENTAL REMANESCENTE OU REFLEXO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. INTERPRETAÇÃO IN DUBIO PRO NATURA.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados por desmatamento de vegetação nativa (Bioma do Cerrado) em Área de Preservação Permanente. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais considerou provado o dano ambiental e condenou o réu a repará-lo, porém julgou improcedente o pedido indenizatório cumulativo.

2. A legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a ratio essendi da norma de fundo e processual. A hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio in dubio pro natura.

3. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que, nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum, admite-se a condenação, simultânea e cumulativa, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Assim, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/1985, a conjunção “ou” opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ.

4. A recusa de aplicação, ou aplicação truncada, pelo juiz, dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa, daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável “risco ou custo normal do negócio”. Saem debilitados, assim, o caráter dissuasório, a força pedagógica e o objetivo profilático da responsabilidade civil ambiental (= prevenção geral e especial), verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do degradador premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério.

5. Se o meio ambiente lesado for imediata e completamente restaurado ao seu estado original (reductio ad pristinum statum), não há falar, como regra, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica e futura de restabelecimento in natura (= juízo prospectivo) nem sempre se mostra suficiente para, no terreno da responsabilidade civil, reverter ou recompor por inteiro as várias dimensões da degradação ambiental causada, mormente quanto ao chamado dano ecológico puro, caracterizado por afligir a Natureza em si mesma, como bem inapropriado ou inapropriável. Por isso, a simples restauração futura - mais ainda se a perder de vista - do recurso ou elemento natural prejudicado não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum.

6. A responsabilidade civil, se realmente aspira a adequadamente confrontar o caráter expansivo e difuso do dano ambiental, deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar - juízos retrospectivo e prospectivo. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura bis in idem, tanto por serem distintos os fundamentos das prestações, como pelo fato de que eventual indenização não advém de lesão em si já restaurada, mas relaciona-se à degradação remanescente ou reflexa.

7. Na vasta e complexa categoria da degradação remanescente ou reflexa, incluem-se tanto a que temporalmente medeia a conduta

infesta e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo (= dano interino, intermediário, momentâneo, transitório ou de interregno), quanto o dano residual (= deterioração ambiental irreversível, que subsiste ou perdura, não obstante todos os esforços de restauração) e o dano moral coletivo. Também deve ser restituído ao patrimônio público o proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica que indevidamente auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados ao arrepio da lei do imóvel degradado ou, ainda, o benefício com o uso ilícito da área para fim agrossilvopastoril, turístico, comercial).

8. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação da indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição in natura do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e fixe eventual quantum debeatur.

(REsp 1145083/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 04/09/2012)

Na hipótese dos autos, o laudo técnico de fls. 179-190 não deixa dúvidas quanto ao dano ambiental ali existente, devendo, assim, tais danos serem devidamente apurados na fase de liquidação de sentença, por arbitramento judicial (CPC, arts. 475-C e 475-D) e o *quantum* indenizatório ser cobrado de acordo com a disciplina dos arts. 475-J, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, do aludido diploma processual.

Com estas considerações, *nego provimento ao agravo retido e à apelação*, mantendo integralmente a sentença recorrida.

Este é meu voto.

Quinta Turma

Apelação/Reexame Necessário 0002128-82.2011.4.01.3802/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
 Apelante: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT
 Procurador: Dr. Adriano Pereira Pinheiro
 Apelados: Célio Borges de Melo e outros
 Advogados: Dr. José Fernando de Oliveira e outros
 Remetente: Subseção Judiciária de Uberaba 4ª Vara
 Publicação: e-DJF1 de 05/10/2015, p. 568

Ementa

Responsabilidade civil. Falecimento em acidente automobilístico ocorrido em rodovia federal, em decorrência da má sinalização da via. Omissão negligente do Poder Público. Danos morais. Fixação do valor com proporcionalidade, moderação e razoabilidade. Consideração das circunstâncias do caso concreto.

I. Cumprido o requisito descrito no art. 523 do Código de Processo Civil, deve ser conhecido o agravo retido interposto pela ré contra decisão que indeferiu o pedido de denunciação à lide do Ministério da Defesa. Não obstante o DNIT tenha firmado com o Ministério da Defesa termo de cooperação a fim de que o Exército auxiliasse nas atividades de adequação, duplicação, melhoramentos, restauração e iluminação da rodovia BR 262/MG — onde ocorreu o acidente —, não há, no referido ajuste, qualquer responsabilidade do Ministério da Defesa quanto à execução, fiscalização e responsabilidade técnica quanto às obras realizadas na rodovia em questão de modo a justificar a pretendida denunciação da lide.

II. “A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexa causal entre o dano e o comportamento do preposto. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto” (REsp 602102/RS; relatora Ministra Eliana Calmon DJ 21/02/2005).

III. No caso dos autos, ficou comprovada a falha no serviço prestado, considerando que o acidente que vitimou fatalmente a mãe e esposa dos autores decorreu, sobretudo, do fato de o DNIT haver sinalizado inadequadamente o trecho da rodovia onde ocorreu o acidente.

IV. 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.

V. Em situações como a dos autos — indenização decorrente de morte de ente querido — esta Corte Regional tem arbitrado o valor do dano moral em quantia próxima a R\$ 100.000,00 (cem mil reais). No caso, considerando que a falecida deixou três familiares, e que o acidente fatal decorreu da inadequada sinalização da rodovia em que trafegava, demonstrando a grave omissão negligente do Poder Público em seu dever de manter a via em condições adequadas e seguras, mostra-se adequada a quantia arbitrada na sentença – R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), para cada autor.

VI. Agravo retido, apelação do DNIT e remessa oficial desprovidos.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido, à apelação e à remessa oficial.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 05/08/2015.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Trata-se de remessa oficial e de apelação do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT contra a sentença na qual o MM juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido decorrente de acidente ocasionado pela falta de sinalização e má conservação de estrada, condenando essa autarquia ao pagamento individual de indenização por danos morais no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ao cônjuge e filhos da vítima fatal e aos pagamentos de custas processuais e de honorários advocatícios arbitrados no percentual de 5% sobre o valor da condenação. (fls. 135-141).

O DNIT, em sua apelação, solicita inicialmente a apreciação do agravo retido de fls. 112-114, interposto da decisão que rejeitara a denúncia à lide do Ministério da Defesa. No mérito, repete a tese de sua contestação, reafirmando ser ilegítima sua configuração no polo passivo da causa, tendo em vista a culpa exclusiva do condutor do veículo que colidiu com o carro da vítima, pois este agiu imprudentemente. Requer, caso confirmada a sentença, seja reconhecida a sucumbência recíproca, de modo a excluir sua condenação ao pagamento da verba honorária. (fls. 149-159).

A parte-autora apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:

—

Do agravo retido

Cumprido o requisito descrito no art. 523 do Código de Processo Civil, deve ser conhecido o agravo retido interposto pela ré contra decisão que indeferiu o pedido de denúncia à lide do Ministério da Defesa.

Quanto ao ponto, o requerido denunciou à lide o Ministério da Defesa, ao argumento de ter firmado com este Ministério um termo de cooperação a fim de que o Exército auxiliasse nas atividades de adequação, duplicação, melhoramentos, restauração e iluminação da rodovia BR 262/MG, fundamentando seu pedido no art. 70, III, do CPC.

Não obstante a existência do referido termo de cooperação, (fls. 70-77), consta expressamente do referido ajuste que compete ao DNIT, entre outras obrigações, as responsabilidades de: i) analisar, aprovar e receber as prestações de contas da execução

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais João Batista Moreira e Souza Prudente.

física do objeto do contrato; ii) fiscalizar a execução do objeto do termo de cooperação, em conformidade com o plano de trabalho aprovado; iii) analisar os relatórios técnicos, parciais e final, objeto do termo; iv) orientar, supervisionar e fiscalizar os trabalhos firmados, cabendo-lhe especificamente acompanhar as atividades a serem executadas, verificar a exata aplicação dos recursos do termo de cooperação e avaliar os resultados.

Percebe-se, portanto, não haver no termo de cooperação qualquer responsabilidade do Ministério da Defesa quanto à execução, fiscalização e responsabilidade técnica quanto às obras realizadas na rodovia em questão de modo a justificar a pretendida denúncia da lide.

Do mérito

A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexa causal entre o dano e o comportamento do preposto. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto [...] (REsp 602102/RS; relatora Ministra Eliana Calmon DJ 21/02/2005).

Na peça de ingresso, requerem os autores, viúvo e filhos da vítima fatal do acidente, a condenação do DNIT à obrigação de ressarcir-lhes pelos danos decorrentes da perda do membro da família, vítima de acidente fatal ocorrido em rodovia federal.

Consoante se extrai dos autos, em 18/9/2010, no Km 801,9 da BR 262, no período noturno, o primeiro autor conduzia o veículo VW Santana no sentido Araxá-Uberaba, na companhia de sua esposa Beatriz Amaral Borges, quando foi surpreendido por outro carro (Corsa), que vinha em direção contrária, colidindo frontalmente com seu automóvel e causando a morte de sua esposa.

O laudo pericial elaborado pela Polícia Civil por ocasião do acidente (fls. 20-39) relata o seguinte:

No sentido de direção em que conduzia o motorista do veículo Corsa (que colidiu com o veículo do autor), “existia um vão no canteiro central, que possibilitava anteriormente o acesso a pista da esquerda, pois neste trecho havia um estreitamento de pista a direita no sentido de fluxo Uberaba/Araxá,

que estava delimitado por cones e sinalizadores” (fl. 20);

Havia no sentido Uberaba-Araxá placas de sinalização (fls. 20/21) que indicavam *estreitamento de pista à direita; final de pista a 200 m e proibida a ultrapassagem, vale dizer, placas antigas, que se referiam a período anterior à duplicação do trecho, somadas às novas, instaladas após a duplicação da rodovia;*

Quanto à sinalização horizontal (faixas ou marcas no pavimento asfáltico) do sentido em que o condutor do veículo Corsa seguia, havia faixa contínua branca de acostamento; faixa seccionada branca demarcando o espaço físico da via, entre as duas faixas de tráfego; faixa contínua branca demarcando o canteiro central; *faixa contínua de estreitamento de pista à direita, indicando o trânsito para a esquerda e faixa contínua branca demarcando o vão do canteiro central* (fl. 21);

As sinalizações verticais e horizontais existentes no sentido direcional Uberaba/Araxá, eram bastante confusas, visto que, havia placas e pintura no leito carroçável tanto antigas ou novas, ou seja, o órgão responsável pela via colocou sinalização horizontal e vertical novas e não foi providenciado a retirada das antigas, contribuindo desta maneira para a efetivação do sinistro.”

De acordo com tais constatações dos peritos, em conjunto com as imagens fotográficas juntadas às fls. 48-49, tiradas por periódico da cidade de Uberaba dois e três dias após o acidente, respectivamente, é possível concluir que o motorista do Corsa (que colidiu de frente com o veículo em que se encontrava a parte-autora), trafegando à noite pelo trecho da BR 262, no sentido Uberaba-Araxá, foi levado a crer, pela inadequada sinalização existente na rodovia e na pista, que deveria seguir a faixa contínua que indicava acesso à esquerda, em razão do estreitamento de pista que existiria à direita. Seguindo tal sinalização, indevidamente deixada no local, o motorista invadiu a contramão de direção e se chocou com o veículo do autor, causando a sua própria morte e a da esposa e mãe dos demandantes.

Ficou comprovada a falha no serviço prestado. Quando da duplicação do trecho em comento, existia estreitamento de pista e, por isso, havia vão que dava acesso à pista da esquerda, com a respectiva sinalização indicativa. Ao ser duplicada a rodovia e aberto novo sentido de direção e instaladas as novas sinalizações, adequadas à nova realidade, obviamente, as placas e faixas antigas, que indicavam o estreitamento e a saída para a esquerda (pista em sentido oposto de direção ao tempo do acidente), deveriam ter sido retiradas da rodovia e apagadas da faixa de rolamento.

Todavia, o DNIT, inadequadamente, acrescentou novas sinalizações, sem, contudo, retirar as sinalizações antigas, causando confusão nos motoristas e, assim, alto risco de acidentes. O laudo, a respeito, esclarece o seguinte:

O órgão responsável pela circulação, conservação e manutenção desta rodovia federal contribuiu sobremaneira para a efetivação deste acidente, pois, não retirou a sinalização antiga, principalmente a placa (FIM DE PISTA DUPLA A 200 METROS) após ter liberado este trecho para a circulação dos veículos. (fl. 26)

É certo que, segundo o laudo da polícia, o condutor do Corsa estava acima da velocidade permitida para o trecho, de 20 Km (fls. 23-24). Todavia, tal fato não exclui a responsabilidade do DNIT, considerando que, dada a dinâmica dos fatos, foi a péssima sinalização na rodovia que gerou o engano do motorista e, por consequência, o acidente com vítimas fatais.

Portanto, pode-se concluir que o resultado danoso decorreu, no caso, da inadequada sinalização da rodovia. Era, ou devia ser, do conhecimento do DNIT que

Nenhuma via pavimentada poderá ser entregue após sua construção, ou reaberta ao trânsito após a realização de obras ou de manutenção, enquanto não estiver devidamente sinalizada, vertical e horizontalmente, de forma a garantir as condições adequadas de segurança na circulação. (art. 88, Código de Trânsito Brasileiro).

A propósito da responsabilidade civil do DNIT em que casos que tais, destaco os seguintes precedentes jurisprudenciais:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. MÁ CONSERVAÇÃO DA PISTA. OMISSÃO DO DNIT. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. 1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é objetiva, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Todavia responsabilidade por omissão estatal assenta-se no binômio falta do serviço - culpa da Administração Pública. Em tais hipóteses o dever de indenizar surge quando, no caso concreto, o Estado devia e podia agir, mas foi omissivo, e dessa omissão tenha resultado dano a terceiro.

2. No caso em exame está configurada a responsabilidade subjetiva do DNIT, haja vista que é obrigação do Estado manter as rodovias federais em condições adequadas de manutenção e de tráfego. Também é obrigação do Estado sinalizar adequadamente a via pública no trecho onde não existe pavimentação adequada enquanto

providencia a realização dos reparos destinados a recapeamento do asfalto ou reconstrução do trecho da rodovia, principalmente em um trecho onde a velocidade permitida é de 110 km/h. Não houve manutenção adequada e nem tampouco sinalização do trecho pelo DNIT, no local, à época em que ocorreu o acidente que causou danos à parte-autora.

3. Valor da indenização para reparação de danos morais reduzido para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em consonância com os precedentes deste TRF. O valor deve ser acrescido de juros de mora equivalentes à SELIC (CC artigo 406) desde a data do evento danoso (STJ, Súmula 54), sem aplicação cumulativa de outro índice de correção monetária. 4. Em virtude da sucumbência recíproca nenhuma das partes deve arcar com o pagamento de honorários advocatícios (CPC, artigo 21). 5. Dá-se parcial provimento ao recurso de apelação da parte ré e à remessa oficial e nega-se provimento ao recurso de apelação da parte-autora. (AC 0002503-22.2007.4.01.3803 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA (CONV.), SEXTA TURMA, e-DJF1 p.220 de 22/10/2013).

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ESTRADA FEDERAL. BURACOS NA PISTA. MORTE. DEVER DE INDENIZAR.

1. Está pacificado na jurisprudência pátria o entendimento de que é objetiva a responsabilidade da União, nos casos de acidente em rodovia federal ocasionado pela má conservação da via. Esse entendimento decorre do dever legal que tem a União, no caso o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT, de prover a segurança do tráfego nas rodovias federais, por meio de ações de manutenção e conservação.

[...].

6. Apelação do DNIT e do Estado de Roraima não providas.

7. Apelação dos Autores parcialmente provida.

(AC 2005.42.00.000759-9/RR, Quinta Turma, Rel. Des.ª Federal Selene Maria de Almeida, e-DJF1 de 29/01/2010, p.293).

ADMINISTRATIVO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONSERVAÇÃO DAS RODOVIAS FEDERAIS. NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MORAIS.

1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, cumprindo à vítima demonstrar o nexo direto de causalidade entre a ação ou omissão do agente estatal e o dano sofrido (CF, art. 37, § 6º). Tendo sido comprovado que a causa do acidente fatal foi buraco em rodovia federal, e não havendo o DNIT comprovado a existência de culpa exclusiva ou concorrente do condutor do veículo, cabe-lhe o dever de indenizar os danos morais sofridos pela mãe da vítima.

[...].

3. Apelação do DNIT a que se nega provimento.

4. Apelação da Autora provida para majorar a indenização por danos morais.

(AC 2002.40.00.005177-9/PI, Sexta Turma, Rel. Des.^a Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ de 14/01/2008, p. 985)

Danos morais

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.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CADASTRO INDEVIDO EM ÓRGÃOS DE INADIMPLENTES - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO - INSURGÊNCIA DA AUTORA.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por dano moral pode ser revisto, no âmbito de recurso especial, tão somente nas hipóteses em que a condenação revelar-se irrisória ou excessiva, distanciando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 569.765/SC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 19/02/2015).

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS.

TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator

aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) *na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.*

2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014). Sem grifo no original

De se ressaltar que, em situações como a dos autos — indenização decorrente de morte de ente querido — esta Corte Regional tem arbitrado o valor do dano moral em quantia próxima a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Confira-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. VEÍCULO DE TERCEIRO: IRRELEVÂNCIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS. DEVER DE INDENIZAR. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA: OBSERVÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL SOBRE O TEMA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: MAJORAÇÃO.

[...]

V - O dano moral por morte em acidente automobilístico é presumido em relação aos familiares mais próximos (viúvo e filhos dos vitimados), não havendo que se falar em necessidade de demonstração das consequências nocivas à moral dos ofendidos.

VI - O valor máximo de 500 salários-mínimos adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para fins de danos morais decorrentes de acidentes automobilísticos se traduz em mero parâmetro para se considerar o montante exorbitante e possibilitar, em consequência, a revisão do numerário na instância especial, em que vedado o reexame de provas. É de se registrar, por outro lado, ser possível o arbitramento da indenização de forma global para a família da vítima, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1127913/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro

LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2012, Dje 30/10/2012).

VII - *O montante arbitrado na origem a título de danos morais - R\$ 200.000,00, cabendo ¼ para cada autor - não se mostra proporcional à extensão dos prejuízos causados aos autores pela morte de seus familiares, devendo ser elevado para R\$ 100.000,00 para cada, totalizando R\$ 400.000,00, sem que, com isso, se revele exorbitante.*

VIII - XVII - Recurso de apelação interposto pela ECT a que se dá parcial provimento (item VIII); remessa oficial, tida por interposta, a que se dá parcial provimento (itens XV e XVI); e recurso adesivo interposto pelos autores a que se dá parcial provimento (itens VII e XII).

[...]

(AC 0015210-24.2008.4.01.3500 / GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.1011 de 30/03/2015).

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FATO DE TERCEIRO NÃO CARACTERIZADO. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS CONFIGURADOS. DEVER DE INDENIZAR. VALOR RELATIVO AOS DANOS MORAIS: EXORBITÂNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. MODIFICAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

[...]

VIII - O valor máximo de 500 salários-mínimos adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para fins de danos morais decorrentes de acidentes automobilísticos dos quais resulta morte de familiar se traduz em mero parâmetro para se considerar o montante exorbitante e possibilitar, em consequência, a revisão do numerário na instância especial, em que vedado o reexame de provas. A orientação daquela Corte, contudo, não revela a necessidade de que os danos morais por morte de familiar em acidente automobilístico, ou por lesões sofridas por igual sinistro, sejam fixadas em 500 salários-mínimos, mas sim que esse é o patamar máximo para que não se repete exorbitante a indenização concedida judicialmente. IX - *Considerando ser elevado o valor arbitrado a título de danos morais - R\$ 140.000,00, deve ser reduzido para R\$ 70.000,00 o montante devido à autora àquele título, não se mostrando este quantum tampouco irrisório, para a reparação do dano causado. Além disso, é de se ressaltar que, em se tratando de dano moral decorrente do evento narrado nos autos, qualquer que fosse o valor arbitrado se mostraria insuficiente para reparar a lesão sofrida pela autora/apelada, tendo em vista o evento trágico.*

[...]

XI - Agravo retido interposto pela FUA - UFAM a que se nega provimento; e recurso de apelação

interposto pela FUA - UFMA e remessa oficial aos quais se dá parcial provimento (itens IX e X).

(AC 0006706-56.2008.4.01.3200 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.212 de 25/03/2015).

CIVIL. PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL E MORAL. DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT). VÍTIMA DE ACIDENTE FATAL DE TRÂNSITO. FALTA DE MANUTENÇÃO DA RODOVIA. INDENIZAÇÃO DEVIDA À VIÚVA E AOS FILHOS MENORES DO DECUJUS. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES AO DESLINDE DA QUESTÃO. DESPESA COM FUNERAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO PENSÃO MENSAL. DURAÇÃO. VALOR DA REMUNERAÇÃO. FIXAÇÃO RAZOÁVEL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARÂMETROS. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. [...]

7. *Valor da indenização referente aos danos morais (R\$ 90.000,00), que se mantém, por mostrar-se adequado para reparar o gravame sofrido.*

[...]

11. Apelação do DNIT e remessa oficial, providas em parte. (AC 0006169-92.2006.4.01.3503 / GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.799 de 26/01/2015).

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. DESCABIMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. VÍTIMA FATAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DEVIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

2. É reconhecida a responsabilidade civil objetiva da ré pela reparação dos danos morais e materiais posto que no dia 28 de março de 2003 no quilômetro 461 da BR 174, o veículo Toyota Bandeirante (NAJ 3906) pertencente ao Tribunal Regional Eleitoral daquela unidade da federação e conduzida pelo seu servidor, ao ingressar na contramão da direção atingiu o veículo dirigido pelo pai da autora (GM Monza, placa JWG 3772), provocando o acidente automobilístico que o vitimou fatalmente, conforme comprova o boletim de ocorrência, que além de revelar a dinâmica dos fatos, concluiu que o condutor do veículo oficial foi o causador do acidente, por ter invadido a contramão da direção.

3. 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 à 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” (TRF1 AC 96.01.15105-2/BA).

4. Desse modo, dada a gravidade do acidente, a morte do condutor e a precoce idade da autora quando do acidente, considero razoável a fixação do valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para a indenização por danos morais, valor que não se mostra excessivo e nem irrisório para reparação do dano. O valor da indenização deve ser acrescido de juros moratórios equivalentes à SELIC desde a data do evento danoso (STJ, Súmula 54). 5. No que pertine aos danos materiais o valor da indenização deve ser fixado em R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais). O valor deve ser corrigido monetariamente mediante aplicação dos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal. 6. A UNIÃO deve arcar com o pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), de acordo com o artigo 20 § 4º do CPC. 7. Dá-se parcial provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial.

(AC 0002389-95.2003.4.01.4200/RR, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, Rel. Conv. JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.324 de 08/10/2013).

Sem grifos nos originais

No caso, considerando que a falecida deixou três familiares, e que o acidente fatal decorreu da inadequada sinalização da rodovia em que trafegava, demonstrando a grave omissão negligente do Poder Público em seu dever de manter a via em condições adequadas e seguras, mostra-se adequada a quantia arbitrada na sentença – R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), para cada autor.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo retido, à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0021826-72.2004.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2004.33.00.021829-9/BA

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques
 Apelante: Estado da Bahia
 Procuradores: Dra. Cláudia Junqueira Leite Bittencourt e outros
 Apelante: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Apelados: os mesmos
 Apelados: Mariene Gonsalves da Silva e outros
 Advogados: Dra. Goya Lamartine da Costa e Silva e outro
 Apelado: Município de Santo Antônio de Jesus
 Procuradores: Dr. Nilson Castelo Branco e outros
 Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara – BA
 Publicação: e-DJF1 de 11/09/2015, p. 681

Ementa

Administrativo e Processual Civil. Independência entre a responsabilidade civil e criminal. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Dever da União e do Estado da Bahia de fiscalização de fábrica de fogos de artifício. Danos materiais por despesas funerárias. Ocorrência. Razoável indenização por danos morais. Apelações improvidas.

I. A sentença condenou a União e o Estado da Bahia a pagar indenização por danos materiais e morais pela morte de parentes dos autores em acidente com explosivos ocorrido na Fábrica de Fogos de Artifício Mário Fróes Prazeres Bastos, localizada no Município de Santo Antônio de Jesus – Bahia, à consideração de que tais entes tinham dever de fiscalização de empreendimentos congêneres e fizeram-se omissos, contribuindo para a ocorrência do evento danoso. Em relação à fábrica, esta ficou revel, incidindo em seu desfavor a presunção de veracidade de que trata o art. 319 do Código de Processo Civil.

II. O Decreto 55.649/1965 e o Decreto 3.665/2000 atribuem ao Exército Brasileiro, com o auxílio dos órgãos de segurança pública estaduais, o controle e a fiscalização da atividade de fabricação de artigos pirotécnicos e explosivos.

III. Não procede a argumentação da União de que não tinha conhecimento das atividades desenvolvidas, visto que se concedeu, no plano federal, licença para que a empresa pudesse atuar no ramo de fabricação de explosivos — Certificado de Registro 381 SDPC/6, com validade para o triênio 1996/1998 — e depois da concessão, nenhuma atividade de fiscalização foi levada a cabo pelo órgão responsável.

IV. O Decreto Estadual 6.465/1997 confere à Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia não somente a atribuição de autorização para funcionamento de estabelecimentos que produzam ou comercializem fogos de artifício, mas também amplos poderes/deveres de fiscalização no que concerne à produção, à venda e mesmo à queima e uso de fogos. Inegável a responsabilidade solidária do Estado da Bahia, no caso.

V. Quanto aos danos materiais com despesas funerárias, estes são presumidos, prescindindo de comprovação, por se tratar o funeral e o sepultamento de fato notório, bem como pela natureza social da verba, de proteção e respeito à dignidade da pessoa humana. Precedentes do STJ. Danos materiais por despesas com funerais fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais) por vítima.

VI. Em se tratando de família de baixa renda, presume-se que o filho contribuiria para o sustento de seus pais quando tivesse idade para exercer trabalho remunerado (14 anos). Presume-se, ainda, que, após os 25 (vinte e cinco) anos, o indivíduo passa a constituir família e diminuiria o auxílio que prestaria aos pais. Precedentes do STJ. Correta a fixação do termo final da pensão devida aos pais à idade em que as vítimas (filhos) completariam 25 (vinte e cinco) anos de idade.

VII. A indenização deve tomar como parâmetro a repercussão do dano, suas sequelas, a repreensão ao agente causador do fato e sua possibilidade de pagamento. Ante a trágica situação dos autores, que perderam filhas, mães, esposas ou companheiras no acidente, tenho como plausível a fixação de indenização no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por vítima e aquela de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para a sobrevivente que sofreu lesões na explosão, sem que isso importe em enriquecimento ilícito.

VIII. Esta Corte já julgou caso idêntico ao posto neste processo, com fundamento no mesmo fato, qual seja, acidente com explosivos ocorrido na Fábrica de Fogos de Artifício Mário Fróes Prazeres Bastos, localizada no Município de Santo Antônio de Jesus – Bahia, onde prevaleceu o entendimento neste feito colocado (AC 0021825-87.2004.4.01.3300/BA, rel. Desembargador Federal Kassio Marques, Sexta Turma, e-DJF1, p. 209, de 22/10/2013).

IX. Remessa oficial e apelações do Estado da Bahia e da União a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e às apelações.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 31/08/2015.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: — Trata-se de reexame necessário e de recursos de apelação interpostos pela União e pelo Estado da Bahia, contra sentença proferida pelo douto Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, que julgou parcialmente procedente os pedidos dos autores, concedendo-lhes indenização por danos materiais e morais, em razão de acidente com explosivos ocorrido na Fábrica de Fogos de Artifício Mário Fróes Prazeres Bastos, no Município de Santo Antônio de Jesus – Bahia, que ocasionou lesão corporal em pessoas que trabalhavam no local, bem

como a morte de parentes, cônjuges e descendentes, dos requerentes.

A sentença de base deferiu em parte o pedido dos autores, à consideração de que a União e o Estado da Bahia tinham dever de fiscalização de empreendimentos produtores de explosivos e, no caso, fizeram-se omissos neste mister, contribuindo para a ocorrência do evento danoso. Considerou, ainda, que não havia dever de polícia por parte do Município de Santo Antônio de Jesus, em razão da ausência de previsão legal da obrigação. Em relação à empresa Mário Fróes Prazeres Bastos, esta ficou revel,

incidindo em seu desfavor a presunção de veracidade de que trata o art. 319 do Código de Processo Civil.

Argumenta a União que não houve omissão na fiscalização das atividades da fábrica de fogos, porquanto:

i) não seria atribuição das Forças Armadas o policiamento contínuo e ostensivo da fabricação, guarda e armazenamento de artigos pirotécnicos, pois suas funções não visam assegurar condições de trabalho, mas salvaguardar a Segurança Nacional;

ii) também não haveria omissão no que toca à fiscalização de segurança do trabalho pela Delegacia Regional do Trabalho da localidade, pois não ocorrera qualquer denúncia relacionada à empresa, além do que esta, provavelmente com a intenção de se eximir de fiscalizações, omitiu a atividade que efetivamente desenvolvia em sua solicitação de alvará de funcionamento junto à Prefeitura de Santo Antônio de Jesus, no qual consta como atividade exercida o “transporte de cargas em geral”; no seu registro na junta comercial, em que sua atividade corresponde a “comércio e varejo de produtos alimentícios”, bem como ao atribuir-se o nome fantasia de “Comercial de Ferragens Bastos”.

iii) a responsabilidade seria exclusiva dos donos da fábrica de fogos e, mesmo que se considere a ocorrência de responsabilidade estatal por falta de fiscalização, tão somente deveriam ser condenados o Estado da Bahia e o Município de Santo Antônio de Jesus, o primeiro em razão das disposições do Decreto 55.649/1965 e do Decreto 6.465/1997, que atribuiriam à Polícia Civil a vigilância e fiscalização das atividades de fabricação, comércio e uso de fogos, e o segundo, porque expediu alvará de funcionamento não condizente com a realidade da atividade desenvolvida pela empresa.

Por fim, a União requer, subsidiariamente, a redução da quantia arbitrada a título de indenização e da condenação em honorários advocatícios, bem como dos juros.

O Estado da Bahia, por sua vez, afirma sua ilegitimidade passiva, que a responsabilidade pelo trágico acidente ocorrido na fábrica de fogos de artifício decorreu da conduta criminosa dos proprietários e administradores, agravada pela omissão da União Federal, através do Ministério do Exército, em cumprir o dever de fiscalizar o funcionamento do estabelecimento. Alega que o dever da Polícia Civil ou Militar de fiscalizar o estabelecimento somente surgiria se o Ministério do Exército houvesse comunicado formalmente a instalação de estabelecimento que

precisasse ser vistoriado periodicamente, o que não ocorreu, pelo que não haveria de ser o Estado da Bahia responsabilizado pelos fatos.

Subsidiariamente, o Estado da Bahia requer redução da indenização por dano moral; exclusão da indenização por danos materiais relativa a despesas com funeral, à alegação de que estas não foram comprovadas; e diminuição dos honorários, em face da sucumbência recíproca.

Em contrarrazões, os apelados pugnam pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: — A sentença de base julgou procedente em parte os pedidos, para

[...] reconhecer a responsabilidade *solidária* da União, do Estado Da Bahia e da empresa Mário Fróes Prazeres Bastos na explosão ocorrida em 11 de dezembro de 1998, na Fazenda Joeirana, Município de Santo Antônio de Jesus/BA, condenando-os ao pagamento, a título de *danos morais*, das importâncias de R\$ 100.000,00 (*cem mil reais*) a Silvano Passos Dos Santos e a Bárbara Láis Da Cruz Santos pela morte de Maria Dionice Santana Cruz, R\$ 100.000,00 (*cem mil reais*) a Mariene Gonsalves Da Silva pela morte de Alexandra Gonçalves da Silva, R\$ 100.000,00 (*cem mil reais*) a Maria Lúcia Oliveira Dos Santos pela morte de Luciene Oliveira dos Santos e R\$ 25.000,00 (*vinete e cinco mil reais*) a Leila Cerqueira Dos Santos.

Quanto aos danos materiais relativos a despesas com funeral, condenou-se solidariamente a União, o Estado da Bahia e a Empresa Mário Fróes Prazeres Bastos a pagarem para Silvano Passos dos Santos, Mariene Gonsalves da Silva e Maria Lúcia de Oliveira, a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada um.

Por fim, determinou-se o pagamento, a título de prestação mensal de alimentos, desde a data do óbito do familiar, da importância de 2/3 (dois terços) de salário-mínimo por familiar falecido até: (i) a data em que Maria Dionice Santana da Cruz completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade a ser dividido entre os requerentes Silvano Passos dos Santos e Bárbara Láis da Cruz Santos, “devendo a cota-parte de Bárbara Láis, ao atingir o limite etário de 21 (vinete e um) anos, passar a beneficiar seu genitor, Silvio Passos dos Santos”; e (ii)

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e a Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada).

Alexandra Gonçalves da Silva e Luciene Oliveira dos Santos completariam 25 (vinte e cinco) anos de idade a beneficiar suas genitoras Mariene Gonçalves da Silva e Maria Lúcia dos Santos, respectivamente.

Inicialmente, sobre a responsabilidade dos entes da Federação, arrolados como réus na presente demanda, cumpre destacar que, em se tratando de artigos e elementos pirotécnicos e explosivos, o Decreto 55.649/1965 fixa normas para a fiscalização da fabricação, recuperação, manutenção, utilização industrial, manuseio, exportação, importação, desembaraço alfandegário, armazenamento, comércio e tráfego, estabelecendo a estrutura da fiscalização, especialmente supervisão e órgãos de execução direta e indireta, e indicando as atribuições orgânicas de órgãos executores, *in verbis*:

[...]

Art. 16. São elementos de execução indireta da fiscalização de produtos controlados:

a) os órgãos da polícia civil ou militar do Distrito Federal, Estados, Territórios e Municípios, que tenham atribuições específicas de fiscalização de armas, munições, pólvoras e explosivos;

b) os órgãos da polícia civil ou militar e rodoviária, que tenham atribuições de fiscalização de tráfego de mercadorias;

c) as autoridades de fiscalização fazendária;

d) as autoridades federais, estaduais, territoriais ou municipais que tenham encargos relativos a empresas de produtos controlados.

[...]

CAPÍTULO V

Atribuições Orgânicas

A) Do Ministério da Guerra

Art. 21. São atribuições privativas do Ministério da Guerra:

[...]

b) decidir sobre registro de empresas civis que se incumbam da fabricação, recuperação, manutenção, utilização industrial, manuseio, exportação, importação, armazenamento e comércio de produtos controlados, inclusive as fábricas de artigos pirotécnicos;

c) decidir sobre o cancelamento dos Registros concedidos, quando não atenderem às exigências legais e regulamentares, ou face ao estabelecido no Capítulo Penalidades deste Regulamento;

d) decidir sobre a paralisação temporária de estabelecimento de empresa, de acordo com o estabelecido no Capítulo Penalidades deste Regulamento;

e) fixar as quantidades máximas de explosivos e acessórios que as empresas civis podem manter em seus depósitos;

f) decidir sobre a revalidação de registro de empresas;

g) fiscalizar a fabricação, recuperação, manutenção, utilização industrial, o manuseio, a exportação, importação, o desembaraço alfandegário, armazenamento, comércio e tráfego de produtos controlados;

[...]

B) Do SFIDT/DPO

Art. 22. Para cumprimento das incumbências expressas no artigo anterior, cabe ao SFIDT/DPO:

a) efetuar o registro das empresas previstas no art. 10, situadas na área territorial de sua jurisdição e promover as medidas necessárias para que o registro das empresas, em todo o território nacional, se realize de acordo com a regulamentação em vigor sobre produtos controlados;

b) executar a fiscalização estabelecida neste Regulamento, na área territorial de sua jurisdição, promover as medidas necessárias para que a mesma seja exercida com toda a eficiência pelos demais órgãos de fiscalização;

c) executar as vistorias necessárias nas empresas, na área da sua jurisdição e promover as medidas necessárias para que as vistorias feitas pelos demais órgãos de fiscalização sejam realizadas eficientemente;

[...]

C) Das Regiões Militares

Art. 23. A cada Região Militar, por intermédio do seu Serviço de Fiscalização da Importação, Depósito e Tráfego de Produtos Controlados (SFIDT/Regional), incumbe:

a) promover o registro de todas as empresas previstas no art. 10, que sejam estabelecidas no território da respectiva Região Militar;

b) executar a fiscalização estabelecida neste Regulamento, na área territorial de sua jurisdição e as análises previstas no art. 28;

c) preparar os documentos iniciais exigidos para o Título de Registro de fábricas de produtos controlados, organizando o processo respectivo e remetendo-o, informado, ao DPO;

d) executar as vistorias necessárias nos estabelecimentos de empresas, na área de sua jurisdição;

e) promover a máxima divulgação das disposições legais, regulamentares e técnicas sobre produtos controlados, visando manter os SFIDT subordinados e o público em geral, informados da legislação em vigor;

[...]

i) organizar a relação das fábricas, firmas, etc, que se registraram, apostilaram, revalidaram ou cancelaram seus registros no mês anterior, onde deverá constar a razão social, número do registro, validade, ramo do comércio (espécie de produtos

fabricados ou usados), quantidade máxima que podem receber em pólvoras, explosivos, estopins, espoletas simples e elétricas bem como informação sobre posse de depósito. Dessa relação, será remetida uma via ao SFIDT/DPO e uma via a cada SFIDT regional, ao Departamento Estadual de Segurança Pública e aos estabelecimentos fabris do Exército que fabriquem produtos controlados, tudo diretamente e até o dia 10 de cada mês, de forma a que todos os serviços tomem conhecimento das empresas registradas em todo o País;

[...]

F) Dos Órgãos dos Departamentos de Segurança Pública

Art. 30. As polícias civis prestarão aos órgãos de fiscalização do Ministério da Guerra toda a colaboração necessária.

Parágrafo único. As Instruções das polícias civis federal e estaduais, sobre a fiscalização de produtos controlados pelo Ministério da Guerra, serão pautadas nas disposições do presente Regulamento.

Art. 31. São atribuições das polícias civis:

a) fiscalizar o comércio e o tráfego de produtos controlados dentro de cada Estado, Território, Distrito Federal, cidade, vila ou povoado, visando não da só a segurança do material e pessoal da população, como também criar condições favoráveis ao desenvolvimento local das atividades do ramo;

b) colaborar com o Ministério da Guerra na identificação de empresas que não estejam devidamente registradas nos órgãos de fiscalização;

c) fiscalizar os depósitos das firmas registradas no Ministério da Guerra para o comércio e emprego de produtos controlados, no que diz respeito à manutenção do estoque máximo;

d) levar imediatamente ao conhecimento dos órgãos de fiscalização do Ministério da Guerra qualquer irregularidade constatada nas empresas registradas;

[...]

g) cooperar com o Ministério da Guerra no controle da fabricação de fogos e artificios pirotécnicos e fiscalizar o uso e o comércio desses produtos;

[...]

r) exercer outras atribuições próprias estabelecidas em leis ou regulamentos.

Assim, os produtos objetos dessa atividade comercial têm sua fiscalização controlada pelo Exército Brasileiro, que conta com o auxílio dos órgãos de segurança pública estaduais, conforme previsto na normatização supra e no Decreto 3.665/2000, que aprovou a nova redação do Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Este

último texto normativo estabelece detalhadamente normas para fiscalização, utilização e comércio dos referidos produtos, conforme trecho que segue:

Art. 1º Este Regulamento tem por finalidade estabelecer as normas necessárias para a correta fiscalização das atividades exercidas por pessoas físicas e jurídicas, que envolvam produtos controlados pelo Exército.

Parágrafo único. Dentre as atividades a que se refere este artigo destacam-se a fabricação, a recuperação, a manutenção, a utilização industrial, o manuseio, o uso esportivo, o colecionamento, a exportação, a importação, o desembarço alfandegário, o armazenamento, o comércio e o tráfego dos produtos relacionados no Anexo I a este Regulamento.

[...]

Art. 3º Para os efeitos deste Regulamento e sua adequada aplicação, são adotadas as seguintes definições:

[...]

XXV - artifício de fogo: dispositivo pirotécnico destinado a provocar, no momento desejado, a explosão de uma carga;

XXVI - artifício pirotécnico: designação comum de peças pirotécnicas preparadas para transmitir a inflamação e produzir luz, ruído, incêndios ou explosões, com finalidade de sinalização, salvamento ou emprego especial em operações de combate;

Art. 4º Incumbe ao Exército baixar as normas de regulamentação técnica e administrativa para a fiscalização dos produtos controlados.

Art. 5º Na execução das atividades de fiscalização de produtos controlados, deverão ser obedecidos os atos normativos emanados do Exército, que constituirão jurisprudência administrativa sobre a matéria.

Art. 6º A fiscalização de produtos controlados de que trata este Regulamento é de responsabilidade do Exército, que a executará por intermédio de seus órgãos subordinados ou vinculados, podendo, no entanto, tais atividades ser descentralizadas por delegação de competência ou mediante convênios.

Parágrafo único. Na descentralização da fiscalização de produtos controlados não será admitida a superposição de incumbências análogas.

Art. 7º As autorizações que permitem o trabalho com produtos controlados, ou o seu manuseio, por pessoas físicas ou jurídicas, deverão ser emitidas com orientação voltada à obtenção do aprimoramento da mobilização industrial, da qualidade da produção nacional e à manutenção da idoneidade dos detentores de registro, visando salvaguardar os interesses nacionais nas áreas econômicas, da defesa militar, da ordem interna e da segurança e tranqüilidade públicas.

[...]

Art. 9º As atividades de fabricação, utilização, importação, exportação, desembaraço alfandegário, tráfego e comércio de produtos controlados, devem obedecer as seguintes exigências:

I – para a fabricação, o registro no Exército, que emitirá o competente Título de Registro – TR;

II – para a utilização industrial, em laboratórios, atividades esportivas, como objeto de coleção ou em pesquisa, registro no Exército mediante a emissão do Certificado de Registro - CR;

III – para a importação, o registro no Exército mediante a emissão de TR ou CR e da licença prévia de importação pelo Certificado Internacional de Importação – CII;

IV – para a exportação, o registro no Exército e licença prévia de exportação;

V - o desembaraço alfandegário será executado por agente da fiscalização militar do Exército;

VI - para o tráfego, autorização prévia por meio de GT ou porte de tráfego, conforme o caso; e

VII - para o comércio, o registro no Exército mediante a emissão do CR.

Portanto, não há que se afastar os deveres de fiscalização da União relativamente à questão.

Conforme bem consignado na sentença de base:

A notícia que há no processo – e que atrai a responsabilidade da União – é de que se concedeu, no plano federal, licença para que a empresa pudesse atuar no ramo de fabricação de explosivos – Certificado de Registro 381 SDPC/6, com validade para o triênio 1996/1998 – e de que depois da concessão, nenhuma atividade de fiscalização foi levada a cabo pelo órgão federal responsável, a não ser depois de ocorrido o trágico acidente, não mais, portanto, com finalidade preventiva, mas com o intuito de tomar aquele tipo de decisão indeclinável, que foi o fechamento do empreendimento comercial. A União não prova em nenhum momento que tenha exercido fiscalização, e isso é suficiente para que seja responsabilizada pelo evento danoso [...].

Dessa forma, não procede a argumentação da União de que não tinha conhecimento das atividades desenvolvidas pela empresa, em razão de constar de seu registro na junta comercial e de seu alvará de funcionamento atividade diversa da efetivamente desempenhada. A empresa diligenciou para obtenção de certificado de registro com vistas à atuação no ramo de fabricação de explosivos, o qual chegou a ser expedido, comprovando-se que houve conhecimento da intenção de exploração da atividade controlada.

O já citado Decreto 55.649/1965 é claro ao dispor que cabe ao Ministério da Guerra fiscalizar a fabricação,

a recuperação, a manutenção, a utilização industrial, o manuseio, a exportação, a importação, o desembaraço alfandegário, o armazenamento, o comércio e o tráfego de produtos controlados. Afirma-se também que é sua atribuição “*executar as vistorias necessárias nos estabelecimentos de empresas*” e

[...] promover a máxima divulgação das disposições legais, regulamentares e técnicas sobre produtos controlados, visando manter os SFIDT subordinados e o público em geral, informados da legislação em vigor [...].

Infere-se dessas disposições que a fiscalização em questão é legalmente estabelecida, de forma a garantir toda a regularidade do exercício de atividades produtivas de fogos de artifício, o que vai além da mera autorização de funcionamento, abarcando o controle das condições gerais de segurança dos estabelecimentos.

Assim, inexistente razão nas alegações de que a atuação das Forças Armadas não visa assegurar condições de trabalho, mas tão somente salvaguardar a Segurança Nacional, o que afastaria a responsabilidade atribuída à União. Seja qual fosse o fim almejado, por certo as questões relativas à segurança do estabelecimento e das pessoas que ali trabalhavam estariam incluídas na fiscalização legalmente atribuída à União.

Outrossim, não há que se falar em responsabilidade exclusiva da empresa, haja vista a caracterização denexo de causalidade entre a omissão estatal e o evento danoso. Se o Estado tivesse atuado, dentro da sua área de competência, certamente o estabelecimento em questão não estaria funcionando com as evidentes irregularidades detectadas nos laudos periciais produzidos após o acidente. Ressalte-se que não se está a excluir a responsabilidade da empresa, que também restou condenada nesta ação, mas tão somente a reconhecer que houve concorrência de ações/omissões para o acidente.

Em relação à responsabilidade do Estado da Bahia, conforme ressaltado pela sentença recorrida, tal estado possui,

[...] no seu plano normativo próprio, obrigação específica de fiscalização, como se extrai da leitura do Decreto Estadual 6.465/97, assim redigido: As fábricas de fogos de artifício e de estampido só poderão funcionar mediante expressa autorização policial anual, após atendimento das seguintes condições: I) apresentação de Título de Registro, expedido pelo Ministério do Exército; II) vistoria técnico-policial, realizada pelo Instituto de Criminalística Afrânio Peixoto, do Departamento de Polícia Técnica, da

Secretaria da Segurança Pública; III) assistência de um químico ou técnico responsável.

Da análise do Decreto Estadual 6.465/1997, percebe-se que são conferidos à Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia não somente a atribuição de autorização para funcionamento de estabelecimentos que produzam ou comercializem fogos de artifício, mas também amplos poderes/deveres de fiscalização no que concerne à produção, venda e mesmo à queima e uso de fogos, sendo inclusive estabelecido no capítulo referente às penalidades (capítulo VII), instrumentos para efetividade dessa atividade fiscalizadora, como, a exemplo da previsão de apreensão dos fogos encontrados em desacordo com as normas e multa por descumprimento do regulamento.

Os arts. 30 e 31 do decreto em comento, que integram sua parte final denominada de “disposições gerais”, não deixam dúvida quanto às considerações já feitas, atribuindo à Polícia Civil a atividade de fiscalização e afirmando que esta compreende não só a inspeção e autorização, mas também a vigilância observadora, *in verbis*:

Art. 30 - Compete à Polícia Civil da Bahia, através da Divisão de Produtos Controlados - DPC, do seu Departamento Especializado de Investigação Criminal - DEIC, a fiscalização, compreendendo vigilância observadora e inspeção, e autorização, para os fins indicados neste Regulamento.

Art. 31 - Para o cumprimento de suas específicas atribuições, ora regulamentadas, a Divisão de Produtos Controlados - DPC, do DEIC, será auxiliada, na RMS, pelas Divisões Regionais de Polícia Metropolitana e suas Delegacias Circunscricionais, do Departamento de Polícia Metropolitana - DEPOM, e no interior do Estado, pelas Divisões Regionais de Polícia e suas Delegacias de Polícia do Município, do DEPIN, da estrutura da Polícia Civil.

Assim, inegável a responsabilidade solidária do Estado da Bahia com a União.

Nas razões de apelação do Estado da Bahia, argumenta-se que a atividade era exercida de forma clandestina, o que excluiria a responsabilidade do ente público. Entretanto, conforme já afirmado, a legislação estadual é clara ao fixar a responsabilidade solidária em relação à fiscalização de produção de fogos de artifício, não subsistindo tal argumento, em face da responsabilidade objetiva do Estado.

Portanto, mantida a sentença também no que toca à condenação do Estado da Bahia.

Por fim, em relação à responsabilidade do Município de Santo Antônio de Jesus, embora possa ter ocorrido irregularidade na expedição do alvará de

funcionamento da empresa ré, tenho que não há nexo direto entre o alegado vício do documento e o evento danoso. Tal circunstância, aliada ao fato de inexistir legislação que lhe atribua dever pela fiscalização, implica na sua ilegitimidade para a demanda, conforme definido na sentença.

Quanto aos danos materiais com despesas funerárias, a sentença baseou-se em assente jurisprudência do STJ, no sentido de que tais despesas são presumidas, prescindindo de comprovação, por se tratar o funeral e o sepultamento de fato notório, bem como pela natureza social da verba, de proteção e respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido:

ACIDENTE FERROVIÁRIO. TREM QUE TRAFEGAVA COM AS PORTAS ABERTAS. VÍTIMA FATAL. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. AFASTAMENTO. SÚMULA 7/STJ. PROVA DAS DESPESAS HAVIDAS COM FUNERAL. DESNECESSIDADE. PROVA DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORATIVA. DESNECESSIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Tendo o acórdão recorrido assentado a ausência de prova de culpa exclusiva da vítima, a alteração dessa conclusão esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, não se exige a prova do valor efetivamente desembolsado com despesas de funeral, se o montante arbitrado em juízo não se afigura excessivo. Precedentes.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa.

(EDcl no Ag 1407780/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 01/10/2012)

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DESPESAS DE FUNERAL E SEPULTAMENTO. PROVA. DESNECESSIDADE, DESDE QUE LIMITADA AO PISO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

1. Desde que limitada ao mínimo previsto na legislação previdenciária, não se exige, para fins de indenização, a comprovação das despesas havidas com funeral e sepultamento, por se tratar de fato notório que deve ser presumido, pela insignificância do valor no contexto da ação, bem como pela natureza social da verba, de proteção e respeito à dignidade da pessoa humana.

Precedentes.

2. A aparente divergência jurisprudencial no âmbito do STJ, pela necessidade de comprovação das despesas de funeral, é antiga e se encontra superada.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1128637/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012)

Não procede, portanto, a argumentação de que deve ser afastada a condenação em pagar indenização a título de despesas com funeral e sepultamento, em razão da inexistência de comprovação dos gastos.

De outra parte, também há firme jurisprudência do STJ em relação à fixação do termo final para recebimento de pensão mensal pela morte de filhos em família de baixa renda, não havendo motivo para que a pensão aos pais somente seja paga somente até a idade em que a vítima completaria 21 (vinte e um) anos de idade, como requer a União.

Em se tratando de família de baixa renda, presume-se que o filho contribuiria para o sustento de seus pais quando tivesse idade para exercer trabalho remunerado, pelo que é devida pensão aos pais, no valor de 2/3 (dois terços) do salário-mínimo, contada a partir do dia em que a vítima completasse 14 anos até a data em que viria a completar 25 anos, reduzida, a partir de então, para 1/3 (um terço) do salário-mínimo, até o óbito dos beneficiários da pensão ou a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, o que ocorrer primeiro.

Presume-se que, após os 25 (vinte e cinco) anos, o indivíduo passa a constituir família e diminui o auxílio que prestaria aos pais. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHA MENOR. PENSÃO DEVIDA AOS PAIS. TERMO INICIAL. TERMO FINAL. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO.

1. Tratando-se de família de baixa renda, presume-se que o filho contribuiria para o sustento de seus pais, quando tivesse idade para passar a exercer trabalho remunerado, dano este passível de indenização.

2. Pensão mensal de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, inclusive gratificação natalina, contada a partir do dia em que a vítima completasse 14 anos até a data em que viria a completar 25 anos, reduzida, a partir de então, para 1/3 (um terço) do salário mínimo, até o óbito dos beneficiários da pensão ou a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, o que ocorrer primeiro.

3. Agravo regimental provido. Recurso especial conhecido e provido.

(AgRg no Ag 1217064/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 08/05/2013)

RECURSOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PENSÃO POR MORTE DE FILHO COM 17 ANOS. 13º SALÁRIO. TAXA DE JUROS LEGAIS MORATÓRIOS APÓS O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL. TAXA SELIC. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

[...]

3. Concessão de pensão por morte em favor da mãe da vítima adolescente, fixada inicialmente em dois terços do salário mínimo, a partir da data do óbito até o dia em que completaria 65 anos de idade, reduzindo-se para um terço do salário mínimo a partir do momento em que faria 25 anos de idade. Aplicação da Súmula 491 do STF na linha da jurisprudência do STJ.

4. Fixação da taxa dos juros legais moratórios, a partir da entrada em vigor do artigo 406 do Código Civil de 2002, com base na taxa Selic, seguindo os precedentes da Corte Especial do STJ (REsp.

1.102.552/CE e REsp 267.080/SC, em ambos o rel. Min. Teori Zavascki).

5. Exclusão da parcela relativa ao 13º salário por não ter sido demonstrado que a vítima trabalhava na época do fato.

6. Sucumbência redimensionada, sendo reconhecido o decaimento mínimo da autora.

7. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS.

(REsp 1279173/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 09/04/2013)

Assim, a fixação do termo final para pagamento de pensão aos pais pela morte de filhos tem por parâmetro uma presunção da contribuição destes no sustento daqueles, em nada se relacionando com os fundamentos do término da prestação inversa, de pensão recebida pelos filhos, pois nesta, o parâmetro é a presunção de independência econômica do beneficiário. Assim, não acolho o requerimento de que a pensão aos pais se encerre ao tempo em que as vítimas completariam 21 (vinte e um) anos).

No que toca ao montante da indenização por danos morais, entendo que são razoáveis os valores fixados na sentença, bem como a fundamentação ali empregada, no sentido de ser inaplicável

[...] aqui as quantias módicas que são aplicáveis para aqueles danos corriqueiros, ordinários, como são os decorrentes de relações bancárias e coisas assemelhadas. A perda de ente querido não tem preço. Se a indenização não apaga a dor sofrida, que sirva ao menos de compensação material digna.

A indenização deve tomar como parâmetro a repercussão do dano, suas sequelas, a repreensão ao agente causador do fato e sua possibilidade de

pagamento. Ante a funesta situação dos autores, que perderam filhas, mães, esposas ou companheiras no trágico acidente, tenho como plausível a fixação de indenização no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sem que isso importe em enriquecimento ilícito ou a indenização de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) dada a Leila Cerqueira dos Santos, sobrevivente que sofreu lesões na explosão.

Incabível o argumento da União no sentido de que Antônio Manoel Ferreira Souza não demonstrou a existência de vínculo com a falecida Maria Antônia dos Santos Souza, uma vez que eles eram casados, conforme se vê da certidão de casamento de fl. 77. Deveria, assim, a União fazer prova em contrário. Além disso, foi o declarante nas certidões de nascimento de todos os 8 (oito) filhos que teve com aquela, assim como a certidão de óbito de Maria Antônia (fl. 79), razão pela qual afastou a preliminar de ilegitimidade ativa de Antônio Manoel Ferreira Souza. Além disso, a filha de 14 (quatorze) anos trabalhava junto com a mãe para sustentar a família que era composta do pai, da mãe e de 8 (oito) filhos, onde toda ajuda era bem-vinda.

Quanto à verba honorária, esta foi arbitrada de acordo com os parâmetros fixados no art. 20, § 3º, do CPC, devendo ser mantida, em razão da sucumbência mínima da parte-autora.

Os juros moratórios e a correção monetária incidentes sobre as parcelas atrasadas estão fixados conforme as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal, não havendo de se fazer reparos no ponto.

Aponto aqui, ao final, *que este Tribunal já julgou processo idêntico a este feito*, o qual tem fundamento no mesmo fato, acidente com explosivos ocorrido na Fábrica de Fogos de Artifício Mário Fróes Prazeres Bastos, localizada no Município de Santo Antônio de Jesus – Bahia, de minha relatoria, onde prevaleceu o entendimento aqui colocado, conforme se vê da seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INDEPENDÊNCIA ENTRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO INDEFERIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. DEVER DA UNIÃO E DO ESTADO DA BAHIA DE FISCALIZAÇÃO DE FÁBRICA DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. DANOS MATERIAIS POR DESPESAS FUNERÁRIAS. OCORRÊNCIA. RAZOÁVEL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

1. A sentença de base condenou a União e o Estado da Bahia a pagar indenização por danos materiais e morais pela morte de parentes dos Autores em acidente com explosivos ocorrido na

fábrica de fogos de artifício Mário Fróes Prazeres Bastos, localizada no Município de Santo Antônio de Jesus - Bahia, à consideração de que tais entes tinham dever de fiscalização de empreendimentos congêneres e fizeram-se omissos, contribuindo para a ocorrência do evento danoso. Em relação à fábrica, esta ficou revel, incidindo em seu desfavor a presunção de veracidade de que trata o art. 319, do Código de Processo Civil.

2. Preliminarmente, não merece guarida o requerimento de suspensão do presente feito em face da existência de processo criminal contra os donos da fábrica. A responsabilidade civil, nos termos do artigo 935, do Código Civil, é independente da criminal, não havendo obrigatoriedade de suspensão do processo cível até o julgamento da ação de natureza penal. Precedentes do STJ.

3. O Decreto nº 55.649/65 e o Decreto nº 3.665/2000 atribuem ao Exército Brasileiro, com o auxílio dos órgãos de Segurança Pública estaduais, o controle e fiscalização da atividade de fabricação de artigos pirotécnicos e explosivos.

4. Não procede a argumentação da União de que não tinha conhecimento das atividades desenvolvidas, visto que se concedeu, no plano federal, licença para que a empresa pudesse atuar no ramo de fabricação de explosivos - Certificado de Registro nº 381 SDPC/6, com validade para o triênio 1996/1998 - e depois da concessão, nenhuma atividade de fiscalização foi levada a cabo pelo órgão responsável.

5. O Decreto Estadual 6.465/97 confere à Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia não somente a atribuição de autorização para funcionamento de estabelecimentos que produzam ou comercializem fogos de artifício, mas também amplos poderes/deveres de fiscalização no que concerne à produção, venda e mesmo à queima e uso de fogos. Inegável a responsabilidade solidária do Estado da Bahia, no caso.

6. Quanto aos danos materiais com despesas funerárias, estas são presumidas, prescindindo de comprovação, por se tratar o funeral e o sepultamento de fato notório, bem como pela natureza social da verba, de proteção e respeito à dignidade da pessoa humana. Precedentes do STJ. Danos materiais por despesas com funerais fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais) por vítima.

7. Em se tratando de família de baixa renda, presume-se que o filho contribuiria para o sustento de seus pais quando tivesse idade para exercer trabalho remunerado (14 anos). Presume-se, ainda, que, após os 25 (vinte e cinco) anos, o indivíduo passa a constituir família e diminuiria o auxílio que prestaria aos pais. Precedentes do STJ. Correta a fixação do termo final da pensão devida aos pais à idade em que as vítimas (filhos) completariam 25 (vinte e cinco) anos de idade.

8. A indenização deve tomar como parâmetro a repercussão do dano, suas seqüelas, a repressão

ao agente causador do fato e sua possibilidade de pagamento. Ante a trágica situação dos Autores, que perderam filhas, mães, esposas ou companheiras no acidente, tenho como plausível a fixação de indenização no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por vítima, sem que isso importe em enriquecimento ilícito.

9. Nega-se provimento ao reexame necessário e às apelações do Estado da Bahia e da União.

(AC 0021825-87.2004.4.01.3300/BA, Rel. DE-SEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.209 de 22/10/2013)

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e às apelações do Estado da Bahia e da União.

É como voto.

Sexta Turma

Numeração única 0019586-89.2009.4.01.3800

Apelação Cível 2009.38.00.020164-3/MG

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)
 Apelante: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Apelada: Nathália Cristina Lima Braga
 Advogados: Dr. Adão Inácio Salomão Filho e outros
 Publicação: e-DJF1 de 06/10/2015, p. 1.120

Ementa

Internacional. Busca e apreensão de menor. Mãe brasileira e pai português. Criança transferida ilicitamente para o Brasil. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Retenção nova: pedido de regresso formulado em prazo inferior a um ano da transferência ilícita. Exame psicossocial. Completa adaptação do menor ao novo meio social. Restituição ao país de moradia anterior: impossibilidade. Sentença mantida.

I. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças objetiva assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado contratante ou nele retidas indevidamente, excetuada a hipótese de integração do menor ao novo meio, que deve ser verificada por meio de exame psicológico.

II. O fato de o pedido de restituição do menor ao país de origem ser formulado em prazo inferior a um ano entre a transferência ilícita e o início do processo perante a autoridade administrativa ou judicial do Estado contratante onde a criança se encontra não é suficiente, por si só, para determinar-se seu imediato regresso se a pessoa que se oponha a seu retorno provar (a) que aquela que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou (b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

III. Exame psicológico produzido nos autos revela a plena adaptação do menor transferido ilicitamente para o Brasil ao novo meio em que inserido, havendo conclusão, ainda, no sentido de que uma aproximação inescrupulosa poderia marcar indefinidamente a relação entre pai e filho e gerar sintomas extremamente prejudiciais para a criança. Exceção descrita na alínea *b* do art. 13 da Convenção de Haia caracterizada.

IV. Não há na alínea *b* do art. 13 da Convenção de Haia qualquer limitação no sentido de que a expressão “risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável” deva ser interpretada no sentido único pretendido pela União — caracterização do risco pela existência de áreas desestabilizadas por acidentes naturais, guerras, epidemias, escassez de alimentos, questões sociais graves etc. A necessidade de observância de interpretação restrita do art. 13, *b*, da Convenção de Haia não legitima a restrição de seu alcance sem qualquer indicativo no sentido pretendido.

V. Não comprovada a prática, pela genitora do menor, de alienação parental, que inclusive fora afastada por meio de manifestação da psicóloga responsável pelo laudo acostado aos autos, não há que se falar em risco na permanência do menor junto a ela.

VI. Recurso de apelação interposto pela União a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 14/09/2015.

Juíza Federal *Hind Ghassan Kayath*, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath: — Trata-se de recurso de apelação interposto pela União contra sentença proferida pela MM. Juíza Federal da 15ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, que julgou improcedente o pedido formulado pela União, que, na qualidade de Autoridade Central Brasileira (art. 6 do Decreto 3.413/2000, que promulgou a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças), pretendia a busca, a apreensão e a restituição do menor G.D.L.P. sob a alegação de que transferido de forma ilícita por sua genitora (fls. 1012-1037-v.).

2. Consignou a ilustre magistrada de primeiro grau que, apesar de ilícita a transferência do menor G.D.L.P. para o Brasil, não é hipótese de se determinar o seu retorno ao país no qual até então residia, e no qual reside seu pai biológico (Portugal), na medida em que laudo de exame psicossocial acostado aos autos comprova sua total integração ao meio em que atualmente vive, possuindo boa referência familiar e desfrutando de carinho e atenção que contribuem para o seu ajustamento no lar e na escola.

3. Em suas razões, fls. 1040-1049, afirma a União ser devida a reforma da sentença recorrida na medida em que o exame psicossocial realizado comprova que o menor G.D.L.P., apesar de encontrar-se adaptado à vida no Brasil, vem sendo submetido a “*odiosos atos de alienação parental*” (fls. 1042-1043). Neste ponto, ressalta que (a) a criança, em tão tenra idade e sem ter tido oportunidade de conviver com o genitor, desenvolve sentimentos negativos em relação a ele por manipulação por parte de sua genitora; (b) ao dizer que o pai é careca e que não gosta de pessoas carecas, o menor encontra uma desculpa para justificar um “*não gostar*” que lhe está sendo imposto pela genitora; (c) a alegada passividade da genitora em passar informações do pai ao filho, em verdade, não existe, pelo alto grau de repulsa que o menor tem ao pai; (d) a genitora apresentou o novo companheiro ao

filho como sendo um novo pai, de modo a apagar a existência do pai biológico, gerando conflitos internos na criança; (d) não é a criança que não quer saber da existência do pai, sendo a ardil e enredada situação criada pela genitora que gera a rejeição do menor em relação ao pai; e (e) o menor se vê obrigado a renegar suas raízes para agradar a mãe e o padrasto, que tentam manipulá-lo, prevalecendo-se da condição de cuidadores e protetores.

4. Ao final, ressalta que a caracterização da alienação parental afasta a incidência da excludente prevista na parte final do segundo parágrafo do art. 12 da Convenção de Haia

[...] a autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio [...],

bem como que a norma prevista na alínea b do § 1º do art. 13 do Decreto 3.413/2000

[...] sem prejuízo das disposições contidas no artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável [...]

comporta interpretação restritiva, de forma a se considerar que o “*risco*” só se caracteriza pela existência de áreas desestabilizadas por acidentes naturais, guerras, epidemias, escassez de alimentos e questões sociais, o que não é o caso dos autos.

5. Com as contrarrazões ao recurso de apelação (fls. 1054-1059), subiram os autos a esta Corte.

6. Em parecer (fls. 1065-1072), manifesta-se o Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso de apelação.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath:
— A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças foi promulgada pelo Decreto 3.413/2000 e tem por objetivo assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado contratante ou nele retidas indevidamente, bem como fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado contratante.

2. Ainda nos termos da Convenção de Haia, *tem-se por transferência ilícita ou retenção indevida a violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção, e esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido* (art. 3º).

3. Na hipótese dos autos, não há dúvida acerca da caracterização da transferência ilícita do menor G.D.L.P. imputada à ré/apelada, que o trouxe para o Brasil em julho/2007 após episódios que impossibilitaram a manutenção do convívio com o genitor da criança e a necessidade de retorno ao país de origem. Tais fatos são por ela narrados em sua contestação, na qual inclusive, defende o argumento de não ser possível o retorno da criança quando restar comprovado já se encontrar integrada em seu novo meio.

4. O que se discute é a possibilidade de restituição do menor ao país no qual até então possuía moradia habitual (Portugal) após dois anos de sua transferência ilícita para o Brasil, se considerada a data do ajuizamento da ação, ou mais de 8 anos se observada a data de julgamento do presente recurso de apelação.

5. No caso concreto, penso que não. Explico.

6. O § 1º do art. 12 da Convenção de Haia é no sentido de que a autoridade judicial ou administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrar deverá determinar seu imediato retorno ao país de moradia habitual caso tenha decorrido menos de 1 ano entre a data da transferência ou retenção ilícitas e a data do início do processo perante a autoridade

judicial ou administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrar.

7. Confira-se o teor de sua redação:

Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança.

8. O mesmo artigo prevê, ainda, porém em seu parágrafo segundo, que

[...] a autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada em seu novo meio [...].

9. Hipótese dos autos em que os fatos narrados pelas partes e os documentos acostados comprovam que entre a data da transferência ilícita do menor G.D.L.P. e a de início do processo perante a autoridade administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrava (Brasil) decorreu período inferior a um ano, já que o retorno da genitora e do menor ao Brasil ocorreu em julho/2007 e o início do processo perante a Autoridade Central do Brasil deu-se em junho/2008, mais precisamente no dia 19 (fls. 51 e 43, respectivamente).

10. Em tese, portanto, seria o caso de se admitir a plausibilidade da tese defendida pela União em seu recurso de apelação, a ele dando provimento e reformando a sentença recorrida.

11. Ocorre que a própria Convenção de Haia excepciona a regra prevista em seu art. 12 para admitir que a criança não seja devolvida ao país de origem se provado (a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência; ou (b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

12. Preveem os §§ 2º e 3º do art. 13 da Convenção de Haia, ainda:

§ 2º. A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro e Kassio Marques.

que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

§ 3º. Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

13. De comentário ao art. 13 da Convenção de Haia disponível em sítio eletrônico mantido pelo Supremo Tribunal Federal (acessado em 09/09/2015 às 12h38) extraio o seguinte excerto:

[...].

Sendo o objetivo da Convenção o retorno da criança ao seu país de origem, em regra, ele deverá ser sempre determinado pelo juiz ou autoridade processante, nos termos do art. 12, já analisado. O art. 13 concentra as exceções, ou seja, aqueles casos em que o juiz poderá recusar o retorno. Trata-se de artigo considerado polêmico e já foi objeto de inúmeras discussões em seminários internacionais. O assunto foi debatido longamente no seminário internacional realizado pela Conferência da Haia no México, em dezembro/2004.

[...].

O art. 13 trata, portanto, das exceções à restituição de crianças ao país de residência habitual, ou seja, aquelas situações de recusa ao pedido de restituição. Há grande controvérsia com relação à aplicação desse artigo entre os diversos países e, na reunião de Monterrey, México, 2004, a orientação da Conferência de Haia foi da utilização desse artigo com restrições.

No entanto, essa obrigação de retorno da criança não poderia ser absoluta sob pena de frustrarem-se os próprios direitos e interesses da criança. Por esse motivo, a Convenção previu exceções à essa obrigação de retorno, que vêm delineadas não apenas nesse art. 13, como também no art. 20 da Convenção.

Considera-se, portanto, desobrigado o juiz ou autoridade do Estado-requerido, de determinar o retorno da criança, quando a parte que se oponha ao seu retorno provar que:

1) a pessoa ou entidade requerente não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou retenção (art. 13, a, primeira parte);

2) essa pessoa ou entidade havia consentido ou concordado posteriormente com essa transferência ou retenção (art. 13, a, segunda parte);

3) haja um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica (art. 13, b, primeira parte);

4) que haja um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar numa situação intolerável (art. 13, b, segunda parte);

5) quando a própria criança se opuser ao retorno e, pela sua idade e maturidade, a autoridade se convenção de que deva levar em consideração a sua opinião (art. 13, § 2º);

6) quando o pedido de retorno da criança, ainda que esteja de acordo com o art. 12, não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 20).

Essas exceções comportam o mundo. Várias hipóteses dela poderão se originar ou delas terão consequência, conforme uma interpretação mais ou menos liberal. Mas como exceções que são, não se deve olvidar o princípio de Direito universalmente aceito, deverão ser interpretadas restritivamente, de modo que não se admite a invocação de outro impedimento ao retorno que não os expressamente previstos nos arts. 13 e 20 da Convenção.

Dois outros pontos parecem bem claros da leitura do dispositivo acima nominado. O primeiro deles refere-se ao ônus da prova: a parte (pessoa física, instituição ou organismo) que se opuser ao retorno da criança, tem a obrigação de provar o alegado. O segundo diz respeito ao convencimento do juiz ou autoridade: trata-se de norma que não lhe impõe a obrigatoriedade de recusar o retorno da criança, naquelas circunstâncias, mas antes lhe concede o poder discricionário de recusar, segundo as provas realizadas pela parte.

Segundo a sistemática processual brasileira, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC, são hábeis para provar a veracidade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa (art. 332 do CPC), cabendo o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (art. 333, I), e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II). Em linhas gerais, é essa a distribuição do ônus da prova no Direito Brasileiro.

A Convenção adotou, desse modo, a máxima de que aquele que alega deve provar o alegado. Mas não apenas isso. A conjugação desse dispositivo com o contido no seu preâmbulo e nos objetivos convencionais permite a conclusão de que, ao aplicar essa regra, a Convenção pretendeu também equilibrar a situação jurídica das duas partes em conflito, porque considera que, em princípio, o sequestrador encontra-se em posição de vantagem, pois a sua fuga possibilitou-se escolher o foro que, em tese, lhe era mais favorável. Desse modo, invocam-se as razões elencadas no art. 13, bem como também no art. 20 da Convenção, assume o ônus de provar suas alegações, uma vez que, em princípio, a principal medida a ser tomada é a ordem de retorno imediato da criança.

No entanto, é de todo aconselhável, sempre que possível, a oitiva da criança, pois nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre deverá preponderar o interesse da criança. Claro que tal oitiva há de ser feita com grande cuidado, pois devemos lembrar que a criança que foi deslocada ilicitamente está em contato com o sequestrador, com quem pode desenvolver vínculos afetivos mais fortes do que com aquele que legitimamente postula o retorno, haja vista que este foi irregularmente privado do convívio com a criança.

De qualquer modo, essas exceções devem ser analisadas sempre restritivamente, sob pena de desnaturar-se o próprio objetivo da convenção. Por exemplo, há que se ter uma extrema certeza do risco que estaria submetida a criança em caso de devolução, não bastando a simples alegação do “sequestrador”, bem como esse risco seja completamente provado.

Há certo consenso entre os juízes de que crianças pequenas deveriam permanecer com suas mães, o que resulta em decisões contrárias a restituição em outros países. Esse é um fator de desgaste nas nossas relações com outras autoridades centrais, já que, uma vez proferida decisão por juízo brasileiro, cabe a ACAF sustentar a posição do Judiciário. Seria interessante aprofundar uma discussão sobre como fundamentar as posições contrárias ao retorno, inclusive em casos recentes, em que os menores foram trazidos com menos de um ano para o Brasil por suas mães, sendo questionável a ordem de se retornar a criança a um país com o qual não criou vínculos.

Sobre o tema, há farta doutrina no já referido sítio da Conferência de Haia, no link “publicações”, de onde ressalta-se o “The Judge’s Newsletter”, com versões em inglês, francês e espanhol. Por fim, é necessário salientar que no sítio www.incadat.com, também disponível nas três línguas acima mencionadas, existe jurisprudência de países de todo mundo relativa à aplicação do referido convênio.

Observa-se, ainda, que há grande preocupação em todos os países sobre o regresso seguro da criança e de seu (sua) guardião (guardiã), como ficou claro por ocasião da última reunião da Conferência, acima citada (no site da Conferência há todas as moções aprovadas na última reunião). Na ocasião entendeu-se que não basta detectar uma situação de risco ou perigo, mas sim que é necessário controlá-la ou superá-la mediante uma ampla cooperação administrativa e judicial, mediante comunicações judiciais e juízes de ligação.

Assim, parece que somente quando não se consiga controlar e superar as situações de perigo ou risco identificadas é que se pode aplicar a exceção para negar o pedido de restituição.

14. Dessa forma, ainda que decorrido período inferior a um ano entre a data da transferência ilícita e a do início do processo perante a autoridade judicial ou

administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrar, hipótese dos autos, possível o não acolhimento da pretensão de retorno imediato ao país de origem se restar provada a ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 13 da Convenção de Haia.

15. No caso concreto, reputo presente a exceção prevista na alínea *b* do art. 13 da Convenção de Haia: prova de que há risco grave de a criança, no seu retorno ao país de origem, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

16. O perigo de ordem psíquica a que estaria sujeito o menor G. D. L. P. quando de seu retorno a Portugal restou evidenciado pelo teor do exame psicossocial realizado na origem, de cujo laudo constou: (fls. 928 e seguintes):

2.0 PROCURADORA DA REPÚBLICA

2.1 O menor está totalmente integrado em seu novo lar?

O menor encontra-se integrado em seu lar e possui vínculos afetivos e sociais expressivos com a escola que frequenta. Sente-se acolhido pelo companheiro da mãe a quem nomeia por pai. Aprecia o convívio com os demais familiares e não demonstra qualquer interesse em conhecer o pai biológico, tampouco o país onde nasceu.

2.2 O eventual retorno a Portugal poderia causar danos psíquicos à criança?

Certamente, o eventual retorno do menor a Portugal poderia causar danos psíquicos irreparáveis. Toda a referência familiar da criança foi construída no Brasil. Ele desconhece suas origens e não elabora questões a este respeito. Por ora, a criança não se sente convocada a pensar sobre o pai biológico e a família paterna.

A princípio, uma medida criteriosa seria favorecer o contato entre a criança e o pai biológico de modo a permitir a construção de vínculos afetivos inexistentes até o presente momento.

Através da construção destes vínculos afetivos é possível produzir segurança suficiente para que haja a emergência e um desejo de saber sobre sua própria vida. Somente assim, poderíamos promover uma aproximação benéfica e consistente entre pai e filho.

[...].

CONCLUSÃO

É importante ressaltar que ter acesso a sua própria história é essencial para um desenvolvimento psíquico saudável. Retomar os laços afetivos com o pai biológico é uma via fundamental para que o menor possa se apropriar de sua existência e ter disponível a possibilidade de resignificar a realidade que teve acesso até agora. Entretanto, a repatriação promoveria uma aproximação abrupta, privando

esta criança da segurança advinda do único convívio familiar que tem acesso. Por ora, o pai biológico não constitui um sujeito de referência para o menor.

Uma aproximação inescrupulosa poderia marcar indefinidamente a relação entre pai e filho e gerar sintomas extremamente prejudiciais para a criança. Entende-se que é um direito da criança não ser privada do convívio do pai, entretanto, tal aproximação deve ser realizada através da mediação de pessoas capacitadas para acompanhar este processo. É de suma importância que esta família tenha o apoio necessário para o enfrentamento de questões que inevitavelmente serão colocadas em cena a partir de uma possível aproximação entre pai e filho.

Precisaremos contar com a paciência e a preservação de um pai que deseja recuperar um filho e de uma mãe que compreenda a importância de permitir e colaborar para que este filho tenha o seu pai de direito.

[...].

17. Assim firmado o estudo psicológico apresentado em primeira instância, e restando clara a plena adaptação ao novo meio social em que inserido o menor G.D.L.P., bem como a possibilidade de que seu retorno a Portugal ocasione prejuízos de ordem emocional, máxime porque privado estará do convívio com parentes e amigos aqui feitos, não vejo razão para sua restituição ao seu genitor.

18. No mesmo sentido, precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Direito processual civil. Busca e apreensão de menor. Pai americano. Mãe brasileira. Criança na companhia da mãe, no Brasil. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças. Situação consolidada. Risco de danos psíquicos e emocionais se houver retorno da criança ao país de origem (Estados Unidos).

- Não se conhece do recurso especial na parte em que fundamentado em temas não apreciados pelo Tribunal estadual, o qual adotou premissa diversa da pretendida pela parte.

- Deve-se levar em consideração, em processos de busca e apreensão de menor, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, no sentido de que os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

- Este processo não busca definir a guarda do menor; apenas busca decidir a respeito do retorno da criança para a residência de onde foi transferida, no caso, Estado de Nova Jersey, Estados Unidos da América.

- A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças possui o viés do interesse prevalente do menor, porquanto

foi concebida para proteger crianças de condutas ilícitas.

- Seguindo a linha de proteção maior ao interesse da criança, a Convenção delimitou as hipóteses de retorno ao país de origem, mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor, com exceções como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal.

- Assim, quando for provado, como o foi neste processo, que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança (art. 12), bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a danos de ordem psíquica (art. 13, alínea "b"), como concluiu o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança.

- Com tal delineamento fático dado ao processo, a questão se encontra solvida, porquanto é vedado nesta via o revolvimento do conjunto de fatos e provas apresentados pelas partes, tendo em vista que esta Corte toma em consideração os fatos tais como descritos pelo Tribunal de origem.

Recurso especial não conhecido, por maioria.

(REsp 900.262/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 08/11/2007, p. 226). Grifo nosso.

19. Por outro lado, ressaltado não prosperar a alegação da União no sentido de que a previsão excepcional da alínea *b* do art. 13 da Convenção de Haia somente comportaria interpretação restrita no sentido de que o "risco" a que estaria sujeita a criança só se caracterizaria pela existência de áreas desestabilizadas por acidentes naturais, guerras, epidemias, escassez de alimentos, questões sociais graves etc.

20. É que não há no artigo em questão qualquer limitação no sentido indicado pela União em suas razões recursais, sendo certo que a necessidade de observância de interpretação restrita do dispositivo supracitado é para fiel cumprimento do objetivo da Convenção de Haia, não sendo legítimo ao intérprete restringir seu alcance sem qualquer indicativo no sentido pretendido.

21. Por fim, registro não modificar o entendimento ora exposto a alegação da União de que a genitora do menor estaria a praticar alienação parental, que, por sua vez, restaria caracterizada no caso concreto pelos sentimentos negativos desenvolvidos em relação ao seu genitor.

22. Isso porque a perita responsável pela realização do exame psicossocial afastou expressamente o teor dos esclarecimentos ao laudo pericial (fls. 984 e seguintes):

[...].

Até o momento, o cenário construído pela criança destaca a genitora como referência de afeto e segurança. Por outro lado, o genitor encontra-se investido de uma construção simbólica precária, sem elementos subjetivos capazes de promover enlances afetivos. Assim, o pai biológico figura como um estranho para Guilherme.

Deste modo, a aversão evidenciada pelo comportamento da criança quando confrontada à imagem do pai, nos conduz a considerar duas vertentes sintomáticas manifestas: a ansiedade produzida em consequência da possibilidade inesperada do encontro com o genitor e o medo de ser separado da mãe.

A precariedade simbólica evidenciada no discurso infantil não impede às crianças de constituírem sintomas como meios de lidar com o que as angustia. Deste modo, é perfeitamente aceitável que o menor desenvolva a aversão como construção sintomática possível na tentativa de afastar o encontro com um real traumático que se aproxima, a saber, o enfrentamento de uma realidade que transcende os limites do que lhe é habitual e conhecido.

Devido à inexistência do convívio com o pai biológico desde os 10 (dez) meses de idade, estabeleceu-se uma lacuna que permitiu à criança recorrer a construções imaginárias na tentativa de criar subsídios para lidar com o vazio simbólico que se apresenta quando se refere ao genitor biológico.

Os sentimentos negativos expressos pela criança podem ser localizados como consequência deste vazio, ou seja, diante da ausência de significantes que possam dizer algo sobre o pai, Guilherme preenche com demonstrações de aversão.

Tal manifestação o protege de ter que se haver com a possibilidade de uma retificação subjetiva, tendo o genitor como referência. Por se tratar de um estranho para Guilherme, tal possibilidade se

torna ameaçadora na medida em que desorganiza a realidade a qual a criança está habituada.

O fato de a criança estar alienada de informações sobre o genitor biológico favorece o enigma sobre sua origem, instituindo uma lacuna onde a criança tentará preencher com o universo simbólico e as representações que tem acesso.

Diante desta lacuna existente na representação paterna de Guilherme, o padrasto foi facilmente alojado neste lugar. Entretanto, não é possível afirmar que tal alojamento tenha sido imposto por alguém. Guilherme demonstra afetividade quando se refere ao padrasto. Contudo, suas referências a este sempre aparecem vinculadas ao genitor. O padrasto não é exclusivo, há sempre referência à existência de dois pais.

De acordo com a análise realizada, não foi possível localizar elementos no discurso da criança que nos permita afirmar que atos omissivos ou comissivos que ocasionaram a alienação parental de Guilherme em relação ao genitor biológico, são resultado da influência da genitora. É importante ressaltar que não foi possível avaliar o genitor, Sr. Hermenegildo, pai de Guilherme.

O que foi possível verificar é que a omissão da mãe pode ser circunscrita na dimensão do não-dito e não, necessariamente, na dimensão do mal-dizer. Pouco foi oferecido a esta criança em termos de significantes que pudessem dizer algo deste pai.

É importante ressaltar que, mesmo considerando a distância geográfica que dificulta consideravelmente o contato entre pai e filho, há de se averiguar se o pai biológico não encontrou outras formas de se inserir na vida desta criança ou se, de fato, foi cerceado neste sentido.

[...].

Pelo exposto, *nego provimento ao recurso de apelação interposto pela União.*

É como voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0005881-38.2006.4.01.3700

Apelação/Reexame Necessário 2006.37.00.006149-7/MA

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado
 Apelante: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Apelante: Município de Olinda Nova do Maranhão
 Procuradores: Dr. João Ulisses de Brito Azêdo e outros
 Apelados: os mesmos
 Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara – MA
 Publicação: e-DJF1 de 04/09/2015, p. 3.320

Ementa

Processual Civil, Tributário e Constitucional. Repasse de verbas relativas ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Coeficiente. Levantamento populacional. Competências do IBGE e TCU.

I. Nos termos do entendimento desta Turma, o prazo prescricional para pleitear todo e qualquer direito contra a Fazenda Pública é de cinco anos, incidindo a prescrição nas parcelas ou diferenças não reclamadas no quinquênio anterior à propositura da ação (REO 0011710-36.2006.4.01.3300/BA, rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, *e-DJF1*, p. 233, de 22/03/2013).

II. Em diversas ocasiões esta Corte já se manifestou no sentido de que a suspensão da Decisão Normativa 38/2001 do TCU restringe-se ao ano de 2001, porquanto inaplicável a referida decisão no mesmo exercício em que editada, em homenagem ao princípio da anualidade, insculpido no art. 92 do CTN (AC 0014293-67.2001.4.01.3300/BA).

III. Não há que se falar em litisconsórcio ativo necessário dos demais municípios do Estado do Maranhão, porquanto o pleito em nada os atinge, nem mesmo reflexamente, pois, mesmo que procedente o pedido autoral, apenas será mantido o coeficiente de participação no FPM do município/apelante, não afetando os critérios gerais de distribuição do Fundo de Participação dos Municípios.

IV. A fixação ou alteração das quotas referentes aos fundos de participação dos municípios é tarefa que incumbe ao Tribunal de Contas da União, cabendo ao IBGE, tão somente, a realização do levantamento populacional ou sua atualização. O fato de o TCU depender dos dados alcançados pelo IBGE, para fixar os coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, não retira daquele sua competência constitucional. (TRF1, AC 1999.34.00.026823-8/DF, da relatoria do Juiz Federal Mark Yshida Brandão, Oitava Turma, *DJ* de 31/10/2008)

V. A irrisignação quanto ao fato de que a estimativa populacional do município não expressa mais a verdadeira realidade fática não passa, em momento algum, pelo aspecto da legalidade, da moralidade, ou da razoabilidade do ato administrativo, assim como não há de se falar que o referido procedimento administrativo — censo populacional realizado pelo IBGE e cálculos do TCU — tenha gerado qualquer violação à ordem jurídica ou aos princípios da moralidade e da razoabilidade.

VI. O suposto erro apontado pelo município diz respeito, tão somente, ao seu número de habitantes, que, no caso destes autos, não tem como fundamento qualquer vício de ilegalidade ou afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a permitir a revisão e o controle judicial.

VII. A contradição entre os números apontados pelo IBGE e os números levantados pelo autor não tem o condão de autorizar a declaração de ineficácia da estimativa populacional perpetrada pelo IBGE, não conferindo também ao Poder Judiciário a tarefa de prever, presumidamente, a população atual do município. Nesse sentido: (TRF1, AC 2003.36.00.007925-6/MT, da relatoria da Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, *DJ* de 07/07/2006).

VIII. Nos termos do entendimento firmado nesta Corte, no Supremo Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça no sentido da ilegalidade da Decisão Normativa 38/2001, do Tribunal de Contas da União, sob o fundamento de que não é possível, por ofensa ao princípio da anualidade, a aplicação imediata, em meio ao exercício financeiro, de novos coeficientes individuais de participação no Fundo de Participação dos Municípios. Nesse sentido: numeração única: 0022443-37.2001.4.01.3300. AC 2001.33.00.022445-9/BA; Apelação Cível. Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Órgão: Sétima Turma. Publicação: 06/12/2013 *e-DJF1*, p. 1.496. Data Decisão: 25/11/2013.

IX. Apelações e remessa às quais se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial e, por maioria, dar parcial provimento à apelação do autor.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 16/06/2015.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:
— Trata-se de recursos de apelação interpostos pela União e pelo Município de Olinda Nova do Maranhão contra sentença que julgou procedente em parte o pedido formulado na inicial, objetivando o pagamento das diferenças resultantes da aplicação da Decisão Normativa 38/2001 do TCU em favor da parte-autora.

Sustenta a União, preliminarmente, pela extinção do processo sem julgamento de mérito em face da ausência de litisconsórcio ativo necessário e pela prescrição total. No mérito, alega a legalidade da Decisão Normativa 38/2001, editada pelo Tribunal de Contas da União, sob o argumento de que referida decisão tinha como objetivo atender preceito constitucional contido no art. 161 da CF/1988.

O município autor afirma que a abordagem da sentença em relação à prescrição parcial não gera sucumbência recíproca, posto que foi dado provimento ao que foi requerido na peça vestibular.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:

—

Litisconsórcio ativo

Demais, não há que se falar em litisconsórcio ativo necessário dos demais municípios do Estado do Maranhão, porquanto o pleito em nada os atinge, nem mesmo reflexamente, pois, mesmo que procedente o pedido autoral, apenas será mantido o coeficiente de participação no FPM do município/apelante, não afetando os critérios gerais de distribuição do Fundo de Participação dos Municípios.

Prescrição total

Nos termos do entendimento desta Turma, o prazo prescricional para pleitear todo e qualquer direito contra a Fazenda Pública é de cinco anos, incidindo a prescrição nas parcelas ou diferenças não reclamadas no quinquênio anterior à propositura da ação. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – AÇÃO ORDINÁRIA – REMESSA OFICIAL – ESTIMATIVA POPULACIONAL (2011) – ALTERAÇÃO DE COEFICIENTE DO FPM PELA DECISÃO NORMATIVA

TCU N. 38, DE 20 JUN 2001 – PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS NOS REPASSES, ENTRE JAN A JUN/2001, QUE DEVERIAM TER SIDO TRANSFERIDAS CASO FOSSE ADOTADA A NOVEL METODOLOGIA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – DECRETO Nº 20.910/32. 1.Entendimento majoritário da 7ª Turma de que cabível a remessa oficial atinente ao Município, ainda que seja ele o autor da ação, porque não acolhida a sua pretensão, não compartilhado por este Relator para acórdão. 2.É da União, não do IBGE, a pertinência subjetiva quando os valores pedidos decorrem de decisão do TCU (órgão da União) no exercício de sua competência constitucionalmente prevista (“O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação (...)” [art. 162, parágrafo único, da CF/88]). 3.É desnecessária a citação de todos os demais municípios da federação, uma vez que a pretensão do autor em nada os atinge, nem mesmo reflexamente, pois, ainda que fosse julgada procedente, a condenação dirigir-se-ia somente à União (pagamento das “diferenças” apontadas). 4.“Nos exatos termos do artigo 1º do Decreto 20.910/32, o prazo prescricional para pleitear todo e qualquer direito contra a Fazenda Pública é de cinco anos, incidindo a prescrição nas parcelas ou diferenças não reclamadas no quinquênio anterior à propositura da ação” (AC 0016177-88.2002.4.01.3400/DF, Rel. Des. Fed. REYNALDO FONSECA, T7/TRF1, e-DJF1 10/07/2009). Destarte, porque o termo inicial da prescrição, na hipótese, deve ser contado mês a mês (relação jurídica de trato sucessivo), ajuizada a AO em 20 JUL 2006, mais de cinco anos, portanto, das competências dos repasses cujo pagamento se busca (JAN a JUN 2001), é inafastável a prescrição. 5.Argumento de reforço: ainda que se contasse o “dies a quo” prescricional da Decisão Normativa n. 38 (que fixou os novos coeficientes para o ano de 2001), a pretensão também estaria prescrita, pois esse ato é datado de 20 JUN 2001, ou seja, elaborado mais de cinco anos antes da propositura da demanda. 6.Remessa oficial atinente ao Município não provida. 7.Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 12 de março de 2013., para publicação do acórdão.

(REO 0011710-36.2006.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.233 de 22/03/2013)

Rejeito as preliminares.

Passo à análise do mérito.

Sem razão também a União, tendo-se em vista o entendimento firmado nesta Corte, no Supremo Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça no sentido da ilegalidade da Decisão Normativa 38/2001, do Tribunal de Contas da União, sob o fundamento de que não é possível, por ofensa ao princípio da anualidade, a aplicação imediata, em meio ao exercício financeiro,

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Ângela Catão e Hercules Fajoses.

de novos coeficientes individuais de participação no Fundo de Participação dos Municípios. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO – PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO ORDINÁRIA – PRETENSÃO MUNICIPAL DE, PARA FIXAR COEFICIENTE/FATOR DE REPASSE AO FPM, AFASTAR A DECISÃO NORMATIVA TCU Nº 38/2001: PROCEDÊNCIA – PRECEDENTES DO STF E DO TRF1.

1 – Ilegal a Decisão Normativa TCU nº 38/2001, supostamente editada em atenção à Decisão Normativa TCU nº 37/2000 do TCU (e ao Censo 2000 do IBGE), pois, sem culto à regra da revisão anual (art. 91, §3º, do CTN), impôs reforma imediata do coeficiente/fator determinante para o fim de fixação do repasse das quotas do FPM, assim contrariando o art. 244 do RI-TCU e o princípio da anualidade (art. 2º da Lei nº 4.320/64 e art. 92 do CTN). Precedentes do STF e do TRF (T7 e T8).

2 – Apelação e remessa oficial não providas.

3 – Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 25 de novembro de 2013., para publicação do acórdão.

Numeração Única: 0022443-37.2001.4.01.3300. AC 2001.33.00.022445-9 / BA; APELAÇÃO CIVEL. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL. Órgão: SÉTIMA TURMA. Publicação: 06/12/2013 e-DJF1 P. 1496. Data Decisão: 25/11/2013

Ressalto que, embora o autor faça referência à redução do coeficiente em 2001, por força da Decisão Normativa 38, de 20/06/2001, seu pedido limita-se às diferenças do repasse do valor do FPM desde o ano de 2001.

Em diversas ocasiões esta Corte já se manifestou no sentido de que a suspensão da Decisão Normativa 38/2001 do TCU *restringe-se ao ano de 2001*, porquanto inaplicável a referida decisão no mesmo exercício em que editada, em homenagem ao princípio da anualidade, insculpido no art. 92 do CTN (AC 0014293-67.2001.4.01.3300/BA).

O cerne da controvérsia consiste na anulação do censo habitacional realizado em 2000 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no Município de Olinda Nova/MA, com a consequente recontagem populacional, sob o argumento de que diversas ocorreram durante a realização do censo, levando a uma diminuição drástica no número de habitantes do município.

No contexto em que formulada a pretensão, convém delinear o procedimento por meio do qual é fixado o coeficiente referente ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM.

Com efeito, o art. 161 da Constituição Federal dispõe sobre a repartição de receitas tributárias, prevendo que:

Art. 161. Cabe à lei complementar:

I – definir valor adicionado para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I;

II – estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios;

III – dispor sobre o acompanhamento, pelos beneficiários, do cálculo das quotas e da liberação das participações previstas nos arts. 157, 158 e 159.

Parágrafo único. O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o inciso II.

A Lei 8.443/1992, nos arts. 1º, inciso VI, e 102, §§, assim estabelece, *verbis*:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta lei:

VI – efetuar, observada a legislação pertinente, o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal, fiscalizando a entrega dos respectivos recursos;

Art. 102. A Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) ou entidade congênera fará publicar no Diário Oficial da União, até o dia 31 de agosto de cada ano, e para os fins previstos no inciso VI do art. 1º desta lei, a relação das populações por Estados e Municípios.

§ 1º Os interessados, dentro do prazo de vinte dias da publicação, poderão apresentar reclamações fundamentadas à Fundação IBGE, que decidirá conclusivamente.

§ 2º Até o dia 31 de outubro de cada ano, a Fundação IBGE encaminhará ao Tribunal de Contas da União a relação referida neste artigo.

As Seções III, IV e V do Código Tributário Nacional (CTN) estão destinadas, respectivamente, às disposições acerca dos critérios de distribuição do Fundo de Participação dos Municípios; do cálculo e pagamento das quotas estaduais e municipais; e, da comprovação da aplicação das quotas estaduais e municipais. Guardam pertinência com o caso em tela, os seguintes preceitos:

Art. 91. Do Fundo de Participação dos Municípios a que se refere o artigo 86, serão atribuídos:

[...]

II – noventa por cento aos demais Municípios do País.

[...]

§3º Para os efeitos deste artigo, consideram-se os Municípios regularmente instalados, fazendo-se a revisão das quotas anualmente, a partir de 1989, com base em dados oficiais de população produzidos pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Assim delineado, certo é que o IBGE o órgão competente para prestar informações de natureza estatística, geográfica, demográfica e cartográfica, publicando os dados oficiais da população dos municípios e os encaminhando ao Tribunal de Contas da União (TCU), para que este fixe os coeficientes individuais de participação.

Ademais, a fixação ou alteração das quotas referentes aos fundos de participação dos municípios é tarefa que incumbe ao TCU, cabendo ao IBGE, tão somente, a realização do levantamento populacional ou sua atualização. O fato de o TCU depender dos dados alcançados pelo IBGE, para fixar os coeficientes do FPM, não retira daquele, sua competência constitucional.

A análise da pretensão se restringe, assim, ao pedido quanto ao levantamento populacional do município perpetrado pelo IBGE.

Não restam dúvidas que a estimativa levada a efeito pelo IBGE quanto aos contingentes populacionais dos municípios brasileiros constitui ato administrativo, realizado, nos termos da Lei 8.184/1991, a cada 10 anos (censos demográficos) e cinco anos (censos econômicos).

No entanto, toda a argumentação desenvolvida pelo município-autor está flagrantemente voltada para o mérito em si do referido ato administrativo, no sentido de demonstrar, por elementos meramente fáticos, que o coeficiente de 1,2 deve ser mantido, sem a aplicação do redutor financeiro previsto na Lei Complementar 91/1997.

A irrisignação do autor não passa, em momento algum, pelo aspecto da legalidade, da moralidade ou da razoabilidade do ato administrativo, inclusive porque, analisando a legislação pertinente ao caso, nos termos em que anteriormente exposta, não há que se falar que o referido procedimento administrativo tenha gerado qualquer violação à ordem jurídica ou aos princípios da moralidade e da razoabilidade.

O suposto erro apontado pelo apelante diz respeito, tão somente, ao seu número de habitantes.

Contudo, o alegado erro, no caso específico dos presentes autos, não tem como fundamento qualquer

vício de ilegalidade ou afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que permita a revisão e o controle judicial.

Adotando essa linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou que ao Poder Judiciário compete apenas o controle da legalidade do ato administrativo, ficando impossibilitado de adentrar na análise do mérito do ato, sob pena de usurpar a função administrativa, precipuamente destinada ao Executivo (RMS 15959/MT, da relatoria do Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 10/04/2006).

In casu, as razões trazidas pelo município-autor, juntamente com os elementos de prova, não permitem concluir, com a segurança jurídica necessária, qual a população total do apelante e, se for o caso, declarar a ineficácia do levantamento realizado pelo IBGE.

Ainda que se pudesse presumir, pelos dados obtidos junto a diversos órgãos públicos, que o contingente populacional do município aumentou e que os dados do censo do IBGE de 2007 não mais configuram a realidade, o Poder Judiciário não pode incumbir-se na tarefa de realizar nova estimativa populacional ou atualizá-la, mormente com base em presunções.

A simples contradição entre os números apontados pelo IBGE e os números levantados pelo autor não tem o condão de autorizar a declaração de ineficácia do censo populacional perpetrado pelo IBGE, quanto menos conferir ao Poder Judiciário a tarefa de prever, presumidamente, a população atual do município.

Nessa linha, confirmam-se os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO ORDINÁRIA PARA ALTERAÇÃO DO REDUTOR DO FPM COM CRITÉRIO POPULACIONAL DIFERENTE DO APURADO PELO IBGE (ART, 1º, §1º, DA LC N. 91/97) – PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS – NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO E DILAÇÃO PROBATÓRIA – AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA E DO RECEIO DE DANO IRREVERSÍVEL – SEGUIMENTO NEGADO – AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1 – A antecipação de tutela (art. 273 do CPC) exige prova inequívoca que convença o julgador acerca da verossimilhança das alegações do autor, à qual se deve agregar, cumulativamente, o trinômio dos incisos I e II do aludido artigo – perigo de dano, abuso de defesa ou propósito protelatório, tudo no intento de antecipar o resultado que, muito provavelmente, a ulterior sentença veiculará: à medida em que se esmaece a evidência do direito, porque a prova perde sua essência de gerar conclusão irrefutável,

avulta o risco da contradição, assim inviabilizando a tutela imediata cognitiva.

2 – A apuração do coeficiente individual no FPM tem como base os dados oficiais de população produzidos pelo IBGE (§ 1º, art. 1º da LC 91/97)

3 – “A lei, pelo nosso ordenamento jurídico, tem presunção de constitucionalidade, não se podendo admitir, em procedimento comum e ao exame perfunctório sem o contraditório, a declaração de inconstitucionalidade de lei por juiz singular, competência privativa dos tribunais, cabendo somente ao STF, instância final, em ação própria, a suspensão liminar de disposição legal por inconstitucionalidade”. (TRF1, AG n. 2001.01.00.039613-1/BA, T3, Rel. Des. Federal LUCIANO TOLENTINO AMARAL, ac. un., DJ 12/07/2002, p. 118).

4 – O argumento de que o município possui, para fins de adequação do coeficiente à percepção do FPM, em face dos registros do cartório de notas local e da evolução do número de eleitores (TSE), mais habitantes do que o apurado pelo IBGE, não constitui prova inequívoca da verossimilhança da alegação, pois, além de utilizar critério diferente do previsto em lei (IBGE – § 1º, art. 1º da LC 91/97), que goza de presunção de constitucionalidade, exige discussão (contraditório) e dilação probatória à análise mais pormenorizada dos números apresentados.

5 – Inexiste o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” da alegação, pois é indubitável a possibilidade de ser sanado a qualquer tempo eventual equívoco por parte do IBGE na estimativa populacional do município.

6- Agravo interno não provido.

7- Peças liberadas pelo Relator, em 04/04/2006, para publicação do acórdão.

(TRF1, AGTAG 2005.01.00.074233-6/MA, da relatoria do Desembargador Federal LUCIANO TOLENTINO AMARAL, Sétima Turma, DJ de 28/04/2006)

PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADES PROCESSUAIS. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM. REPASSE DE VERBAS. LEVANTAMENTO POPULACIONAL. SISTEMA DE PROJEÇÕES E ESTIMATIVAS POPULACIONAIS DO IBGE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE CONFIRMADA.

1. Os interesses defendidos nos autos pela União constituem matéria de ordem pública, sobre as quais não há revelia.

2. Nos termos do art. 330 do CPC, compete ao juízo decidir quanto à necessidade de produção de outras provas para a formação de sua convicção, bem como quanto à utilização do art. 399, II, do CPC.

3. Não ofende o princípio do contraditório a admissão de documentos após o encerramento da instrução se estes não foram as razões de decidir do juízo.

4. Nos termos do art. 161, parágrafo único, da

Constituição, compete ao Tribunal de Contas da União efetuar o cálculo das quotas referentes ao Fundo de Participação dos Municípios, os quais, conforme art. 91, § 3º, do Código Tributário Nacional, devem ser realizados anualmente com base em dados oficiais de população produzidos pelo IBGE.

5. 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.

6. As provas dos autos são suficientes para corroborar a presunção de legitimidade que recai tanto sobre os atos realizados pelo IBGE, quanto pelo TCU, não havendo sequer indícios de irregularidade.

7. Precedente: AC 2003.36.00.007925-6/MT, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, DJ p.123 de 07/07/2006.

8. Agravos retidos e apelação do Município de Eldorado dos Carajás a que se nega provimento. Remessa oficial não conhecida.

(TRF1, AC 1999.34.00.026823-8/DF, da relatoria do Juiz Federal MARK YSHIDA BRANDAO, Oitava Turma, DJ de 31/10/2008)

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. REPASSE DE VERBAS RELATIVAS AO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM. COEFICIENTE. LEVANTAMENTO POPULACIONAL. COMPETÊNCIAS DO IBGE E TCU. ATO ADMINISTRATIVO. INVIABILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL.

1. A fixação ou alteração das quotas referentes aos fundos de participação dos Municípios é tarefa que incumbe ao Tribunal de Contas da União, cabendo ao IBGE, tão-somente, a realização do levantamento populacional ou sua atualização. O fato de o TCU depender dos dados alcançados pelo IBGE, para fixar os coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, não retira daquele esta sua competência constitucional.

2. A irrisignação quanto ao fato de que a estimativa populacional do Município não expressa mais a verdadeira realidade fática não passa, em momento algum, pelo aspecto da legalidade, da moralidade, ou da razoabilidade do ato administrativo, assim como não há de se falar que o referido procedimento administrativo – censo populacional realizado pelo IBGE – tenha gerado qualquer violação à ordem jurídica ou aos princípios da moralidade e da razoabilidade.

3. O suposto erro apontado pelo Município diz respeito, tão-somente, ao seu número de habitantes, que, no caso destes autos, não tem como fundamento qualquer vício de ilegalidade ou afronta aos princípios da razoabilidade e da

proporcionalidade, de forma a permitir a revisão e o controle judicial.

4. A contradição entre os números apontados pelo IBGE, há seis anos, e os números levantados pelo autor (número de eleitores, número de pessoas em assentamentos rurais, número de procedimentos ambulatoriais, de alunos matriculados) não tem o condão de autorizar a declaração de ineficácia do censo populacional perpetrado pelo IBGE, quanto menos conferir ao Poder Judiciário a tarefa de prever, presumidamente, a população atual do Município.

5. Apelação do autor a que se nega provimento.

(TRF1, AC 2003.36.00.007925-6/MT, da relatoria da Desembargadora Federal MARIA DO CARMO CARDOSO, Oitava Turma, DJ de 07/07/2006)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO NORMATIVA Nº 28/99, DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, QUE FIXOU OS COEFICIENTES INDIVIDUAIS DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS PARA O ANO DE 2000. MUNICÍPIO DE APICUM-AÇU/MA. ALEGAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A MANTER O COEFICIENTE DO ANO ANTERIOR. IMPROCEDÊNCIA. 1. A partir de 1998, o coeficiente individual dos Municípios no Fundo de Participação dos Municípios – FPM passou a ser calculado com base no critério populacional. Garantiu-se, no entanto, a manutenção dos níveis do FPM atribuídos em 1997 aos Municípios que, atingidos pela nova regra, apresentariam redução de seus coeficientes (§ 2º do art. 1º da Lei Complementar nº 91/97). Exceção que não se aplica ao impetrante, dado que houve incremento em seu coeficiente de participação, de um ano (1997) para o outro (1998). 2. O decréscimo do coeficiente individual de participação no FPM, em decorrência de redução populacional, não fere nenhum direito líquido e certo. Ato lastreado no caput do art. 1º da Lei Complementar nº 91/97. 3. Segurança denegada.

(MS 23632, Ministro CARLOS BRITTO, Supremo Tribunal Federal)

EMENTA: – Mandado de segurança. Ato do Presidente do Tribunal de Contas da União, consubstanciado na Decisão Normativa 14/96 – TCU, que ratificou o coeficiente de 1.2 (um ponto dois) para o repasse das quotas do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, em favor do impetrante, para vigorar no exercício de 1997, condicionado o coeficiente ali fixado ao envio dos dados oficiais de população do Município ora litigante pela Fundação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ao TCU. 2. A Carta Federal delegou à Lei Complementar o estabelecimento de normas sobre a entrega dos recursos referidos no art. 159 e sobre os critérios de rateio dos fundos previstos no seu inciso I. Competência do TCU para efetuar cálculo das quotas referentes a esses fundos. 3. Não se pode pretender que o Poder Judiciário exerça a competência atribuída pela Constituição,

em substituição à Corte de Contas. 4. Mandado de segurança denegado.

(MS 22828, Ministro NÉRI DA SILVEIRA, Supremo Tribunal Federal).

Honorários advocatícios

Por fim, com relação aos honorários advocatícios observo que o juiz não está adstrito aos percentuais previstos no art. 20 do CPC, podendo ser adotado como base de cálculo o valor da causa, o da condenação ou arbitrada quantia fixa. Contudo, ao fixar o valor dos honorários com base no art. 20, § 4º, do CPC, deve o magistrado observar se referido valor remunera convenientemente o trabalho do patrono da causa.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO. INTERESSE SOCIAL. REFORMA AGÁRIA. HONORÁRIOS PERICIAIS: RESSARCIMENTO PELO EXPROPRIADO (VENCIDO). VERBA HONORÁRIA: MAJORAÇÃO.

1. A fixação dos honorários advocatícios deve atender aos princípios da razoabilidade e da equidade (§ 4º do art. 20 do CPC). Na hipótese dos autos, ainda que não haja condenação, mostra-se irrisório o valor fixado na sentença recorrida.

2. Tratando-se de causa destituída de complexidade, mas de valor significativo (R\$ 239.630,79), nos termos do disposto no art. 20, §4º do CPC, merece majoração os honorários advocatícios para R\$ 3.000,00 (três mil reais).

3. Consoante art. 20 do CPC cabe ao vencido pagar ao vencedor as despesas que antecipou, dentre as quais se inserem os gastos comprovadamente efetuados com perícia.

4. Apelação parcialmente provida.

(AC 2005.33.00.022779-5/BA, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, Terceira Turma, e-DJF1 p.127 de 13/08/2010)

Na hipótese dos autos, observo que o pedido foi formulado pelo autor relativamente ao período compreendido entre julho e dezembro de 2001.

Assim, considerando que a ação foi ajuizada em 08/11/2006 e que a sentença reconheceu a ocorrência da prescrição quinquenal, o direito do autor foi reconhecido somente no período de 08/11/2001 a 31/12/2001. Portanto correta a sentença que reconheceu a sucumbência recíproca.

Dispositivo

Pelo exposto, nego provimento às apelações do autor, da Fazenda Nacional e à remessa oficial.

É como voto.

Voto-Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Minha dúvida aqui é a seguinte: a sucumbência recíproca é integral? Porque ele decaiu de parte mínima do pedido.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Não, não, não foi parte mínima, não. Ele pediu cinco meses e só foram reconhecidos dois meses.

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Perdeu dois meses, então.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Não foi mínima, metade, quase.

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Ele tem o resto todo, até 31/12. Segundo, foi de ofício, quer dizer que a parte não alegou.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Mas aí é irrelevante, isso aí já pode aplicar de ofício.

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Pode, mas se a parte não cobrar, já que é devido.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — O pedido foi formulado pelo autor relativamente ao período compreendido entre julho e dezembro de 2001. É esse o período, então, são seis meses.

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Ele perdeu só um período, dois meses.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Foram dois, um terço, não é sucumbência recíproca? Ele não decaiu *adminiculum*, não; ele decaiu de um terço do período.

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Ele perdeu um ou dois meses?

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Ele perdeu dois meses, um terço.

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Então, continuo achando que não pode ser empatado.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Não é de sucumbência recíproca, vossa excelência entende?

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Vossa excelência deu sucumbência recíproca ou só em parte?

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Dei a sucumbência recíproca, compensando

honorários, porque, no período pedido, houve a exclusão de um terço desse período. Isso, para mim, é sucumbência recíproca. Ele sucumbiu em parte substancial do pedido, e não em parte ínfima, irrisória.

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Então, só vou discordar de vossa excelência nisso.

O Sr. João Ulisses Brito Azêdo (advogado): — Suscitei, da tribuna, antecedente à questão dos honorários, a questão da apreciação da prescrição quinquenal, sob a forma anual, e não mensal como foi aplicado.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Está bem. Vou ver.

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Seria do período todo.

O Sr. João Ulisses Brito Azêdo (advogado): — Se aplicar anual, não se prescreve nenhum período, não há sucumbência.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Se aplicar, mas estou descartando, estou colocando que é quinquenal, do jeito que são os precedentes da Turma, doutor, só isso. Então, evidentemente, isso prejudica o argumento consequente.

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Quer dizer, é só a partir de 1º de janeiro do ano seguinte é que teria ocorrido a prescrição, considerando o princípio da anualidade.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Vossa excelência diverge na questão da prescrição quinquenal?

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Só os honorários.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Então, vossa excelência, na realidade, está dando parcial provimento à apelação do autor, não é isso?

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Isso.

O Exmo. Sr. Des. Federal Hercules Fajoses: — Senhor presidente, pelo que entendi, de seis períodos, ele decaiu em dois. Acompanho o voto da Desembargadora Ângela Catão e o faço tomando em consideração a proporcionalidade, expressa de forma textual na norma.

Sétima Turma

Numeração única: 0001287-03.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.001289-0/DF

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses
 Apelante: Nadja Ferreira Guedes
 Advogado: Dr. Rodrigo Frattari Gomes Silva
 Apelada: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Distrito Federal – OAB/DF
 Advogados: Dr. Lucas Gomes de Oliveira Santos e outros
 Publicação: e-DJF1 de 02/10/2015, p. 4.583

Ementa

Administrativo. Ordem dos Advogados do Brasil. Processo administrativo disciplinar. Pena de suspensão. Ausência de prestação de contas a cliente. Decisão judicial sobre o fato ou a autoria. Inexistência.

I. A pena de suspensão foi aplicada em razão da retenção indevida de quantia recebida judicialmente em nome de ex-cliente da apelante.

II. A ex-cliente necessitou propor ação no 6º Juizado Especial Cível para compelir a apelante ao pagamento da quantia recebida em ação trabalhista.

III. O pagamento, portanto, não foi espontâneo, pois a ex-cliente teve de se submeter a acordo judicial para obtenção de parte da verba trabalhista recebida pela apelante em processo trabalhista.

IV. Apelação não provida. Sentença mantida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 15/09/2015.

Desembargador Federal *Hercules Fajoses*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hercules Fajoses: — Trata-se de apelação interposta por Nadja Ferreira Guedes contra sentença que julgou improcedente pedido formulado contra a Ordem dos Advogados do Brasil, consubstanciado na declaração de nulidade da pena de suspensão do exercício profissional.

Em sua apelação (fls. 228-230), a recorrente sustenta que a celebração de acordo com seu ex-cliente em processo judicial, prejudica a aplicação da penalidade ético-disciplinar. Além disso, invoca os princípios da razoabilidade e da insignificância da quantia que deu origem à aplicação da punição disciplinar.

Contrarrazões às fls. 236-246.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hercules Fajoses: — A pena de suspensão foi aplicada em razão da retenção indevida de quantia recebida judicialmente em nome de ex-cliente da apelante.

A ex-cliente teve de propor ação no 6º Juizado Especial Cível para compelir a apelante a pagar a quantia recebida na ação trabalhista (fl. 59).

O pagamento, portanto, não foi espontâneo, pois a ex-cliente *teve de se submeter a acordo judicial para obter mais rapidamente e com abatimento* a minguada

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Antonio Cláudio Macedo da Silva (convocado).

verba trabalhista recebida pela apelante em processo trabalhista. Nesse sentido, o juiz sentenciante deixou consignado em sua sentença, *litteris*:

Com bem ponderado pelo relator do Processo Ético-Disciplinar 15.020/2002 (fl. 163):

A prestação de contas não foi espontânea como deveria. Ocorreu o pagamento da importância levantada pela representada após o ajuizamento de ação própria, onde foi celebrado acordo. Essa conduta caracteriza injustificada resistência na prestação de contas e devolução à representante da importância indevidamente retida.

Além do mais, observa-se que pelos fatos narrados que a Representada também viola o inciso XX do mesmo art. 34 da mencionada lei, vez que a representada locupletou-se às custas da representante, resistiu de forma injustificada a entregar a importância levantada em juízo

à representante a quem pertence o dinheiro indevidamente retido, até a celebração do já mencionado acordo no Juizado Especial Civil. (fl. 220).

Por fim, não há, na espécie, decisão judicial reconhecendo a inexistência do fato ou a negativa de autoria.

Na verdade, o acordo obtido na esfera judicial apenas demonstra a reprovabilidade da conduta ética da apelante, que, aliás, já sofreu penalidades em sete processos ético-disciplinares (fl. 247).

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação. Sentença mantida.

É o voto.

Oitava Turma

Apelação Cível 0034839-17.2013.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
 Apelante: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Apelante: Agência Nacional de Aviação Civil – Anac
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelado: Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias
 Advogados: Dr. Alberto de Medeiros Filho e outros
 Publicação: e-DJF1 de 02/10/2015, p. 4.891

Ementa

Tributário e Administrativo. Tarifa de conexão. Utilização da estrutura aeroportuária. Remuneração. Sistema de rotas. Distribuição de voos. Centralização em alguns aeroportos. Estratégia empresarial. Interpretação conforme a Constituição. Impossibilidade.

I. A adoção do sistema de rotas aéreas em conformidade com o modelo *Hub & Spoke* não decorre de exigência estabelecida pelos órgãos oficiais, senão de estratégia operacional e concorrencial de cada empresa do setor.

II. A efetiva utilização, pelas companhias aéreas, da complexa estrutura aeroportuária, ainda que em decorrência de conexões programadas, deve ser adequadamente remunerada por tarifas aprovadas pela Anac (art. 2º da Lei 6.009/1973).

III. O inciso VI do art. 3º da Lei 6.009/1973 — incluído pela Lei 12.648/2012, que decorreu da conversão da Medida Provisória 551/2011 —, que estabelece a tarifa de conexão e elege o responsável pelo seu recolhimento, não comporta múltiplas interpretações de modo a atrair a técnica de interpretação conforme a Constituição. Descabida a atuação do intérprete como legislador positivo.

IV. As empresas aéreas, como beneficiárias diretas dos contratos celebrados em conexão, e, portanto, usuárias indiretas dos serviços e instalações desses aeroportos intermediários, devem arcar com o pagamento da tarifa de conexão instituída pela Lei 12.648/2012.

V. Apelações e remessa oficial, tida por interposta, a que se dá provimento. Ônus da sucumbência invertidos.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento às apelações e à remessa oficial, tida por interposta.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 11/09/2015.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— Estes recursos de apelação foram interpostos pela *Agência Nacional de Aviação Civil – Anac* e pela União à sentença prolatada pelo Juízo da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos de ação de procedimento ordinário ajuizada pelo *Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias – SNEA*, julgou procedente o pedido, *para declarar o direito das empresas filiadas ao autor de não serem consideradas devedoras da tarifa de conexão prevista no art. 3º, inciso VI, da Lei 6.009/1973, bem como o direito de destacar do bilhete aéreo os valores correspondentes cobrados dos passageiros a esse título, e de não incluir os valores correspondentes à tarifa de conexão como receita ou faturamento para fins de tributação pelo PIS, Cofins, IRPJ e CSLL.* As rés foram condenadas à restituição das custas adiantadas pelo autor e ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atribuído à causa.

A primeira apelante suscita, em preliminar, a ausência de pressuposto para o desenvolvimento válido e regular do processo, em razão de o sindicato autor não haver providenciado a juntada aos autos da ata da assembleia que teria autorizado o ajuizamento da ação, nem da lista das empresas substituídas.

Ainda em preliminar, defende a nulidade da sentença, por ofensa ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa — em decorrência do julgamento antecipado da lide, sem a devida instrução probatória —, bem como por ausência de atuação do Ministério Público Federal no feito, na condição de fiscal da lei e dos direitos dos consumidores.

Quanto ao mérito, noticia que, a partir da entrada em vigor da Lei 11.182/2005 — que assegurou às empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas, em regime de liberdade tarifária — houve um aumento da utilização do sistema de rotas *Hub & Spoke*, que permite às empresas aeroviárias a eleição de um determinado aeroporto como centro de distribuição dos voos e a diminuição das ligações ponto a ponto.

Afirma que a escolha pela adoção desse sistema decorre de decisão unilateral da empresa, a qual tem estreita ligação com a estratégia comercial por ela definida para a formação da malha aérea que pretende operar.

Acrescenta que o aumento do número de voos em conexão implicou a utilização da infraestrutura aeroportuária nos aeroportos intermediários, a qual, até a criação da tarifa de conexão, não era remunerada.

Não obstante reconheça que os passageiros em conexão fazem uso dessa infraestrutura intermediária, defende a responsabilidade das empresas aéreas pelo pagamento da referida tarifa, ao argumento de que, nesses voos, o passageiro não se utiliza da infraestrutura aeroportuária como um fim em si, mas apenas como meio de execução do contrato de transporte celebrado.

Aduz que, do ponto de vista do passageiro, não há nenhum interesse em se deslocar para um ponto intermediário, o que ele faz apenas em razão da ausência de oferta de voos diretos. O benefício decorrente da adoção de voos em conexão, conclui, seria apenas da empresa, e caberia a ela, em consequência, o pagamento da tarifa devida pela *alocação de passageiro em conexão*.

Sustenta, ademais, ser inadequada, na hipótese dos autos, a interpretação conforme a Constituição, por haver a lei expressamente previsto como sujeito passivo da tarifa de conexão o proprietário ou explorador da aeronave, e acrescenta que, *do ponto-de-vista [sic] estritamente econômico, é indiferente quem é o sujeito passivo da tarifa de conexão, ou seja, o impacto no equilíbrio de mercado não depende de quem suporta diretamente o custo da tarifa. A forma de absorção, ou seja, como os excedentes dos produtores e consumidores serão afetados, depende tão somente da inclinação das curvas de oferta e demanda (elasticidade de oferta e demanda).*

A União, por sua vez, defende a inadequação da via eleita para a finalidade pretendida, por não caber ao Poder Judiciário, *a pretexto de realizar considerações de ordem econômica*, interpretar o dispositivo legal de modo a alterar o sujeito passivo da tarifa de conexão.

No mérito, defende que a instituição da tarifa de conexão a cargo das companhias aéreas reside na lógica *de que os serviços e utilidades oferecidos pelos aeroportos durante as conexões das aeronaves dirigem-se às empresas aéreas, únicas responsáveis pelo deslocamento de passageiros nesse período*. Seguindo o critério da causalidade, por serem as companhias as responsáveis por elegerem a forma de prestação de seus serviços, seria indevida a imputação, ao passageiro, de custos por ele não pretendidos nem produzidos. Assevera que a conclusão de que o usuário responda pelo pagamento da tarifa vai de encontro ao princípio constitucional da proteção ao consumidor.

Foram apresentadas as contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— Rejeito a preliminar de nulidade da sentença, por ausência de intervenção obrigatória do Ministério Público, em razão de a presente causa não se amoldar a nenhuma das hipóteses previstas nos arts. 82 do CPC e 92 do CDC.

No que concerne à alegação de que *imperiosa a anulação da sentença por haver se fundado em elementos fáticos que não constam dos autos e só poderiam ser obtidos mediante instrução probatória*, ressalto que a situação apontada pela Anac em preliminar, acaso verdadeira, traria prejuízo não à defesa das rés, mas sim ao próprio autor, por equivaler à ausência de demonstração do fato constitutivo do seu direito.

Afasto, igualmente, a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, pois, na linha da orientação de há muito pacificada no Supremo Tribunal Federal, a legitimidade extraordinária conferida aos sindicados pelo inciso III do art. 8º da Constituição é ampla e independe da autorização expressa de seus substituídos.

A pretensão deduzida nestes autos é de que seja declarado o direito das empresas aéreas filiadas ao sindicato autor de não serem consideradas devedoras da tarifa de conexão prevista no inciso VI do art. 3º da Lei 6.009/1973, por não utilizarem os serviços e espaços por ela remunerados. O autor argumenta, no essencial, que a cobrança da referida tarifa das empresas aéreas afronta o conceito de preço público, pois deixa de

cobrar de quem faz efetivamente uso dos serviços dela derivados (passageiros).

Entende que caberia às empresas aéreas tão somente o papel de arrecadador (argumento principal), razão por que os valores respectivos deveriam ser destacados dos bilhetes aéreos, a fim de que, no posterior repasse aos administradores aeroportuários, não incida tributação pelo PIS, Cofins, IRPJ e CSLL.

Pede, assim, que se dê ao art. 3º, VI, da Lei 6.009/1973, interpretação conforme a Constituição, de modo que as empresas aéreas não sejam consideradas devedoras da tarifa.

Subsidiariamente, requer seja julgado procedente o pedido para que se declare a inexigibilidade da tarifa de conexão, cuja natureza jurídica seria de imposto, em razão de sua inconstitucionalidade formal.

A Lei 6.009/1973 consigna (i) a necessidade de remuneração pela *efetiva utilização de áreas, edifícios, instalações, equipamentos, facilidades e serviços de um aeroporto* (art. 2º), e (ii) que tal remuneração será representada por tarifas aeroportuárias aprovadas pela Anac, para aplicação em todo o território nacional, e por preços públicos, estabelecidos pelo órgão ou entidade responsável pela administração de cada aeroporto para a utilização de suas áreas civis (art. 2º, parágrafo único).

A complexa estrutura de funcionamento dos aeroportos é remunerada por tarifas estabelecidas pela Agência Nacional de Aviação Civil – Anac — caso do embarque, do pouso e da permanência da aeronave em solo; da armazenagem de mercadorias e da capatazia —, ao passo que a Infraero ou outras concessionárias específicas de administração aeroportuária cedem espaços físicos das áreas civis mediante pagamento de preço público, como é o caso das lojas, salas, praças, estacionamentos etc.

In casu, a remuneração em análise constitui, nominalmente, *tarifa* fixada pela Anac a ser paga nos casos de *conexão, devida pela alocação de passageiro em conexão em Estação de Passageiros durante a execução do contrato de transporte; incide sobre o proprietário ou explorador da aeronave* (art. 3º, VI, da Lei 6.009/1973, incluído pela Lei 11.648/2012).

Não obstante a argumentação deduzida na petição inicial, reputo inverídica a tese de que as empresas aéreas não se utilizam dos serviços e espaços remunerados pela tarifa de conexão, uma vez que somente a elas interessa a adoção dessa modalidade de transporte.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Novelly Vilanova e Marcos Augusto de Sousa.

Ainda que o passageiro seja o usuário *direto* dos serviços e instalações aeroportuárias durante o período de conexão entre as aeronaves, entendo que essa utilização decorre não de escolha sua, mas sim da oferta daquela modalidade de contrato pela empresa aérea.

Caso competisse ao passageiro a escolha da rota de viagem a determinado destino, não há dúvida de que seria ela sempre a de menor duração, pois a ele interessa apenas chegar ao seu destino final no menor espaço de tempo. A eleição de trajetos mais longos, portanto, não consubstancia propriamente uma livre escolha do consumidor, de modo que não deve ser dele o encargo pelos respectivos ônus.

Assim, quando a empresa aérea *escolhe alocar* um passageiro *em conexão em Estação de Passageiros durante a execução do contrato de transporte*, deverá ela arcar com os ônus decorrentes dessa escolha. O passageiro que aceita celebrar esse tipo de contrato aéreo certamente não o faz com o objetivo de se deslocar a um ponto intermediário durante a viagem.

A questão, portanto, é simples: as empresas aéreas, em razão de estratégia comercial e concorrencial que objetiva o aumento da lotação de suas aeronaves — e o maior auferimento de lucro —, impõem ao passageiro um trajeto mais longo para a realização de determinado trecho e esperam que ele arque com os custos decorrentes dessa situação, por ele não produzida nem pretendida, o que não é admissível.

Em conclusão, considero que as empresas aéreas, como beneficiárias diretas dos contratos celebrados em conexão, e, portanto, usuárias *indiretas* dos serviços e instalações desses aeroportos intermediários, devem

arcar com o pagamento da tarifa de conexão instituída pela Lei 12.648/2012. Afasto, por conseguinte, a argumentação de que essa tarifa tenha natureza jurídica de imposto.

Legitimada a cobrança na forma originariamente estabelecida, de responsabilidade do proprietário ou explorador da aeronave, fica prejudicado o pedido de que seja destacado do bilhete o valor correspondente à tarifa de conexão.

Esclareço, por fim, que, ainda que entendesse de forma diversa, no caso dos autos, também não seria possível a pretendida interpretação conforme a Constituição, por não poder o intérprete atuar como legislador positivo, de modo a dar à norma aplicabilidade diversa daquela almejada originariamente.

Ante o exposto, dou provimento às apelações e remessa oficial, tida por interposta, para julgar improcedente o pedido. Inverto os ônus da sucumbência.

É como voto.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
— Senhora presidente, a despeito do brilhantismo da sustentação oral e do esforço empreendido pelos ilustres advogados, também — como vossa excelência enfatizou no seu voto — vejo certa dificuldade na solução dessa questão por uma técnica de interpretação conforme que resulta na mudança do sujeito passivo da obrigação; também não identifico plausibilidade na tese sobre a natureza tributária da exação; e, em resumo, acompanho integralmente o voto de vossa excelência.

Oitava Turma

Apelação Cível 0033557-46.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova
Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa
Apelante: Ourolac Indústria e Exportação Ltda.
Advogados: Dr. Liandro dos Santos Tavares e outros
Apelada: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Publicação: e-DJF1 de 02/10/2015, p. 4.767

Ementa

Tributário. Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – Tipi. Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM. Bebida láctea destinada à alimentação humana. Lactopro M e Lactopro V. Classificação fiscal da mercadoria. Decreto 6.759/2009, art. 94, parágrafo único. Revisão do enquadramento fiscal pela Receita Federal. Composição do produto. Regra de interpretação: SH, item 3B: característica essencial. Pedido improcedente. Sentença reformada. Agravo retido não provido. Apelação provida.

I. Inexistindo controvérsia entre as partes quanto aos componentes da mistura cuja classificação é objeto de discussão nestes autos, desnecessária a produção de prova pericial. Agravo retido não provido.

II. *Os produtos misturados, as obras compostas de matérias diferentes ou constituídas pela reunião de artigos diferentes e as mercadorias apresentadas em sortidos acondicionados para venda a retalho, cuja classificação não se possa efetuar pela aplicação da Regra 3 a), classificam-se pela matéria ou artigo que lhes confira a característica essencial, quando for possível realizar esta determinação* (Regra Geral para Interpretação do Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias, item 3b).

III. Na hipótese dos autos, constatando a Receita Federal, em razão da composição da mercadoria produzida pela apelante (bebida láctea destinada à alimentação humana: *LactoPro M e LactoPro V*), três possibilidades de enquadramento fiscal, e admitindo que possui a mistura 66,5% de leite e derivados do leite, a classificação deve se dar na posição 04.04 da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, que compreende, além do soro de leite, produtos constituídos por componentes naturais do leite.

IV. Apelação a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido e, por maioria, dar provimento à apelação.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 14/08/2015.

Desembargador Federal *Marcos Augusto de Sousa*, relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova: — A autora apelou da sentença de improcedência da demanda ajuizada para *anular* as Soluções de Consulta 13133.000518/2008-45 e 13133.000519/2008-90 e *classificar* os produtos *LactoPró-M* e *LactoPró-V* no código 0404.90.00 da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM (fls. 393-402 e 410-1).

Pediu a apreciação do agravo retido contra a decisão indeferitória da produção de prova pericial (fl. 264). No mérito, postulou a reforma do julgado, alegando (fls. 413-39):

- não obstante a competência dos auditores fiscais para decidir processos de consulta, o ato que classificou os mencionados produtos é passível de anulação, nos termos da Súmula 473 do STF;

- o registro no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento como “bebida láctea UHT” é fator determinante para o enquadramento fiscal no Capítulo 04 da Tipi (bebidas lácteas/laticínios);

- o enquadramento de produto similar na posição 0404.90.00 por decisão proferida em “solução de consulta paradigma”;

- a classificação dos mencionados produtos na pretendida posição da NCM, tendo em vista a preponderância do leite em sua formulação;

- o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, responsável pelo registro dos produtos, não considera que água e gordura vegetal sejam substâncias “não autorizadas” na composição de “bebida láctea”.

A União/ré respondeu, pedindo a manutenção da sentença recorrida (fls. 442-57).

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova: — *Agravo retido.* Conforme consta da decisão do

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

relator que converteu o agravo de instrumento em *retido*, é *desnecessária* a produção da prova pericial requerida para revelar os componentes dos produtos classificados pela Receita Federal do Brasil em posição da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM diferente da pretendida pela autora (fls. 481-3):

[...]

A autora sustenta que a adição de água e de gordura vegetal ao produto não lhe retira a característica de bebida láctea, classificável na posição 04.04. Como se vê, as partes não controvertem quanto às substâncias que compõem a bebida láctea ou até mesmo quanto à sua natureza, de modo a justificar uma perícia por especialista em química para identificar os elementos que compõem a fórmula da bebida.

O que se pretende é que o juiz, diante da incontroversa e de todos conhecida composição da mencionada bebida, profira sentença esclarecendo se a adição de água e gordura vegetal a ela impede a sua classificação como produto à base de componentes naturais do leite não especificados nem compreendidos em outros Capítulos.

A prova pericial só seria admitida, por exemplo, se a autora pretendesse demonstrar que a gordura vegetal adicionada tinha por finalidade cumprir a função de um dos produtos químicos permitidos.

Diante disso, como bem ponderado na decisão recorrida, “a documentação acostada é suficiente ... não havendo necessidade de se periciar as consultas fiscais questionadas pela autora”. Cândido Rangel Dinamarco esclarece que (Instituições de Direito Processual Civil, 6ª edição, Malheiros Editores, 2009, v. III, pág. 614):

Associa-se ao art. 335 a regra segundo a qual o juiz indeferirá a perícia quando a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico (art. 420, par., inc. I). Ela constitui reafirmação de que a perícia só se torna necessária quando a correta percepção dos fatos depender do conhecimento verdadeiramente técnico ou científico, sendo inadmissível, por desnecessidade, quando as noções contidas na cultura geral forem suficientes (art. 130).

Classificação fiscal. A classificação fiscal de mercadoria deve observar as recomendações indicadas no Regulamento Aduaneiro – RA aprovado pelo Decreto 6.759/2009:

Art. 94. A alíquota aplicável para o cálculo do imposto é a correspondente ao posicionamento da mercadoria na Tarifa Externa Comum, na data da ocorrência do fato gerador, uma vez identificada sua classificação fiscal segundo a Nomenclatura Comum do Mercosul.

Parágrafo único. Para fins de classificação das mercadorias, a interpretação do conteúdo

das posições e desdobramentos da Nomenclatura Comum do Mercosul será feita com observância das Regras Gerais para Interpretação, das Regras Gerais Complementares e das Notas Complementares e, subsidiariamente, das Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias, da Organização Mundial das Aduanas

LactoPro-M e *LactoPro-V* (fabricados pela autora) são uma mistura alimentar constituída de:

- leite e seus derivados (66,50%);
- edulcorantes (18,5%);
- estabilizantes (0,64%); e
- água (14,26%) e *aroma de baunilha* (0,10%).

Considerando o “conteúdo das posições e desdobramentos da NCM”, os produtos da autora (*LactoPro-M* e *LactoPro-V*) devem ser classificados no código 2202.90.00, como concluíram as Soluções de Consulta 13133.000518/2008-45 e 13133.000519/2008-90 da Secretaria da Receita Federal do Brasil (fl. 388-v):

[...]

26. Uma vez que o produto *LactoPro M* é uma preparação alimentar líquida, para consumo direto, com base láctea constituída de mistura de soro de leite, creme de leite e leite integral (bebida láctea), inclusive na acepção da Instrução Normativa MAPA nº 16/2005, adicionada de estabilizantes autorizados pelas Considerações Gerais, de edulcorantes autorizados pela Nota da posição 04.04 e de ingredientes não autorizados para os produtos das posições 04.02 e 04.04 da NCM (aromatizante baunilha e água), sem qualquer volume de álcool, concluiu-se pelo seu enquadramento na posição 22.02.

No âmbito da posição 22.02, a bebida láctea “*LactoPro M*” classifica-se na subposição de 1º nível 2202.90 – “Outras”, dada a inexistência de subposição mais específica. E, uma vez que esta subposição não apresenta aberturas regionais, a classificação completa-se no código 2202.90.00 da NCM.

Não pode prevalecer a classificação na posição 04.04 indicadas no “parecer técnico classificatório” da autora sob o fundamento de que “a água é um solvente universal de presença obrigatória numa bebida láctea e de que o aromatizante de baunilha é necessário à fabricação do produto *LactoPro M* para melhorar o seu odor e o seu sabor” (fls. 309-65 e 389).

Ao contrário disso, como bem justificou o órgão técnico da ré, “água e aromatizante” (além de não estarem autorizados para os produtos da pretendida posição), não são substâncias necessárias na fabricação de bebidas lácteas em geral (fl. 389):

Aromatizante

Com relação à presença do aromatizante de baunilha, argumenta o parecerista que a pequena quantidade do produto químico, adicionado no percentual de 0,10%, é necessário à fabricação do produto LactoPro M, para melhorar o seu odor e a sua palatabilidade. (sic). O faz baseado nas Considerações Gerais do Capítulo 4 que dispõe que “alguns destes produtos podem ser adicionados com pequenas quantidades de produto químicos (por exemplo, bicarbonato de sódio) necessários a sua fabricação”. A resolução RDC nº 02/2007 da Anvisa, que aprovou o regulamento técnico sobre aditivos aromatizantes, define como aromatizantes as substâncias ou misturas de substâncias com propriedade odoríferas e ou sápidas, capazes de conferir ou intensificar o aroma e ou sabor dos alimentos. O próprio Parecer afirma que o aromatizante baunilha é acrescentado para melhorar o odor e o sabor do produto LactoPro M, não sendo portanto obrigatoriamente necessário ao seu processo de fabricação. A despeito disso, de acordo com o disposto na Nota da posição 04.02, as bebidas constituídas por leite aromatizado, com cacau ou outras substâncias, são remetidas para a posição 22.02, o que só vem confirmar que a adição de aromatizantes aos produtos do Capítulo 4 não está autorizada pelas Considerações Gerais e nem nas Notas de posição correlatas.

[...]

Água

[...] Contestando tais afirmações, pode-se verificar inúmeros exemplos de bebidas lácteas em que a água não consta como elemento constitutivo. Aliás, é o caso de todos os exemplos de bebidas lácteas classificadas na posição 22.02 elencadas no próprio Parecer, em seu parágrafo 73, onde se verifica que nem aquelas que utilizam componentes em pó, sofreram adição de água.

O Parecer afirma também, que o classificador da Receita Federal equivocou-se ao entender que os componentes leite integral (20%) e soro de leite fluido concentrado (37%), por serem líquidos, já estariam no ponto correto de fluidez, adequado para ingestão. Alega ainda que o soro de leite fluido, adicionado para fabricação da mercadoria LactoPro M, está concentrado, ou seja, desprovido de parte de sua água e que, para solubilizar o soro, faz-se necessária a água.

Entretanto, o Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade do Soro de Leite, de responsabilidade do MAPA, em suas Tabelas, traz a informação de que a presença de sólidos totais em um Soro de Leite Concentrado é de 11%. Ou seja, os 89% restantes são de água. Assim sendo, vê-se que não houve equívoco algum.

Posição 0404. Como bem esclareceu a Nota DIANA/SRRF01 14/2013, os produtos da autora não podem ser classificados nessa posição (fls. 385-90):

[...]

16. As Considerações Gerais às Notas Legais do Capítulo 4 assim esclarecem:

“Este Capítulo compreende:

I. Os laticínios:

A) O leite, a saber, o leite integral (completo) e o leite total ou parcialmente desnatado.

B) O creme de leite (nata*).

C) O leiteinho, o leite e o creme de leite (nata*), coalhados, o iogurte, o quefir e outros leites e cremes de leite (natas*), fermentados ou acidificados.

D) O soro de leite.

E) Os produtos à base de componentes naturais do leite não especificados nem compreendidos em outros Capítulos.

F) A manteiga e outras matérias gordas provenientes do leite; as pastas de espalhar (barrar) de produtos provenientes do leite.

G) O queijo e o requeijão.

Os produtos mencionados nos itens A) a E) acima podem conter, independentemente dos componentes naturais do leite (por exemplo, o leite enriquecido de vitaminas ou de sais minerais), pequenas quantidades de estabilizantes (por exemplo, fosfato dissódico, citrato trissódico ou cloreto de cálcio) que permitem conservar a consistência natural do leite durante o seu transporte sob o estado líquido, bem como ínfimas quantidades de antioxidantes ou vitaminas que o leite não contém normalmente. Alguns destes produtos podem ser adicionados com pequenas quantidades de produtos químicos (por exemplo, bicarbonato de sódio) necessários à sua fabricação; os produtos em pó ou granulados, podem conter emulsionantes (anticoagulantes) tais como fosfolípidios, dióxido de silício amorfo.”

Além disso, o presente Capítulo exclui os produtos obtidos a partir do soro de leite, contendo, em peso, mais de 95% de lactose, expresso em lactose anidra, calculado sobre matéria seca (posição 17.02). Para fins de cálculo da porcentagem em peso da lactose contida em um produto, a expressão “matéria seca” deve ser considerada como excluindo a água livre e a água de cristalização.”

Excluem-se também deste Capítulo, entre outros, os seguintes produtos:

a) As preparações alimentícias à base de laticínios (especialmente da posição 19.01).”

b) Os produtos provenientes da substituição no leite de um ou mais de seus componentes naturais (por exemplo, gorduras butíricas) por outra substância (por exemplo, gorduras oleicas) (posições 19.01 ou 21.06).”

c) Os sorvetes (posição 21.05).”

17. Como se vê acima, nos textos em destaque, são relacionadas as substâncias que podem estar contidas ou podem ser adicionadas

aos produtos mencionados nos itens A) a E), sem que os mesmos sejam remetidos para outras posições de outros Capítulos. São eles: pequenas quantidades de estabilizantes; ínfimas quantidades de antioxidantes; ínfimas quantidades de vitaminas que o leite não contém normalmente e pequenas quantidades de produtos químicos necessários à sua fabricação (por exemplo: bicarbonato de sódio); os produtos em pó ou granulados podem conter emulsionantes (anticoagulantes). Observa-se também, que o texto seguinte começa frisando que “além disso, o presente Capítulo exclui os produtos obtidos a partir do soro do leite, contendo, em peso...”, ou seja, além dos produtos que contenham outras substâncias diferentes das já elencadas, estão também excluídos estes. São também excluídas, entre outros produtos, as preparações alimentícias à base de laticínios e outros produtos à base de leite, como, por exemplo, os sorvetes. Vê-se, portanto, que as exclusões não são exaustivas.

[...]

20. Quando se referem à posição pretendida pela autora, as NESH esclarecem:

04.04 Soro de leite, mesmo concentrado ou adicionado de açúcar ou de outros edulcorantes; produtos constituídos por componentes naturais do leite, mesmo adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes, não especificados nem compreendidos noutras posições.

A presente posição abrange...

Esta posição abrange igualmente os produtos frescos ou conservados formados por constituintes naturais do leite, com composição diversa da do produto natural, desde que não sejam citados mais especificamente em outras posições da Nomenclatura. A presente posição compreende assim os produtos dos quais tenham sido retirados um ou mais componentes naturais do leite e o leite ao qual tenham sido adicionados componentes naturais (por exemplo, para obter um produto de teor elevado em proteínas).

Independentemente dos constituintes naturais do leite e dos aditivos mencionados nas Considerações Gerais do presente Capítulo, os produtos desta posição podem ainda ser adicionados de açúcar ou outros edulcorantes.

Os produtos em pó desta posição, por exemplo, o soro do leite, podem ser adicionados de pequenas quantidades de fermentos lácticos para serem utilizados em produtos de charcutaria ou como aditivos para alimentação de animais.”

A presente posição não compreende:

a) O leite desnatado e o leite reconstituído cuja composição qualitativa e quantitativa seja a mesma que a do leite natural (posições 04.01 ou 04.02).

b) O queijo à base de soro de leite (posição 04.06).

c) Os produtos obtidos a partir de soro de leite e contendo, em peso, mais de 95% de lactose, expressos em lactose anidra, calculado sobre matéria seca (posição 17.02).

d) As preparações alimentícias à base de constituintes naturais do leite, mas contendo outras substâncias cuja presença nos produtos do presente Capítulo não seja autorizada (em particular, posição 19.01).”

[...]

23. A alínea d) da Nota Explicativa referente à posição 04.04, transcrita no parágrafo 20, em suma, significa que a preparação alimentícia à base de constituintes naturais do leite, para estar classificada no Capítulo 4 e na posição 04.04 não pode extrapolar as limitações impostas e descritas nas correspondentes Considerações Gerais e Notas Explicativas da posição. Uma vez que a referida Nota autoriza a adição de edulcorantes (18,5%) e que a adição de estabilizantes (0,64%) está autorizada nas Considerações Gerais do Capítulo, mas se constata a presença de substâncias não autorizadas como água (14,26%) e o aromatizante baunilha (0,10%), conclui-se pela impossibilidade de enquadramento da mercadoria “LactoPro M” na referida posição.

24. Uma vez que a alínea d) acima citada remete, especialmente, à posição 19.01, as preparações alimentícias à base de constituintes naturais do leite contendo outras substâncias cuja presença não seja autorizada nos produtos do Capítulo 4 e que o Capítulo 19 abrange um conjunto de produtos que têm, em geral, o caráter de preparações alimentícias, obtidas diretamente a partir de produtos das posições 04.01 a 04.04, deve-se verificar o que as NESH esclarecem:

“III. Preparações alimentícias de produtos das posições 04.01 a 04.04 não contendo cacau ou contendo-o numa proporção inferior a 5%, em peso, calculado sobre uma base totalmente desengordurada, não especificadas nem compreendidas em outras posições.

As preparações desta posição podem ser distinguidas dos produtos das posições 04.01 a 04.04, pelo fato de conterem, além dos constituintes naturais do leite, outros ingredientes, cuja presença não é autorizada nos produtos daquelas posições. É assim que na posição 19.01 se classificam, por exemplo:

1) As preparações em pó ou líquidas para alimentação de crianças ou para usos dietéticos, cujo ingrediente principal seja o leite, ao qual foram adicionados outros ingredientes (por exemplo, flocos de cereais, levedura).

2) As preparações à base de leite, obtidas por substituição de um ou mais dos constituintes do leite (por exemplo, as gorduras butíricas) por outra substância (por exemplo, as gorduras oleicas).

Os produtos desta posição podem ser edulcorados ou conter cacau. São excluídos, todavia, os produtos com características de produtos de

confeitaria (posição 17.04), os produtos contendo, em peso, 5% ou mais de cacau calculado sobre uma base totalmente desengordurada (posição 18.6) e as bebidas (Capítulo 22).”

Posição 2202. Essa é a posição em que os produtos da autora devem ser enquadrados, conforme a mencionada nota:

25. Em decorrência da exclusão das bebidas do Capítulo 22, prevista nas NESH da posição 19.01 e a remissão para a posição 22.02, constante no texto na posição 04.02, prossegue-se com a leitura das NESH referentes à posição 22.02, que esclarecem:

“A presente posição engloba as bebidas não alcoólicas tal como são definidas na Nota 3 do presente Capítulo, exceto as compreendidas em outras posições, em particular nas posições 20.09 ou 20.01.

A) Águas, incluídas as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas.

[...]

B) Outras bebidas não alcoólicas, exceto sucos de frutas ou de produtos hortícolas da posição 20.09.

Este grupo inclui, entre outros:

2) Certos produtos alimentícios líquidos, suscetíveis de consumo direto como bebidas, tais como certas bebidas à base de leite e de cacau. [grifou-se]

Conforme consta da sentença recorrida, “a fundamentação para a classificação do produto “LactoPro V” foi idêntica à acima esboçada (relativa ao produto “LactoPro M”), aplicando-se a ele o mesmo entendimento quanto à sua legalidade e razoabilidade” (fl. 401).

Paradigma. O produto objeto de anterior “solução de consulta paradigma” enquadrado na posição 0404.90.00 da Tipi, é “obtido pela mistura do leite (70%) e do soro de leite (30%), ambos pasteurizados pelo sistema HTST, adicionada de estabilizante de citrato de sódio (0,1%) [...]” (fl. 419). É diferente dos produtos da autora (LactoPro M e LactoPro V) que contêm água, aromatizante de baunilha e gordura vegetal, substâncias que motivaram sua classificação no código 2202.90.00 (fl. 385-v).

É irrelevante que o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, órgão responsável pelo registro dos produtos, não proíba a utilização das mencionadas substâncias na composição de “bebida láctea”. O que não se permite é a adição desses ingredientes aos produtos que se enquadram no Capítulo 4 da NCM.

Competência. Como bem decidiu o juiz de primeiro grau, a competência exclusiva para solucionar processos administrativos de consulta é da Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do art. 48 da Lei 9.430/1996: “No âmbito da Secretaria da Receita Federal, os processos administrativos de consulta serão solucionados em instância única”.

O julgado não partiu “da premissa de que só os auditores fiscais possuem atribuição para proferir decisão em processo de consulta”. Ao contrário disso, afirmou que no âmbito da Secretaria somente esses servidores têm essa atribuição.

A edição da Instrução Normativa 16/2005 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade de Bebida Láctea) e o registro dos produtos “LactoPró-M” e LactoPró-V” nesse órgão como “bebida láctea UHT” não é determinante para a sua classificação fiscal no Capítulo 04 da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, como pretende a autora, nem exclui a competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Além disso, o registro naquele ministério é para fins de controle sanitário.

Dispositivo

Nego provimento ao agravo retido e à apelação da autora, ficando mantida a sentença de improcedência da demanda.

É o voto.

Voto-Vogal no Agravo Retido

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa: — Acompanho vossa excelência, acho que não há um dissenso sobre a composição do produto, mas sobre o enquadramento. A questão é jurídica, não é fática.

Voto-Vogal Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa: — Senhor presidente, enquanto ouvia com atenção o voto de vossa excelência, consegui abrir, aqui, no site da Receita, a pesquisa que pode ser feita à Nomenclatura Comum do Mercosul. No capítulo 4, há leite, laticínios, ovos, aves, mel natural, produtos comestíveis. Aí abrem as possibilidades: 401 – leite e creme de leite, não concentrados; leite e creme de leite, vai seguindo a nomenclatura; soro de leite, que é 04.04; 04.05 – manteiga; queijos, ovos de ave, e tem as variações. Já no capítulo 22, temos seis subitens que variam: águas, incluídas as águas minerais e gaseificadas, adicionadas — aqui não mostra tudo —, vinhos de

uvas frescas, incluindo os vinhos enriquecidos com álcool, vermouths, e outros vinhos de uvas frescas, álcool etílico não desnaturado. Essas são as variações do capítulo 22. Vi que vossa excelência fez uma pesquisa minuciosa. Recebi memorial da parte recorrente e, na medida do possível, pude fazer uma leitura. Vi que anexa, inclusive, cópia de parte da solução da consulta, que tem, de forma discriminada, a composição do produto, e, se não me equivoquei no meu cálculo, os itens que se referem especificamente a leite, soro de leite ou creme de leite pasteurizado chegam a 66,5% do produto, porque 37, 20 e 9,5. No memorial que recebi, se isso não confere com a pesquisa que vossa excelência realizou, muito minuciosa por sinal, o que parece é que, ao iniciar a consulta, a Receita identificou três posições possíveis para o enquadramento do produto: a primeira seria 04.04; a segunda, a 19.01, que fala de extrato de malte, preparações alimentícias de farinha, grumos, sêmolos, enfim, adicionado de cacau, acho que são achocolatados; e o 22.02, água. A consulta, por essas razões que vossa excelência já indicou, optou pelo enquadramento na posição 22.02, que não menciona leite em nenhum momento, não fala em água adicionada de leite, por exemplo. A questão toda foi essa adição da água e do aromatizante. O que a Receita indiretamente diz é que não existe uma posição específica para esse produto, acho que essa é a questão e por isso existem as tais regras para o enquadramento nesse sistema denominado harmonizado, exatamente para que se enquadre em alguma posição para fins de tributação. Nesse sentido, concordo com vossa excelência plenamente, porque acho que a classificação feita pelo Ministério da Agricultura tem um objeto completamente diferente daquele feito pela Receita Federal. Enquanto um tem um foco em classificação de produtos oriundos da produção agropecuária, com fins ou com a preocupação sanitária, a classificação feita pela Receita Federal é com finalidade de enquadramento para fins de tributação. Nesse ponto também assiste razão à apelante, que tem interesse, sim, na revisão de uma classificação que eventualmente não atenda às normas legais, porque tem repercussão para o contribuinte. Acho que não se discute, no âmbito da administração, a competência da Receita Federal para essa classificação; muito bem, mas essa classificação não está excluída da revisão pelo Poder Judiciário, nós estamos aqui, exatamente, revendo se, na fundamentação dessa solução de consulta, existe alguma incoerência que justifique o acolhimento da pretensão da contribuinte. Então, retomando o raciocínio, o que a Receita diz, pelo que pude ver do documento anexado a esse memorial,

é que seriam três possibilidades, e aí exclui das duas exatamente por conter água e conter o aromatizante. A água na proporção de 14,26% e o aromatizante em 0,10%. As regras seguintes, que a apelante sustenta que teriam que ter sido observadas, vão chegar a essa chamada Regra 3, e que a Regra 3 b) contém uma previsão que me chamou a atenção, ou seja, quando o produto não tem o enquadramento específico por conta da composição, aí diz:

Os produtos misturados, as obras compostas de matérias diferentes ou constituídas pela reunião de artigos diferentes e as mercadorias apresentadas em sortidos acondicionados para venda a retalho, cuja classificação não se possa efetuar pela aplicação da Regra 3 a), classificam-se pela matéria ou artigo que lhes confira a característica essencial, quando for possível realizar esta determinação.

Ou seja, não há controvérsia, a própria Receita admite que esse produto tem 66,5% de leite e derivados do leite. Vendo o contexto do capítulo 22, não há nada que se assemelhe a esse produto, se o trabalho do enquadramento for buscar aquilo que pode ainda caracterizar como essencial, aí acho que a classificação do Ministério da Agricultura serve como uma referência, ele ainda manteve a classificação como bebida láctea, por quê? Porque tem quase que 70% na sua composição de leite e derivados do leite. Acho que não havendo uma classificação mais específica, a que mais se aproxima, seguindo essa regra que está transcrita aqui, se vossa excelência puder me corrigir, que a resposta a essa consulta teria que ter ultrapassado essa primeira etapa definida pela primeira regra, exatamente pelo fato de a própria Receita ter identificado três posições possíveis de classificação. Ao se buscar uma classificação, já que o produto não tem enquadramento exato, essa chamada regra 3 b) orienta no sentido de identificar no produto um componente que caracterize a sua essência. Acho que nesse ponto quase 70% de produtos lácteos, com a devida vênia de vossa excelência, acho que a posição que mais se aproxima, não havendo uma especificação, e não existe essa questão de que a presença da água seja proibida, a Receita não tem essa competência, ela vai identificar a composição e ver em que ela se enquadra. Quem teria a competência para dizer que é proibida a adição da água seria o Ministério da Agricultura, e, nesse ponto, não há. Então, a questão é: a Receita pega o produto que não se enquadra de forma perfeita em nenhuma das posições, existe uma sequência de regras que têm que ser observadas para essa classificação, e, a meu ver, a Receita deveria ter, ao solucionar essa consulta, ido à fase seguinte, já que não teria um enquadramento

único, específico, a própria Receita identificou a possibilidade de três. Então, peço vênia para dar provimento e, reformando a sentença, reconhecer a posição dos aludidos produtos nessa posição 04.04, que, embora não seja a posição de enquadramento perfeito, é aquela que mais se aproxima, considerando a possibilidade de identificação da composição essencial do produto, que seria de quase 70% de componentes de origem do leite.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha:
— Senhor presidente, também vou pedir respeitosa licença a vossa excelência para acompanhar a divergência. Recebi os memoriais antecipadamente do nobre advogado e ouvi atentamente os acréscimos, aliás, o brilhante voto do Desembargador Marcos Augusto na matéria. Enquanto sua excelência falava, eu estava aqui, também, buscando elementos para sustentar essa posição e verifiquei, coadjuvando com o que vossa excelência ponderou, o seguinte, Desembargador Marcos Augusto: verifiquei que haveria uma possibilidade de classificação na posição 2202.90.00, que se refere a bebidas em geral; “Outras” e dá como exemplo: “Ex 01 – Bebidas alimentares à base de soja ou de leite e cacau”. Entretanto, entendo, Desembargador Marcos, que, mesmo com esse exemplo — não sei se foi o mais feliz, eu diria — colocado na norma da Receita Federal, pela classificação, pela natureza do produto, como vossa excelência bem ponderou e isso, me parece, não é objeto de divergência entre a autora e a ré, exatamente por isso foi negado provimento ao agravo regimental, pela desnecessidade de comprovação da composição do produto, isso é matéria incontroversa e exatamente por isso me parece que a classificação mais adequada desse produto é do item a que vossa excelência se refere, 404. Por quê? O item 404 se refere a bebidas, a

produtos derivados do leite. A água, excelência, ainda que seja adicionada...

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
— Vossa excelência me permita uma correção? Seria a 0404.90.00, porque é o “Outros”, dentro do capítulo 04.04.

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha:
— Sim, perfeito, porque não tem uma adequação perfeita, digamos assim, é por aproximação e o que está permitido, como vossa excelência se referiu. Eu também havia feito a anotação aqui, no item 3 b) das Regras Gerais, em que diz que, se houver a junção de vários produtos para formar o produto final e não houver uma norma específica de adequação na norma de classificação, busca-se a do seu elemento essencial. E me parece aqui, a toda evidência, com todo respeito ao nobre relator, que está baseado em sólidos fundamentos, pareceres, inclusive, expurgos da Receita, mas neste caso há apenas 14% de água e, diga-se de passagem, o aromatizante não excluiria e até me estranha a fundamentação da Fazenda, posto que todos os demais produtos lácteos, o iogurte e vários outros produtos, inclusive, na própria norma, vários itens 404 têm lá a adição de aromatizantes, de edulcorantes. Então, esse não seria o fundamento, porque é 001% da composição do produto. Agora, a água sim. Quanto à água, excelência, fui ao *site* da Embrapa e o leite natural, o leite *in natura*, tem 87.4% de água. Então, nós estamos falando de um produto que tem pouco mais de 14% de água adicionada. Então, realmente, com essas considerações e as que vossa excelência já tinha feito à matéria, peço mais uma vez respeitosa licença ao nobre relator e acompanho a divergência, senhor presidente.

Agravo de Instrumento 0044201-87.2015.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
Agravante: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Bruno Araújo Soares Valente
Agravada: Caixa Econômica Federal – CEF
Publicação: e-DJF1 de 24/08/2015, p. 423

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Pará, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a Caixa Econômica Federal, em que se busca a concessão de provimento judicial, no sentido de compelir-se a promovida a indenizar os adquirentes de imóveis financiados com recursos do Programa Minha Casa Minha Vida, localizados no Residencial Apoena, no Município de Ananindeua/PA, em virtude da paralisação de suas obras, desde o ano de 2011, sem a adoção de qualquer medida oportuna, por parte da referida instituição financeira, no sentido de que a empresa seguradora reparasse os danos causados.

O juízo monocrático indeferiu o pedido de antecipação da tutela formulado no feito de origem, nestes termos:

Trata-se de pedido de tutela de urgência formulado no bojo da Ação Civil Publica movida pelo Ministério Público Federal contra a Caixa Econômica Federal objetivando provimento judicial que assegure a todos os 105 consumidores que firmaram contrato de financiamento para aquisição de unidade habitacional junto a Sanpar Engenharia Ltda, no Condomínio Residencial Apoena, no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida, cuja obra encontra-se paralisada desde 2011, o pagamento de alugueis mensais no valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Relatado o essencial, decido.

A tutela antecipada pode ser concedida, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil, desde que a inicial esteja instruída com prova inequívoca, capaz de convencer o magistrado acerca da verossimilhança das alegações do autor, assim entendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil.

Trata-se de modalidade de tutela de urgência que, para além de exigir a presença da situação de risco jurisdicional qualificado, pressupõe a demonstração de um *fumus boni iuris* qualificado.

Pois bem, no caso, e fato que o empreendimento encontra-se paralisado há mais de quatro anos sem que a CEF tivesse tempestivamente acionado a seguradora para substituição da construtora como prevê a cláusula vigésima segunda do contrato de mutuo, havendo clara infração contratual.

A esse respeito, confirmam-se os precedentes:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SFH. CONTRATO DE COMPRA E VENDA E MUTUO HABITACIONAL. RESIDENCIAL VILLAS DE SAO CRISTOVAO. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA E DA CAIXA. RESCISAO DO CONTRATO.

1- Cuida-se apelação contra sentença que julgou procedente ação de rescisão de contrato de financiamento pelo SFH e condenou a CAIXA a devolver as prestações pagas pelo mutuário.

2- O terreno do imóvel foi vendido a construtora em data anterior ao contrato que a autora quer rescindir. A vendedora do terreno, inclusive, não participa no contrato do financiamento, que foi firmado entre a autora, a CAIXA e a construtora. Dessarte, não há razão para colher preliminar de litisconsorte passivo necessário da vendedora do terreno.

3- O atraso na entrega do imóvel superou o limite pactuado sem que a CAIXA tivesse tornado as providencias contratualmente previstas.

4- Ausência de força maior, caso fortuito ou fato de príncipe a justificar o atraso na conclusão da obra. As provas colacionadas aos autos demonstram que o atraso na entrega do imóvel se deu por culpa da construtora e por má fiscalização da CEF.

5- A hipótese de rescisão do pacto (art. 475 do Código Civil) está implícita em todos os contratos bilaterais (cláusula resolutive tacita).

6- Decisão consonante com precedente desta Corte relativa a outro imóvel do mesmo conjunto habitacional: TRF5, Primeira Turma, AC 409987, rel. Desembargador Federal Jose Maria Lucena, pub. DJ 16.06.09.

7- Apelação não provida” (Apelacao Civel n. 414002/SE - 2002.85.00.001921-6; TRF 5a . Região).

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH. CONTRATO DE COMPRA E VENDA E MUTUO HABITACIONAL. RESIDENCIAL VILLAS DE SAO CRISTOVAO. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA E DA CAIXA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESCISAO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

...

- Os relatórios elaborados pelo engenheiro civil contratado pela CAIXA para fiscalizar o empreendimento no período de maio de 2001 a marco de 2002 indicam o insatisfatório desempenho da Construtora, constatando o atraso no cronograma desde a primeira vistoria realizada.

- Previsão contratual expressa (Cláusula Terceira) impunha a Caixa Econômica Federal a obrigação de realizar a fiscalização da obra, de maneira a efetuar a liberação do pagamento à Construtora mediante o cronograma físico-financeiro aprovado. Verificado o atraso da obra por período superior a trinta dias, caberia à CAIXA acionar a seguradora de maneira a viabilizar a continuidade dos serviços e o cumprimento do prazo previsto, conforme determinou a Cláusula Vigésima.

- Abstendo-se de tomar as providencias cabíveis para evitar o retardo na entrega do empreendimento, o agente financeiro descumpriu o contrato, restando por autorizar a rescisão pleiteada pelo autor. A ausência de previsão contratual expressa para a hipótese de rescisão do pacto não afasta a aplicação do art. 475 do Código Civil, desde que a clausula resolutive tacita esta implícita em todos os contratos bilaterais.

- Cabível, portanto, o pedido de rescisão do contrato de compra e venda e mutuo, em face do inadimplemento das demais partes contratantes, não se admitindo manter o autor, soldado da policia militar, atrelado ao cumprimento das cláusulas contratuais, obrigando-se a continuar a efetuar o pagamento dos encargos mensais, valores esses que, certamente, fazem falta ao seu orçamento familiar, se, diante da conduta dos réus, viu-se privado de residir na nova morada na data prevista no contrato.

- Veja-se que a ação foi ajuizada em abril de 2002. quando ainda não se tinha qualquer previsão para a conclusão da obra, enquanto que o prazo para entrega do imóvel esgotou-se em 15/12/2001. Assim, não é razoável obrigar o mutuário a aguardar sine die o termino da construção.

- Apelação não provida” .

(Apelação Cível n. 409987-SE - 2002.85.00,001692-6; TRF 5a . Região).

Segundo relato do Ministério Público Federal a responsabilidade da CEF advém da circunstancia de ter acionado o seguro de garantia do empreendimento fora do prazo de cobertura, resultando na negativa da cobertura securitária em razão da comunicação do sinistro ter ocorrido em momento posterior a extinção da garantia e término de vigência da apólice (vide fls. 284).

Entretanto, a despeito da relevância dos fundamentos trazidos pela parte autora, não vislumbro possibilidade de deferimento do pedido de tutela de urgência, tal qual foi formulado pela parte autora, sem demonstração de risco real e efetivo da necessidade da medida, representando, a meu ver, uma liquidação antecipada das perdas e danos, sem a prestação de garantia, sendo certo que se aplica, na espécie, o regime de responsabilidade objetiva (artigo 273, par. 3º. Do CPC).

Significa dizer, conceder o pedido de tutela antecipada de forma indiscriminada a todo o universo de 105 adquirentes das unidades habitacionais, importaria no arbitramento de lucros cessantes por meio de uma decisão de natureza provisória e precária, cuja revogação redundaria na possibilidade de responsabilização objetiva dos titulares dos direitos individuais homogêneos.

Nesse contexto, por vislumbrar temeridade no deferimento do provimento liminar, aliada ao fato da ausência de comprovação do risco concreto de dano, diante da falta de comprovação de que os mutuários substituídos tenham efetivamente despesas decorrentes do desembolso de aluguéis para custeio de moradia própria e que necessitem desses valores para pagamento de suas obrigações, assinalo que eventual reparação de natureza econômica deverá aguardar o provimento final.

Ante o exposto, em face de seu caráter excepcional e sendo o periculum in mora, requisito essencial para a concessão da medida, indefiro o pedido de liminar.

Cite-se.

Em suas razões recursais, insiste o recorrente na concessão da medida postulada, reiterando os fundamentos deduzidos perante o juízo monocrático, destacando que, diferentemente do que restou consignado na decisão agravada, que, em se tratando de matéria envolvendo o acesso à moradia à parcela da população de baixa renda, afigura-se patente a presunção do risco de dano irreparável, decorrente do atraso de mais de 4 (quatro) anos, na entrega dos aludidos imóveis, sem que o agente financeiro adotasse qualquer medida tempestiva, no sentido de substituir a construção responsável pela edificação dos imóveis por ela financiados.

Não obstante os fundamentos em que se amparou a decisão agravada, vejo presente, na espécie, os pressupostos do art. 558 do CPC, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal, mormente

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, de forma a assegurar aos mutuários dos imóveis descritos nos autos o pagamento de aluguéis mensais, até a efetiva entrega das unidades habitacionais financiadas pela promovida, propiciando-lhes, assim, o exercício do direito à moradia, em que, em princípio, restou violado diante do noticiado atraso na construção de tais imóveis, sem que o agente financeiro adotasse, oportunamente, as medidas necessárias à substituição da empresa responsável pelas respectivas obras.

De ver-se, ainda, que, eventual discussão acerca da responsabilidade, ou não, pelo pagamento dos danos decorrentes do atraso em referência, é matéria a ser dirimida por ocasião do julgamento da demanda instaurada nos autos de origem, não se podendo admitir que os mutuários continuem a suportar tal ônus, enquanto não resolvida a pendência.

Com estas considerações, *defiro o pedido de antecipação da tutela recursal*, para determinar que a Caixa Econômica Federal proceda ao pagamento de aluguéis mensais, no valor individual de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), para cada um dos mutuários do financiamento descrito nos autos, até o pronunciamento definitivo da turma julgadora.

Intime-se, com urgência, via fax, o sr. presidente da Caixa Econômica Federal, para fins de cumprimento desta decisão, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de multa pecuniária, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia de atraso, sem prejuízo das demais sanções previstas no art. 14, V, e parágrafo único, do CPC¹, cientificando-se, também, o juízo monocrático, na dimensão eficaz do art. 512 do CPC vigente.

Intime-se a agravada, nos termos e para as finalidades do art. 527, V, do CPC, abrindo-se vistas, após, à douta Procuradoria Regional da República, na forma regimental.

Publique-se.

Brasília, 17 de agosto de 2015.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator.

¹ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, *sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.* – grifei.

Agravo de Instrumento 0045897-61.2015.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
 Agravantes: Ivana de Lima Palheta e outro
 Defensora: Defensoria Pública da União – DPU
 Agravado: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Agravada: Caixa Econômica Federal – CEF
 Agravada: Unempe – União Empresarial Educacional Ltda.
 Publicação: e-DJF1 de 08/09/2015, p. 962

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto de decisão em que foi excluída União Empresarial Educacional Ltda. (Unempe) da lide e indeferida tutela antecipada para “b.1) suspender os efeitos do ato de impedimento à contratação do FIES pelo Autor; b.2) determinar ao FNDE, à FABEL e à CEF que pratiquem todos os atos necessários para concessão de crédito do FIES aos autores, independentemente do decurso eventual do prazo regulamentar estabelecido para contratação de contratos novos; b.3) subsidiariamente, na hipótese de indeferimento do pedido anterior, determinar à FABEL que se abstenha de praticar qualquer ato extrajudicial de cobrança [...] pelos serviços educacionais prestados [...]”.

A decisão agravada está assim fundamentada: a) no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já se decidiu que “a concessão do financiamento estudantil” está “limitada à disponibilidade orçamentária”, inexistente, na espécie; b) “o direito do estudante deve restar condicionado à reserva do possível [...]. Como se não bastasse, o presente caso versa sobre o primeiro ingresso dos estudantes no sistema de financiamento; ou seja, não se discute, aqui, negativa de matrícula de estudante que, apesar de preencher os requisitos legais, não obteve o aditamento do financiamento em virtude do corte orçamentário”; c) o litisconsórcio com a instituição de ensino é facultativo; assim, a fim de que a celeridade processual não seja comprometida, há se excluir a instituição de ensino da lide.

Os agravantes alegam que: a) “os estudantes apenas passaram a ser mais claramente informados sobre a limitação de vagas em cada curso a partir de abril de 2015, quando o MEC e o FNDE inseriram explicação no sistema sobre a limitação de vagas. Contudo, não foram esclarecidos: (i) em que medida estaria ocorrendo redução do número de vagas disponíveis no programa, (ii) quantas vagas estariam disponíveis para cada instituição de ensino (IES) e cada curso ou (iii) quais critérios utilizados para escolha dos cidadãos que teriam acesso ao programa, em detrimento dos demais interessados./ Dessa forma, o FNDE e a FABEL violaram os princípios que regem a Administração em geral e a prestação de serviços educacionais em especial, agindo de forma contrária a boa-fé. / O princípio da boa-fé objetiva não é uma abstração ética, moral ou política. / Ele tem raiz no Direito alemão, na famosa expressão *treu und glauben*. Literalmente, essas expressões podem ser traduzidas ao português como ‘lealdade’ e ‘confiança’. / Houve descumprimento do dever de lealdade, uma vez que se deu a alteração unilateral e abrupta de regras para a concessão do financiamento que vinha sendo expandido fortemente nos últimos cinco anos para criar limitações e impedimentos para o acesso ao FIES de modo repentino, sem qualquer transparência ou aviso prévio. Conexo ao comportamento contraditório, exsurge a violação do dever de informar, o qual é desdobramento do princípio da boa-fé, tendo previsão explícita no art. 6º, III, do CDC:”; b) “na realidade, os estudantes apenas foram informados da exigência do limite de vagas APÓS o período regular de matrícula dos alunos e APÓS o início de suas aulas e APÓS os estudantes terem assumido compromisso de efetuar o pagamento de mensalidades em valores que seus orçamentos familiares não são capazes de arcar sem a concessão do financiamento estudantil. / Portanto, deve ser reconhecida a violação à boa-fé e ao princípio da confiança, em razão do estabelecimento de limite de vagas para beneficiários do programa em cada curso e/ou instituição de ensino no que se refere a contratação do FIES para o semestre 2015.1”; c) “cumpra esclarecer que a criação de obstáculos à formalização de novas contratações do FIES implica, também, no descumprimento do Plano Plurianual (2012 a 2015), positivado por meio da Lei no 12.593/2012. Isso porque o referido plano prevê expressamente a ampliação do acesso à educação superior por meio do financiamento estudantil”; d) “assim, a eventual alegação do FNDE e do MEC de ausência de recursos, provisão ou dotação orçamentária, não é excludente do inadimplemento dos Réus a luz dos próprios instrumentos legais orçamentários e nas diretrizes do setor educacional (LDO/2015, Plano Plurianual e PNE). / Ademais, percebe-se que até mesmo quanto a atual Lei Orçamentária Anual, houve uma ampliação exponencial dos recursos destinados à educação, conforme se infere dos seus anexos”; e) “no caso, como bem observado pelo juízo a quo, os autores optaram pelo litisconsórcio passivo entre o FNDE, a CEF e a UNEMPE (entidade mantenedora da FABEL), pois a obrigação destes deriva dos mesmos fundamentos de fato e, em grande parte, dos mesmos fundamentos de direito, enquadrando-se perfeitamente, portanto, na hipótese prevista no art. 46, II do CPC. / Desta feita, a dissolução do litisconsórcio só poderia ser cogitada caso comprometesse a razoável duração do processo ou dificultasse a defesa, conforme prescreve o parágrafo único do art. 46”; f) “entendimento contrário implicaria na necessidade de que os autores propusessem nova ação na justiça estadual, causando desnecessários gastos e prejudicando o direito dos autores a uma efetiva tutela jurisdicional, ao passo que movimentaria novamente a máquina do judiciário, apenas para narrar o feito de forma idêntica ao da presente ação, valendo-se inclusive de alguns dos argumentos de direito suscitados na exordial da corrente ação, bem como juntando os mesmos documentos colacionados aos

autos principais. / Outrossim, a alegada manifesta improcedência da ação quanto aos entes públicos não justifica a antecipada exclusão da IES do polo passivo. Ora, o simples fato da ação contar com entidades de direito público como réus no processo é suficiente para atrair a competência do feito para a Justiça Federal, mesmo que um dos litisconsortes seja uma instituição privada, ante a incidência do art. 109, I da CF. / Sendo assim, ainda que ao final o pedido principal venha a ser julgado improcedente, não fica eximido o juízo federal de apreciar o pleito subsidiário, mesmo que este esteja destinado exclusivamente a uma instituição privada. Isso se dá inclusive pela própria natureza do litisconsórcio, que se caracteriza como eventual, de modo que o conhecimento do pedido subsidiário pressupõe o indeferimento do pedido principal. Assim, uma vez reconhecido o cabimento de litisconsórcio eventual facultativo no polo passivo da ação e inexistindo qualquer prejuízo à razoável duração do processo, devida é a manutenção deste, sob pena de se limitar indevidamente o princípio da economia processual e ao direito do autor a uma efetiva tutela jurisdicional”.

Decido.

A formação de litisconsórcio passivo necessário prescinde de que o(s) pedido(s) seja(m) dirigido(s) a todos os réus-litisconsortes. Há litisconsórcio passivo necessário em face da natureza incidível da relação jurídica. Na hipótese, o estudante contrata o financiamento com participação da instituição de ensino. Isso quer dizer que sentença que decidir sobre a contratação afeta a esfera jurídica da instituição de ensino. Não há como manter a instituição de ensino imune aos efeitos do provimento que decidir sobre a contratação. Quer parecer que, não obstante o pedido subsidiário, há litisconsórcio passivo necessário em relação à pretensão mandamental de contratação.

Sobre a tutela antecipada, a Lei 10.260/2001, que instituiu o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), vinculou a oferta do financiamento à existência de recursos:

Art. 1º É instituído, nos termos desta Lei, o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), de natureza contábil, destinado à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação, de acordo com regulamentação própria. *(Redação dada pela Lei nº 12.513, de 2011)*

§ 1º O financiamento de que trata o *caput* poderá beneficiar estudantes matriculados em cursos da educação profissional e tecnológica, bem como em programas de mestrado e doutorado com avaliação positiva, *desde que haja disponibilidade de recursos.* *(Redação dada pela Lei nº 12.513, de 2011)*

Se, no caso, a recusa de oferta de financiamento se deu por falta de recursos, não se pode afirmar que os interessados foram surpreendidos com a negativa de crédito. Consta que as limitações, *sobretudo a novos contratos*, resultam de um plano para garantir, com a amplitude possível, a continuidade da oferta. A jurisprudência vem prestigiando as alterações promovidas pela Administração a fim de assegurar a higidez do sistema, *v.g.:*

Direito administrativo. ADPF. Novas regras referentes ao Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior. Impossibilidade de aplicação retroativa. 1. O art. 3º da Portaria Normativa MEC nº 21/2014 alterou a redação do art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10/2010, passando a exigir média superior a 450 pontos e nota superior a zero nas redações do ENEM, como condição para a obtenção de financiamento de curso superior junto ao Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior - FIES. 2. Afirmando o Partido requerente e o Procurador-Geral da República que vem sendo dado alcance retroativo pela Administração Pública à nova portaria, alcançando dois grupos de estudantes: i) aqueles que já dispõem de contratos de financiamento com o FIES, mas que não estão conseguindo renová-los em razão das referidas exigências; e ii) aqueles que se submeteram ao ENEM anteriormente à alteração normativa, não obtiveram tal desempenho mínimo e que pretendem requerer o financiamento do FIES para 2015. 3. Plausibilidade jurídica da alegação de violação à segurança jurídica, pela aplicação retroativa de norma nova, no que respeita aos estudantes que já dispõem de contratos celebrados com o FIES. A Advocacia-Geral da União nega a referida aplicação retroativa, o que suscita uma divergência acerca da matéria de fato. Ante o quadro de incerteza, a prudência recomenda a solução que impeça a lesão a direito. Até porque, se não estiver sendo dada a retroatividade vedada, a medida não produzirá qualquer consequência negativa para a Administração. Perigo na demora configurado em razão do prazo exíguo para a renovação de grande volume de contratos de financiamento. 4. Concessão parcial de medida cautelar, ad referendum do Plenário, para determinar a não aplicação da exigência de desempenho mínimo no ENEM às renovações de contratos de financiamento, prorrogado o prazo para tais renovações até 29 de maio de 2015. 5. Indeferimento da cautelar no que respeita aos estudantes que requereram seu ingresso no FIES em 2015, tendo em vista a inexistência de direito adquirido a regime jurídico. 1. Trata-se de arguição de descumprimento fundamental proposta pelo Partido Socialista Brasileiro, na qual se impugna, genericamente, a constitucionalidade da íntegra das Portarias Normativas MEC nºs 21/2014 e 23/2014. O fundamento central da ação é que os indigitados atos normativos alteraram retroativamente as regras para ingresso e renovação de contratos de financiamento de curso de nível superior, celebrados com o Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior - FIES. O único dispositivo impugnado especificamente pela inicial corresponde à nova redação do art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010, conferida pela Portaria

Normativa nº 21, de 26/12/2014, que prevê: “Art. 19. Para fins de solicitação de financiamento ao Fies serão exigidas do estudante concluinte do ensino médio a partir do ano letivo de 2010: I – média aritmética das notas obtidas nas provas do Enem igual ou superior a quatrocentos e cinquenta pontos; e II – nota na redação do Enem diferente de zero. § 1º Excetua-se do disposto no caput o estudante que possua a condição de professor integrante do quadro de pessoal permanente da rede pública de ensino, em efetivo exercício do magistério da educação básica e regularmente matriculado em cursos de licenciatura, normal superior ou pedagogia. § 2º Os estudantes que por ocasião da inscrição ao Fies informarem data de conclusão do ensino médio anterior ao ano de 2010, deverão comprovar essa condição perante à CPSA, nos termos estabelecidos no Anexo II da Portaria Normativa nº 10, de 2010, que passa a vigorar na forma do anexo a esta Portaria.” (Grifou-se) 2. De acordo com a inicial, a nova redação do art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010 viola a segurança jurídica, o direito adquirido, a confiança legítima ou a justa expectativa de dois grupos de estudantes: i) “os alunos que já estão cursando o Fies e atualmente não conseguem renovar seus contratos em razão das novas regras”; ii) “os novos entrantes que não obtiveram, em exames anteriores, a pontuação mínima ora exigida para contemplação de vagas nas Universidades”. 3. O prazo para inscrição no FIES e para a renovação (semestral e obrigatória) do contrato de financiamento para o primeiro semestre de 2015 encontra-se em curso. O termo final para a inscrição ocorrerá em 30/04/2015, ao passo que o termo final para a renovação se dará em 29/05/2015, tendo em vista a prorrogação deste último prazo pela Portaria nº 141/2015[1]. 4. Determinei a intimação dos Exmos. Srs. Ministro da Educação, Advogado-Geral da União e Procurador-Geral da República para que, querendo, se pronunciassem sobre o pedido de cautelar. 5. O Ministério da Educação apresentou manifestação, com base em parecer da Advocacia Geral da União, esclarecendo que as novas regras, que exigem desempenho mínimo no ENEM como condição para a obtenção de financiamento, aplicam-se exclusivamente àqueles que ainda não celebraram contrato de financiamento com o FIES. Não se aplicam aos casos de mera renovação de tais contratos. Confira-se, a seguir, trecho das informações prestadas pela AGU: “29. Deixando de forma bem clara, não há exigência de desempenho mínimo de forma retroativa para os contratos em curso. A portaria MEC nº 21/2014 deu nova redação ao art. 19 da portaria normativa MEC nº 10/2010. Eis o que dispõe a norma: ‘Art. 19. Para fins de solicitação de financiamento ao Fies serão exigidas do estudante concluinte do ensino médio a partir do ano letivo de 2010: I – média aritmética das notas obtidas nas provas do Enem igual ou superior a quatrocentos e cinquenta pontos; e II – nota na redação do Enem diferente de zero.’ 30. O desempenho mínimo, portanto, é exigido apenas na solicitação do FIES, ou seja, para novos contratos e não para a manutenção dos contratos já em vigor. Após a contratação, a cada semestre, o aluno que deseja permanecer vinculado ao FIES procede, junto com a IES, a um aditamento contratual. 31. Saliente-se que as situações são distintas e reguladas por normas distintas. A contratação do FIES é regulada pela Portaria Normativa MEC nº 01/2010, ao passo que o aditamento contratual é regulado pela Portaria Normativa nº 23/2011 e Portaria Normativa nº 15/2011. [...] 33. Não houve alteração nem se estabeleceu novos requisitos para contrato já em curso. Portanto, inexistente aplicação retroativa do requisito mínimo de desempenho do ENEM para alunos já vinculados ao FIES. A exigência é apenas para novos contratos.” (Grifos do original) 6. No que respeita à aplicação da exigência de desempenho mínimo no ENEM para novos contratos de financiamento, entende Advocacia-Geral da União que não há violação à segurança jurídica, uma vez que a alteração normativa que ensejou tal exigência se deu anteriormente ao período de inscrições relativas ao primeiro semestre de 2015. 7. A AGU esclarece, ainda, que o FIES foi instituído pela Lei nº 10.260/2001, norma esta que, em seu artigo 3º, §1º, I, atribuiu ao Ministério da Educação a edição de regulamentos dispendo sobre os critérios de seleção dos estudantes[2]. Tais atos de regulamentação são discricionários porque importam juízo de conveniência e oportunidade, por parte da autoridade administrativa, sobre como alocar, de forma ótima, recursos públicos que são escassos. Além disso, a exigência de desempenho mínimo no ENEM é legítima porque orienta a seleção dos estudantes a serem financiados com base em critério meritório, que prestigia os requerentes que apresentam as melhores perspectivas de aproveitamento do curso superior. 8. Por outro lado, o ensino superior, segundo parecer da AGU, “deve ter como base o aprimoramento dos estudos e dos conhecimentos adquiridos no ensino médio”, não constituindo “uma simples sequência escolar sem qualquer critério que comprove que os alunos advindos do ensino médio estejam preparados para cursar o ensino superior, ainda mais considerando o financiamento público”. 9. O Procurador-Geral da República apresentou manifestação no sentido de que a nova redação conferida pelo art. 3º da Portaria Normativa nº 21/2014 ao art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010 pode ensejar a aplicação retroativa da exigência de desempenho no ENEM àqueles estudantes que já obtiveram financiamento do FIES, prejudicando a renovação de seus contratos. 10. Afirma o Parquet que o requerente traz decisões judiciais que indicam que tais renovações estariam sendo obstadas. E observa que, neste caso, o estudante que não tem condições econômicas deixará de concluir a graduação, em virtude da não renovação do contrato com o FIES, e ver-se-á, ainda, devedor das parcelas já financiadas, situação que configuraria inequívoca violação à segurança jurídica e prejuízo inaceitável ao hipossuficiente. Conclui, então, que: “Ante a falta de clareza quanto ao alcance da regra, impõe-se a restrição de sua eficácia, de modo a afastar sua incidência relativamente aos contratos de financiamento estudantil em execução, restringindo-a a novas solicitações”. 11. No que respeita à aplicação das novas regras aos requerentes de financiamento para o primeiro semestre de 2015, entendeu o Ministério Público que tais estudantes não têm direito adquirido, mas mera expectativa à obtenção do financiamento. Este, por sua vez, é deferido mediante a celebração de contrato que “rege-se pelas condições e exigências existentes ao tempo de sua pactuação”. Por essa razão, a exigência de desempenho mínimo no ENEM aos novos requerentes seria plenamente válida. 12. Este é o breve relatório. 13. Conheço parcialmente da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, exclusivamente no que respeita ao questionamento da constitucionalidade da nova redação conferida ao art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010 pela Portaria Normativa nº 21/2014, uma vez que o requerente não se desincumbiu do ônus de impugnação específica de qualquer outro dispositivo das Portarias Normativas nºs 21/2014 e 23/2014. 14. No que respeita ao exame da liminar, verifico que há controvérsia de fato quanto à aplicação retroativa da exigência de desempenho mínimo no ENEM ao

primeiro grupo de estudantes supostamente atingidos pelas novas normas, correspondente àqueles que já obtiveram financiamento do ENEM e que já estão cursando o ensino superior. Enquanto a Advocacia-Geral da União afirma que as novas normas não atingem este grupo, o requerente e o Procurador-Geral da República defendem a existência de indícios de aplicação retroativa das novas exigências a tal grupo. 15. Em juízo de cognição sumária típico das cautelares, entendo que a situação de incerteza quanto ao alcance das novas exigências é suficiente para a configuração da plausibilidade do direito invocado pelo requerente, no que respeita à violação à segurança jurídica dos estudantes que já se encontram no sistema e que não estão conseguindo renovar seus contratos. Entendo, ademais, que o perigo na demora também está presente, a despeito da prorrogação do prazo para a renovação dos contratos, tendo em vista a sua exiguidade face ao grande volume de ajustes a serem renovados. Assim, a cautelar deve ser concedida ao primeiro grupo de estudantes. 16. Tal cautelar será útil, caso se confirme o entendimento do requerente, de que o desempenho mínimo no ENEM está sendo exigido para a renovação dos contratos. E será inócua, caso prevaleça o entendimento da Advocacia-Geral da União, de não incidência na hipótese de renovação. Desse modo, em nenhum dos casos haverá prejuízo para o Poder Público. Por outro lado, o indeferimento da liminar deixaria desamparados os estudantes que buscam a renovação de seus contratos, ante a incerteza sobre a interpretação das novas normas. 17. Já no que respeita ao segundo grupo de estudantes, correspondente àqueles que ainda não têm contrato com o FIES e que pleiteiam seu ingresso no sistema, entendo ausente a plausibilidade do direito invocado. Não há que se falar em direito adquirido à obtenção de financiamento, com base em regime jurídico anterior sobre os requisitos a serem preenchidos para acesso ao FIES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de não reconhecer o direito adquirido a regime jurídico. Tampouco há ato jurídico perfeito se os contratos de financiamento ainda não foram celebrados. 18. Não bastasse isso, trata-se, no caso, de regulação discricionária, constante de atos normativos de natureza secundária, editados pela Administração Pública à luz de suas disponibilidades orçamentárias e financeiras, mutáveis por natureza. É válido notar, ainda, que as condições para a obtenção do financiamento foram alteradas antes do início do prazo para requerimento da contratação junto ao FIES para o primeiro semestre de 2015. 19. Por fim, nota-se que o prazo para ingresso no FIES em 2015 iniciou-se em 23/02/2015, nos termos da Portaria Normativa nº 2/2015[3], ao passo que a Portaria Normativa nº 21/2014, que estabeleceu os novos requisitos mais gravosos para ingresso no FIES, passou a vigorar apenas em 30/03/2015, nos termos do art. 12 desse último diploma. Confira-se o teor do dispositivo: “Art. 12. Esta Portaria entra em vigor na data da sua publicação, exceto o art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10, de 2010, alterado pelo artigo 3º desta Portaria, que terá vigência a partir do dia 30 de março de 2015.” (Grifou-se) 20. Portanto, entre 23/02/2015 e 29/03/2015, a inscrição no FIES era possível pela regra antiga, sem a comprovação de desempenho mínimo no ENEM. O art. 12 veiculou, portanto, adequada norma de transição sobre a matéria. 21. Além disso, é inegável que a exigência de média superior a 450 pontos e de nota superior à zero na redação do ENEM é absolutamente razoável como critério de seleção dos estudantes que perceberão financiamento público para custeio de seu acesso ao ensino superior. Afinal, os recursos públicos – limitados e escassos – devem se prestar a financiar aqueles que têm melhores condições de aproveitamento. Trata-se, portanto, de exigência que atende aos imperativos de moralidade, impessoalidade e eficiência a que se submete a Administração Pública (art. 37, CF). Por essas razões, não vislumbro violação ao princípio da segurança jurídica neste segundo caso. 22. Por todo o exposto, conheço parcialmente da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, exclusivamente no que respeita à nova redação conferida ao art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010, pela Portaria Normativa nº 21, de 26/12/2014, uma vez que o requerente não se desincumbiu do ônus de impugnação específica de qualquer outro dispositivo. 23. Defiro parcialmente a liminar postulada, ad referendum do Plenário, exclusivamente para determinar a não aplicação do art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010, em sua nova redação, aos estudantes que postulam a renovação de seus contratos, em respeito ao princípio da segurança jurídica, prorrogado o prazo para obtenção da renovação até 29 de maio de 2015. 24. Indefiro a liminar no que respeita aos estudantes que pleiteiam o ingresso no sistema do FIES e, portanto, a celebração de contrato de financiamento para o primeiro semestre de 2015, sem a observância de desempenho mínimo no ENEM, tendo em vista inexistir direito adquirido ao regime jurídico anterior ou ato jurídico perfeito consolidado à luz das normas revogadas, bem como considerando que, entre 23/02/2015 e 29/03/2015, a inscrição no FIES era possível pela regra antiga, sem a comprovação de desempenho mínimo no ENEM. Publique-se. Comunique-se. Brasília, 28 de abril de 2015. Ministro Luís Roberto Barroso Relator Documento assinado digitalmente Notas: [1] De fato, por meio da Portaria nº 141/2015, o Presidente do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, resolveu: “Art. 1º Prorrogar para o dia 29 de maio de 2015 o prazo estabelecido na Resolução nº 3, de 28 de junho de 2012, para a realização dos aditamentos de renovação semestral dos contratos de financiamento concedidos pelo Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), simplificados e não simplificados, do 1º semestre de 2015” (grifou-se). A Portaria determinou, ainda, que: “Art. 4º Os aditamentos de que tratam os artigos 1º, 2º e 3º desta Portaria deverão ser realizados por meio do Sistema Informatizado do FIES (SisFIES), disponível nas páginas eletrônicas do Ministério da Educação e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, nos endereços www.mec.gov.br, brwww.mec.gov.br e www.fnde.gov.br”. [2] “Art. 3º A gestão do FIES caberá: I - ao MEC, na qualidade de formulador da política de oferta de financiamento e de supervisor da execução das operações do Fundo; [...].§ 1º O MEC editará regulamento que disporá, inclusive, sobre: I - as regras de seleção de estudantes a serem financiados pelo FIES” (grifou-se). [3] “Art. 1º A inscrição no Fies para o primeiro semestre de 2015 será efetuada exclusivamente pela internet, no período de 23 de fevereiro a 30 de abril de 2015, por meio do Sistema Informatizado do Fies (SisFies), disponível nas páginas eletrônicas do Ministério da Educação e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE.”

(ADPF 341 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 28/04/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30/04/2015 PUBLIC 04/05/2015)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA NORMATIVA MEC N.º 10/2010. VEDAÇÃO À CONCESSÃO DE NOVO FINANCIAMENTO A ESTUDANTE BENEFICIADO ANTERIORMENTE PELO PROGRAMA. ATO COATOR. LEI EM TESE. SÚMULA 266/STF. MANDADO DE SEGURANÇA EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

[...]

III. Ainda que superado tal óbice, a Primeira Seção do STJ firmou entendimento no sentido de que “a restrição à obtenção de novo financiamento por aquele que já tenha sido beneficiado pelo FIES anteriormente é decorrência natural dos próprios limites orçamentários dos recursos destinados a essa política pública, além de configurar previsão razoável e alinhada aos ditames da justiça distributiva” (STJ, MS 20.169/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 23/09/2014).

IV. Segurança denegada.

(MS 20.830/DF, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/02/2015, DJe 10/03/2015)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. FIES. TRANSFERÊNCIA DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO. ART. 4º, INCISO II, DA PORTARIA Nº 25, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2011. INSTITUIÇÃO DE ENSINO DE DESTINO. ADESÃO AO FUNDO GARANTIDOR DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO EDUCATIVO (FGEDUC).

[...]

2. No contrato de operação de financiamento firmado entre a ora impetrante e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), em sua cláusula décima primeira, ficou estabelecido que a garantia seria o Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo (FGEDUC).

3. Em atenção ao art. 4º, inciso II, da Portaria Normativa MEC nº 25/2011, o estudante que efetuar a transferência de instituição de ensino, poderá permanecer com o financiamento desde que a entidade mantenedora da instituição de destino esteja com a adesão ao FGEDUC vigente e regular, uma vez que, no presente caso, o financiamento foi realizado com a garantia do referido fundo.

4. Não há qualquer ilegalidade na exigência prevista no art. 4º, inciso II, da Portaria nº 25, de 22 de dezembro de 2011, uma vez que estando o contrato em questão garantido pelo Fundo, há a exigência que a entidade mantenedora da instituição de ensino de destino esteja com a adesão ao Fundo Garantidor de Operações de Crédito Educativo (FGEDUC) vigente e regular. Ressalta-se, pela análise contratual, que a própria impetrante aceitou como garantia ao contrato tal Fundo, não cabendo ao Poder Judiciário substituir tal garantia pelo fiador, como requer a ora impetrante.

5. O estabelecimento de critérios para a permanência no FIES ao se efetuar a transferência de instituição de ensino insere-se no âmbito da conveniência e oportunidade da Administração, e, portanto, não podem ser modificados ou afastados pelo Judiciário, sendo reservado a este Poder apenas o exame da legalidade do ato administrativo, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo.

6. Segurança denegada.

(MS 19.571/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2013, DJe 16/08/2013)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES). PRESTAÇÃO DE GARANTIA. EXIGÊNCIA DE FIADOR. LEGALIDADE. ART. 5º, VI, DA LEI 10.260/2001. INAPLICABILIDADE DO CDC. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. VEDAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE.

Recurso especial da Caixa Econômica Federal: 1. Caso em que se alega, além de dissídio jurisprudencial, violação do artigo 5º, III e IV, da Lei nº 10.260/01, ao argumento de que não há ilegalidade em se exigir fiador para a celebração de contrato de financiamento educacional, uma vez que o referido preceito normativo autoriza tal conduta, a qual possui índole eminentemente discricionária, não podendo o Poder Judiciário nela adentrar.

2. É de se reconhecer a legalidade da exigência de prestação de garantia pessoal para a celebração de contrato de financiamento estudantil vinculado ao Fies, dado que a própria lei que instituiu o programa prevê, expressamente, em seu artigo 9º, a fiança como forma principal e específica a garantir esses tipos de contrato, seguida do fiador solidário e da “autorização para desconto em folha de pagamento”, de modo que o acórdão atacado, ao entender de modo diferente, negou vigência à referida lei.

3. Ademais, o fato de as Portarias ns. 1.725/2001 e 2.729/2005 do MEC admitirem outras formas de garantias, que não a fiança pessoal, apenas evidencia que tal garantia, de fato, não é a única modalidade permitida nos contratos de financiamento estudantil, sem que com isso se afaste a legalidade de fiança.

4. A reforçar tal argumento, as Turmas de Direito Público do STJ já assentaram entendimento no sentido da legalidade da exigência da comprovação de idoneidade do fiador apresentado pelo estudante para a assinatura do contrato de financiamento vinculado ao Fies, prevista no artigo 5º, VI, da Lei 10.260/01, a qual será aferida pelos critérios estabelecidos na Portaria/MEC 1.716/2006.

Precedentes: REsp 1.130.187/ES, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 20/10/2009; MS 12.818/DF, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 17/12/2007; REsp 772.267/AM, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 29.06.2007; Resp 642.198/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 03.4.2006; REsp 879.990/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 14/5/2007.

5. Assim, consoante bem asseverou o Min. Mauro Campbel no Agrg no Ag n. 1.101.160/PR, DJ 16/9/2009, “se é legal a exigência de comprovação de idoneidade do fiador, quanto mais legal será a própria exigência de apresentação de fiador pelo estudante para a concessão do crédito estudantil ofertado pelo Fies, de forma que não se pode reconhecer a legalidade de obrigação acessória sem o reconhecimento da legalidade da obrigação principal no caso em questão”.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

7. Recurso especial provido, para que seja autorizada à instituição financeira a exigência de garantia pessoal para a celebração do contrato de financiamento estudantil.

[...]

(REsp 1155684/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 18/05/2010)

Alega-se que foram disponibilizados recursos no orçamento. Entretanto, o magistrado não tem conhecimento (nem seria obrigado a tê-lo) suficiente para decidir, em sede de liminar, sobre alocação de recursos que se destinam ao financiamento não de um ou de outro estudante, mas ao suprimento de todo o sistema.

A instituição de ensino, de sua vez, sofre da mesma restrição orçamentária. Em exame preliminar, não se vislumbra como exigir a prestação de serviços sem contrapartida financeira.

Dou, pois, provimento ao agravo de instrumento, em parte, apenas para manter o processo e julgamento da causa, pelo juízo de origem, também em relação à União Empresarial Educacional Ltda. (Unempe), reformando a decisão quanto à exclusão da instituição de ensino da lide.

Publique-se. Intimem-se.

Oportunamente, dê-se baixa.

Brasília, 31 de agosto de 2015.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

Agravo de Instrumento 0045650-80.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques
 Agravante: Glágio do Brasil Ltda.
 Advogados: Dr. Alexandre Luiz Amorim Falaschi e outros
 Agravado: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Douglas Ivanowski Kirchner
 Agravado: Ministério Público Militar
 Procuradora: Dra. Maria Ester Henriques Tavares
 Procurador: Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira
 Publicação: e-DJF1 de 08/09/2015, p. 1.168

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Glágio do Brasil Ltda., contra decisão em que o MM. Juízo da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, na Ação Civil Pública 0040734-85.2015.4.01.3400, deferiu pedido de antecipação de tutela para determinar a suspensão da Retex 2.578/2010 e da Prova 54/2010, bem como dos contratos administrativos celebrados entre a recorrente e a União, que tratam da aquisição dos capacetes balísticos GB55 nível III.A.

Irresignada, alega a agravante: *a*) que foi ajuizada ação cautelar inominada com vistas a suspender notas de empenho (2015NE800063 e 2015NE800141) resultantes de contratos (02/2015 e 15/2015) firmados por ela e a União; sob o fundamento da ineficiência dos capacetes balísticos GB55 nível III.A, adquiridos por meio de regular procedimento licitatório; *b*) que foi utilizada como fundamento da suposta ineficácia a morte de um militar que estava utilizando aludido equipamento, mas cujo óbito nada tem a ver com a falha de segurança apontada; *c*) que o Relatório Técnico Experimental – Retex 2.578/2010, objeto de suspensão dos efeitos pela decisão agravada, aprovou

os capacetes da recorrente; d) que a decisão impugnada lhe causa inúmeros prejuízos; e) que a idoneidade dos capacetes objeto de impugnação não procede, eis que foram testados por centros internacionais de pesquisas, em grau muito superior ao mínimo aceitável, sendo que os mesmos são fornecidos, inclusive, para a ONU (capacetes azuis); f) que tanto a ação cautelar como a ação civil pública exploram com acentuada exacerbação uma observação constante do Retex, sendo que apresentou deformações ao receber tiros de .44 Magnum, mas que não perfurou a placa-testemunho; e, g) que os testes realizados pelo Exército estão de acordo com as normas escolhidas como parâmetro.

É o relatório. *Decido.*

Deve ser ressaltado que, em face da decisão objeto deste recurso, foi também interposto recurso pela União (Agravo de Instrumento 0045304-32.2015.4.01.0000/DF), onde proferi a seguinte decisão:

Trata-se o processo que deu origem a este recurso de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público Militar em face da União e da empresa Glagio do Brasil Ltda, com vistas à anulação de dois atos administrativos, quais sejam: 1) *Relatório Técnico Experimental - RETEX n. 2578/2010*; e 2) *Prova 54/2010 (item iii do pedido)*. Consequentemente, pede que seja providenciada a troca de todos os capacetes balísticos GB55 nível III-A adquiridos da Glagio do Brasil Ltda, por equipamento diverso que satisfaça minimamente os padrões de segurança ao usuário com base nas normas do Departamento de Justiça dos EUA, bem como a condenação da empresa Glagio do Brasil Ltda ao pagamento dos valores já pagos pela União na aquisição dos capacetes.

Pleitearam, a título de antecipação de tutela, a suspensão dos citados atos administrativos e dos contratos firmados entre a União e a Glágio do Brasil Ltda, que trata da aquisição de capacete balístico GB55 nível III-A.

A antecipação dos efeitos da tutela foi deferida, nos seguintes termos:

[...]

É o relatório. *Decido.*

A questão já foi examinada em sede liminar nos autos da ação cautelar em apenso em dois momentos diversos.

Sinteticamente, reitero os argumentos da decisão que indeferiu o pedido de reconsideração.

Com efeito, os diversos argumentos apresentados pelas partes serão examinados com mais profundidade posteriormente nestes autos, provavelmente, havendo necessidade de produção de prova pericial, depois do devido contraditório.

Porém, neste momento processual, tenho que o principal ponto a ser considerado nos autos é a segurança dos usuários dos capacetes sob análise, a qual resta duvidosa em face do Relatório Técnico Experimental – RETEX n. 2578/10 (fls. 160/161), o qual expressamente observou que “*nos tiros de .44 Mag, o capacete apresentou grandes deformações, inclusive na placa testemunho, sem no entanto perfurá-la*”.

Conforme explicaram ambas as partes, os capacetes adquiridos pelo Exército devem estar de acordo com o Nível III.A do NIJ Standart 0106.1 combinado com o NIJ Standart0108.01, segundo os quais os referidos acessórios de segurança devem “fornecer proteção contra a maioria das ameaças de armas curtas, até o calibre 9 mm e .44 Magnum” (contestação da cautelar p. 17 – fl. 279 do processo em apenso).

No caso, o pedido desta ação civil pública apenas se trata de ampliação dos efeitos do pedido já deferido nos autos da cautelar, no qual apenas foi determinada a suspensão dos empenhos NE nºs 2015NE800063 e 2005NE800141.

A ampliação dos efeitos se mostra razoável, tendo em vista que não basta a suspensão dos empenhos, sendo necessária a suspensão dos contratos administrativos celebrados entre as rés e da própria RETEX 2578/2010 e da Prova 54/2010, objeto dos autos.

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação de tutela para determinar a suspensão da RETEX 2578/2010 e da Prova 54/2010, bem como dos contratos administrativos celebrados entre as rés que tratam da aquisição dos capacetes balísticos GB55 nível III.A(95/2014, 134/2014, 135/2014, 332/2014, 3/2015 e 15/2015).

Intimem-se.

Citem-se.

Brasília, 27 de julho de 2015.

Da leitura da decisão agravada, tira-se a ilação de que os fundamentos da decisão é uma “observação” constante do Relatório Técnico Experimental – RETEX n. 2578/10 e aqueles utilizados na Ação Cautelar Inominada n. 00343-08.2015.4.01.3400, cuja decisão ora transcreve-se:

[...]

É o relatório. *Decido.*

Como ação de segurança que é, a cautelar pressupõe a possibilidade de o direito da parte sofrer dano, cuja irreparabilidade ou difícil reparabilidade se procura afastar com a medida. Além desse pressuposto, é necessário verificar no caso concreto, se o direito do proponente é plausível.

Nesse sentido, pode ser verificado que no laudo técnico do capacete, foi constatado que apresenta grandes deformações, inclusive na placa testemunho sem, no entanto, perfurá-la, quando atingido por .44 Mag., conforme referido no procedimento extrajudicial juntado à fl. 11-12, bem como do laudo de resistência balística de fl. 36.

Além disso, foi noticiado nos autos o falecimento de Cabo do Exército, morto em operação, em circunstâncias nas quais houve a transfusão do capacete (fls. 49-78).

Dessa forma, o acervo probatório colacionado nos autos permite inferir uma dúvida legítima se tais equipamentos estão cumprindo as normas e protegendo a vida dos militares.

Assim, constato a presença do *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* restou evidenciado pela proximidade da efetivação do pagamento dos valores expressivos já empenhados, conforme documentos de fls. 197 e 198.

Isso posto, defiro o pedido de liminar para suspender os empenhos NE nºs 2015NE800063 e 2005NE800141 até ulterior decisão deste juízo.

Efetivamente, nos termos do art. 273 do CPC, “o juiz poderá, a requerimento da parte antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, *existindo prova inequívoca*, se convença da *verossimilhança da alegação*” (negrito ausente do original) e que fique caracterizado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A prova inequívoca descrita na aludida norma é aquela que demonstra ao juiz a probabilidade do direito alegado, pois se existisse prova inequívoca do fato teríamos a certeza do direito e não verossimilhança.

Inicialmente, deve ser ressaltado que o Brasil não tem normas próprias que regulam a realização de provas de resistência balística em equipamentos de segurança utilizados pelas Forças Armadas, conforme afirmado por ambas as partes.

Diante desta ausência da expedição de normas deste teor, utilizando de seu poder discricionário, o Exército optou por utilizar aquelas consideradas de grande importância no cenário internacional, no caso a NIJ 0106.1 (que trata da metodologia de testes balísticos e de impacto referente a capacetes balísticos atingidos por tiros de arma de fogo calibre 357 Magnum e 9mm – nível II.A) e NIJ 0108.1 (que expõe a metodologia de testes balísticos referentes a capacetes atingidos por tiros de arma de fogo de calibre 44 Magnum e materiais diversos de proteção balística, com exceção, dentre outros, do capacete balístico (nível III-A).

No caso posto, a decisão agravada considerou como plausível juridicamente a alegação de inidoneidade do capacete balístico GB55 nível III-A que foi adquirido da empresa Glágio do Brasil Ltda em razão da finalização de regular procedimento licitatório, com fundamento em simples observação contida no RETEx n. 2578/2010, no sentido de que “nos tiros de .44 Mag, o capacete apresentou grandes deformações, inclusive na placa testemunho, sem no entanto perfurá-la”.

O Relatório Técnico Experimental - RETEx n. 2578/2010, é um documento emitido pelo Centro de Avaliações do Exército – CAEx (órgão vinculado ao Departamento de ciência e Tecnologia – DCTR) onde foi avaliado o capacete balístico GB55 nível III-A.

Consta da Prova n. 054/10 que foram usadas munição de teste 9 mm e .44Mag, esta última utilizada no teste para aferir a resistência balística nos termos da NIJ 0108.1. Ficando certificado, ainda, que não houve penetração.

Ora, simples observação da existência de deformação não tem o condão de desconstituir, em sede de cognição sumária e sem qualquer início de prova contundente em sentido contrário de que o capacete não tem a resistência exigida pelas normas. Além disso a ferocidade do impacto do disparo de uma arma, em tese, sempre causa alguma deformação, cujo extensão vai depender do calibre da arma utilizada.

Simple conjecturas, tanto de uma parte como de outra, sem a realização de qualquer teste físico não tem o condão de infirmar a tese da idoneidade do capacete balístico GB55 nível III-A, obtido com o RETEx n. 2578/2010 e a Prova 54/2010.

Tanto é assim que a própria decisão agravada afirma que:

Com efeito, os diversos argumentos apresentados pelas partes serão examinados com mais profundidade posteriormente nestes autos, *provavelmente havendo necessidade de produção de prova pericial*, depois do devido contraditório.

(Negrito ausente do original)

Deve ser informado que no dia 29/07/2015, foi realizado novo teste balístico dos capacetes em discussão pelo CAEx (Prova n. 2101/2015), cuja munição de teste foi a de 9 mm e .44 Mag, devidamente acompanhado por Procuradores do Ministério Público Militar e do Ministério Público Federal, o que somente vem corroborar a idoneidade da Prova n. 54/2010 e, consequentemente, do capacete balístico GB55 nível III-A.

Aponto, ainda, que como a decisão objeto deste recurso, se refere explicitamente àquela proferida na Ação Cautelar Inominada n. 00343-08.2015.4.01.3400, que foi objeto do agravo de instrumento, também de minha relatoria e ainda pendente de apreciação, foi afirmada a ausência de segurança do capacete balístico GB55 nível III-A e noticiado o falecimento em operação de Cabo do Exército, em circunstâncias em que houve traspasse do capacete balístico GB55 nível III-A.

Da leitura dos documentos juntados àquele recurso, verifico que consta das informações prestadas pelo Chefe de Assessoria de apoio para Assuntos Jurídicos do Comando Militar do Leste (Ofício n. 69/Asse Aç As Jur/CML - para a Procuradoria Militar), a afirmativa de que, diante da posição do projétil, ele necessariamente transfixou a vítima para após atingir o capacete, alojando-se no mesmo, fato este confirmado pelo Laudo de Exame de Corpo de Delito Cadavérico que

contem afirmativa no sentido de que: “De acordo com as características das disposições dos orifícios de entrada e de saída, bem como pelo trajeto percorrido pelo projétil, diga-se transfixante, no interior da cavidade craniana, estes peritos forenses podem discernir que o disparo de arma de fogo deu-se no sentido ântero-posterior, da direita para esquerda em relação ao crânio e ao eixo principal do corpo da vítima”.

Ora, os danos ocorridos ao capacete não podem estar ligados à morte do mencionado militar eis que o mesmo foi atingido por um tiro frontal/lateral, local que não se encontra protegido por aquele equipamento. Além disso, como o tiro veio de uma munição de grosso calibre e que não fez parte dos testes, ele efetivamente pode ter atingido o capacete, afinal de contas ele não tem que oferecer resistência a todo e qualquer tipo de arma.

Em sede de cognição sumária, entendo ser este um ato isolado, que não tem o condão de infirmar, sem uma profunda reflexão e realização de novos testes, a declaração de idoneidade de um equipamento que foi devidamente testado pelo Exército.

Além disso, entendo que o *periculum in mora* é inverso, afinal de contas está em jogo a defesa nacional, retardando a aquisição de equipamento de segurança a serem utilizados na missão diária do Exército, em suas missões e eventos importantes como a realização das Olimpíadas que ocorrerão no Brasil no ano de 2016.

Pelo exposto, *Defiro*, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, e, em decorrência, suspendo os efeitos da Decisão agravada, proferida na ação civil pública em curso no Juízo de origem, retornando ao status quo ante a relação jurídica estabelecida entre as partes.

Oficie-se o Juízo de origem (inciso III do art. 527 do Código de Processo Civil).

Intime-se a parte agravada para oferecer resposta (inciso V do art. 527 do CPC).

Publique-se. Intime-se.

Pelo exposto, e utilizando-me dos mesmos fundamentos, *defiro* o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, e, em decorrência, suspendo os efeitos da decisão agravada, proferida na ação civil pública em curso no juízo de origem.

Oficie-se o juízo de origem (inciso III do art. 527 do Código de Processo Civil).

Intime-se a parte agravada para oferecer resposta (inciso V do art. 527 do CPC).

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 1º de setembro de 2015.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

Agravo de Instrumento 0032265-65.2015.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas
Agravantes: Cláudio Venâncio Pinto e outros
Advogado: Dr. Felipe Fernandes de Carvalho
Agravada: União Federal
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
Publicação: e-DJF1 de 10/09/2015, p. 362

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por Cláudio Venâncio Pinto e outros, objetivando a reforma da decisão proferida pela Juíza Federal Substituta da 7ª Vara da SJDF, que, revogando decisão anterior, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, que consistia em suspender os efeitos do § 2º do art. 2º e do § 4º do art. 4º do Ato da Mesa 24/2015 da Câmara dos Deputados, com relação aos analistas legislativos – atribuição médico, de modo que lhes fosse exigido o cumprimento da jornada de trabalho de apenas 20 (vinte) horas semanais.

Os agravantes relataram que o referido ato da mesa lhes impôs a carga horária de trabalho semanal de 30 horas, dentro do próprio órgão legislativo, com controle eletrônico por coletor biométrico, enquanto, pelo regime anterior, estavam submetidos à jornada de 20 (vinte) horas, nas dependências da Câmara, e mais 10 horas, destinadas

a atividades fora do ambiente de trabalho, de maneira esporádica e flexível, para estudos de atualização e visitas domiciliares, o que não trazia grandes prejuízos aos agravantes, mas, tampouco, afastava a ilegalidade.

Sustentaram que o ato ignorou a reserva legal, prevista no art. 61, II, c, da Constituição Federal, para dispor sobre o regime jurídico de servidores públicos, que, no caso, estabelece a jornada semanal de 20 (vinte) horas para os médicos públicos (Lei 3.999/1961 e Decreto-Lei 1.445/1976).

Aduziram que, após pedido de reconsideração apresentado pela União, a magistrada de primeiro grau revogou a decisão anterior, por entender que a competência privativa atribuída à Câmara dos Deputados, pelo art. 51, IV, da Constituição Federal, autorizaria a fixação da carga horária dos médicos, pela Resolução 49/1973, em 30 (trinta) horas semanais.

Sustentam que tal entendimento é equivocado, uma vez que o dispositivo constitucional referido não permite à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal a disciplina do regime jurídico de seus funcionários, mas tão somente o regramento do funcionamento de seus serviços, sua organização, polícia, etc.

Asseveraram, ainda, que a Resolução 49/1973 foi revogada com a edição do Decreto-Lei 1.445/1976, que estabeleceu a carga horária semanal dos médicos servidores em 20 horas.

Em sua defesa, citam julgados do STF, proferidos nos autos dos MS 22644, 25027 e 32753, em que foi admitida a jornada reduzida do médico servidor federal, de 4 horas diárias, nos moldes da lei especial aplicada à categoria, ou seja, o Decreto-Lei 1.445/1976 e a Lei 9.436/1997 (art. 14).

Autos conclusos, decido.

Quando da análise do AI 0028949-44.2015.4.01.0000/DF, anteriormente interposto pelos ora agravantes, posicionei-me favoravelmente à concessão da tutela ali perseguida, por desconhecer, naquele momento processual, a existência da Resolução 49/1973 da Câmara dos Deputados, que não foi mencionada pelos agravantes, e que estabeleceu a jornada de trabalho semanal dos médicos daquela Casa, em 30 horas.

Assim, o Ato da Mesa 24/2015 não aumentou a jornada de trabalho dos médicos da Câmara, que, aliás, já sabiam dessa carga horária quando fizeram concurso para o mencionado cargo, constando tal informação dos editais norteadores dos certames.

Nos termos do art. 51, IV, da Constituição Federal, a Câmara dos Deputados goza de competência privativa para "*dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias*".

Ao contrário do que defendem os agravantes, essa competência privativa da Câmara autoriza a fixação de carga horária diferenciada de seus servidores, como fez a aludida resolução. Isso porque a questão não diz respeito a regime jurídico, mas à organização e ao funcionamento daquela casa legislativa, inexistindo incompatibilidade com a regra constitucional em vigor.

Assim, em face da autonomia da Câmara dos Deputados para dispor sobre a jornada de trabalho de seus servidores, não se justifica a intervenção do Judiciário, em respeito mesmo ao princípio da separação dos Poderes.

Ademais, a resolução em questão está em consonância com a Lei 8.112/1990, que fixa tão somente o limite máximo da duração do trabalho semanal, em quarenta horas, e exclui de sua incidência as situações regidas por legislação especial (art. 19, *caput* e § 2º), como no caso dos autos.

Do mesmo modo, considero que as normas legais citadas (Leis 12.702/2012 e 3.999/1961 e o Decreto-Lei 1.445/1976) não se aplicam aos médicos da Câmara, que, como já visto, estão submetidos à norma especial.

Contrariamente à tese dos agravantes, observamos que a Lei 12.702/2012 estabelece a jornada de trabalho de 20 (vinte) horas semanais, de forma específica e restrita, aos ocupantes do cargo de médico lotados nos órgãos ou entidades ali indicados, em que não se inclui a Câmara dos Deputados.

Da mesma forma, o Decreto-Lei 1.445/1976 tem como destinatários os servidores civis do Poder Executivo, e a Lei 3.990/1961, os médicos da iniciativa privada.

Ressalto que a jornada de trabalho dos analistas judiciários – médicos deste Tribunal somente foi analisada pelo STF, em sede precária, conforme se vê das decisões proferidas nos autos das Medidas Cautelares em Mandado

de Segurança 33.212/DF, 33.171/DF e 33.115/DF. Portanto, não representam jurisprudência consolidada sobre o tema.

Nesse contexto, a decisão agravada não merece reparos.

Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Comunique-se ao juízo de origem.

Publique-se. Intimem-se.

Desembargadora Federal *Gilda Sigmaringa Seixas, relatora.*

Medida Cautelar Inominada 0042779-77.2015.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira
Requerente: União Federal
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
Requerido: Sindicato dos Servidores do Ministério Público do Estado de Rondônia – Sinsempro
Advogados: Dr. Amadeu Guilherme Matzenbacher Machado e outros
Publicação: e-DJF1 de 10/09/2015, p. 409

Decisão

Cuida-se de ação ordinária proposta, na origem, pelo *Sindicato dos Servidores do Ministério Público do Estado de Rondônia – Sinsempro* em desfavor da *União*, com vistas a assegurar aos servidores por ele substituídos, o reconhecimento do direito à transposição aos quadros federais, nos termos da EC 60/2009, bem como o pagamento dos valores retroativos à data de 11 de novembro de 2009.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, e na sentença foi concedida antecipação de tutela aos substituídos.

Tendo em vista que a antecipação de tutela foi concedida na sentença e a presumível recepção do recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, a *União propõe a presente ação cautelar*, para conferir efeito suspensivo à apelação, antes mesmo da referida decisão concernente ao recebimento da apelação.

II

Não se pode dar curso à ação.

Deve a União agravar, no tempo próprio, da decisão que eventualmente — ou presumivelmente — receber a apelação apenas no efeito devolutivo, a fim de que se confira, no agravo, efeito suspensivo à apelação, pois nesse recurso pode o relator, nos termos do art. 527, inciso III, do Código de Processo Civil, *deferir em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.*

Nos termos do inciso II do mesmo art. 527, o relator não pode converter em retido o agravo *quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida*, o que reclama necessariamente uma decisão quanto ao pedido de efeito suspensivo à apelação.

Depois das alterações procedidas nos referidos inciso II (neste, pela Lei 11.187, de 2005) e inciso III (neste, pela Lei 10.352, de 2001), já não se justifica a propositura de ação cautelar, ou de impetração de mandado de segurança, como era mais comum, para atribuição de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, porque a providência de suspensão dos efeitos da sentença (para evitar sua execução ou efetivação antecipada), ou para a execução ou a efetivação antecipada da sentença, pode ser obtida mediante o uso adequado do agravo, em cujo contexto pode o relator suspender a execução ou efetivação da decisão de primeiro grau, ou antecipar a tutela pretendida no recurso interposto contra a sentença, presentes sempre os pressupostos para a medida requerida no agravo.

A ação cautelar não é substitutiva do recurso cabível na espécie, a saber, o agravo de instrumento, para inibir os efeitos da antecipação de tutela concedida na sentença, e não curso do processo de conhecimento, pois não se cuida de hipótese de recebimento necessário da apelação apenas no efeito devolutivo.

Com efeito, o art. 520 do Código de Processo Civil estabelece que a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo quando manejada contra *a sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela*, cf. inciso VII, e não contra *a sentença em que se conceder a antecipação de tutela*, pois na primeira situação está pressuposto que a antecipação de tutela foi objeto de discussão entre as partes e encontra-se em efetivo cumprimento, de modo que é recomendável a manutenção desse estado, o que não ocorre quando a antecipação de tutela é concedida na sentença, constituindo situação inovadora no curso da relação jurídica de direito material entre as partes, vale dizer, não houve ainda alteração no modo de se adimplir os deveres e os direitos respectivos dessa relação.

Sendo essa a situação, deve-se aguardar a recepção do recurso pelo juiz processante e, se o recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo, deve-se, então, manejar o agravo contra essa decisão.

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que o agravo não pode ser substituído pela ação cautelar, ainda que proposta no prazo do agravo de instrumento, consoante os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. *O recurso adequado contra sentença proferida em writ é o de Apelação e contra a decisão que define os efeitos do recebimento da Apelação (suspensivo ou devolutivo) é o Agravo de Instrumento, insubstituível pela propositura de ação cautelar autônoma, máxime pela possibilidade de concessão imediata de efeito suspensivo ope judicis, pelo relator.*

2. *O fato da ação cautelar ser proposta no prazo do agravo de instrumento, por si só, não autoriza a substituição, não se aplicando o princípio da fungibilidade recursal na hipótese em que a legislação processual prevê determinado recurso, não havendo dúvida acerca do cabimento de outro.*

3. *O advogado pode dar-se por intimado de decisão no momento em que entregue em cartório, fluindo, a partir daí, o prazo recursal.*

4. *A fim de suprir a falta de cópia da decisão agravada, peça obrigatória para a composição do instrumento, basta extrair certidão narrando a ausência de publicação da decisão agravada.*

5. *Ademais, ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite a substituição do recurso cabível por mandado de segurança e, a fortiori, por medida cautelar.* 6. *Agravo Regimental desprovido.*

(AgRg no REsp 464.177/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/06/2003, DJ 04/08/2003, p. 234)

PROCESSUAL CIVIL. PREFEITO DESTITUÍDO DO CARGO. MUNICÍPIO DE PRUDENTÓPOLIS. MEDIDA CAUTELAR. APELAÇÃO EM SEDE DE MANDAMUS. EFEITO DEVOLUTIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. MEDIDA CAUTELAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA.

1. *Consoante cediço, para concessão de efeito suspensivo a recurso ordinário em mandamus é necessária a demonstração do periculum in mora, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional e do fumus boni juris, qual a plausibilidade do direito alegado.*

Precedentes do STJ 2. *O recurso adequado contra sentença proferida em writ é o de apelação e contra a decisão que define os efeitos do recebimento da apelação (suspensivo ou devolutivo) é o agravo de instrumento, não podendo ser substituído pela propositura de ação cautelar autônoma.*

3. *É cediço na Corte que “o recurso de apelação em mandado de segurança contra sentença denegatória possui apenas efeito devolutivo, não tendo eficácia suspensiva, tendo em vista a auto-executoriedade da decisão proferida no writ. ‘Só em casos excepcionais de flagrante ilegalidade ou abusividade, ou de dano irreparável ou de difícil reparação, é possível sustarem-se os efeitos da medida atacada no ‘mandamus’ até o julgamento da apelação’ (ROMS nº 351/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).” (AgRg no RESP 594.550-SP, DJ de 10.05.2004, Rel. Min. José Delgado).*

4. *O afastamento da conclusão da ausência de teratologia da decisão, aliado ao pleito de conferir-se efeito ativo ao Recurso Especial através da ação cautelar, impede ao Eg. STJ à cognição de matéria insindicável (Súmula 7/STJ).*

5. *Medida cautelar improcedente.*

(MC 9.299/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/02/2006, DJ 13/03/2006, p. 182)

Nessa mesma linha se posicionou este Tribunal, em cuja ementa são mencionados vários julgados do STJ e deste TRF no mesmo sentido, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO RECEBIDA APENAS NO DEVOLUTIVO. INADEQUAÇÃO. CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 267, VI, DO CPC. 1. A jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça, no que tem sido observada em precedentes desta Corte, é no sentido de que o recurso adequado contra a decisão

que defina os efeitos do recebimento da apelação é o agravo de instrumento, não se prestando a medida cautelar para essa finalidade, tendo em vista a possibilidade da concessão imediata de efeito suspensivo ope judicis pelo relator e que implicaria, caso admitida, em aumento do prazo recursal, favorecendo uma das partes em detrimento da outra. (Cf. STJ, AgRg no RESP 464.177/CE, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ 04/08/2003; RESP 475.508/SP, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 10/03/2003; RMS 11.620/SP, Sexta Turma, Ministro Paulo Gallotti, DJ 02/12/2002; RESP 263.834/CE, Terceira Turma, relator para o acórdão o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 18/06/2001; RESP 156.171/PE, Primeira Turma, Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 14/06/1999; TRF1, MC 2001.01.00.023004-7/DF, Oitava Turma, Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, DJ 18/06/2004; AGRMC 2003.01.00.036232-0/MG, Sétima Turma, Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ 14/05/2004; AGI 2003.01.00.030918-4/PI, Sétima Turma, Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ 31/03/2004.)

2. “O fato da ação cautelar ser proposta no prazo do agravo de instrumento, por si só, não autoriza a substituição, não se aplicando o princípio da fungibilidade recursal na hipótese em que a legislação processual prevê determinado recurso, não havendo dúvida acerca do cabimento de outro.” (Cf. AgRg no RESP 464.177/CE, *judg. cit.*)

3. Extinção do processo sem julgamento do mérito.

(MC 0092475-44.1999.4.01.0000 / GO, Rel. JUIZ FEDERAL JOÃO CARLOS COSTA MAYER SOARES (CONV.), PRIMEIRA TURMA SUPLEMENTAR (INATIVA), DJ p.62 de 04/08/2005)

Portanto, sendo inadmissível a propositura de ação cautelar em substituição ao recurso cabível (agravo de instrumento), a petição inicial deve ser indeferida.

A ação e o procedimento são incompatíveis com o recurso de agravo de instrumento, cabível na hipótese, nos termos do art. 522, *caput*, do Código de Processo Civil, porquanto se cuidará de decisão — a que receber o recurso apenas no efeito devolutivo — suscetível de ser desafiada por agravo de instrumento, não se admitindo sua substituição por ação cautelar, ainda que proposta no prazo daquele recurso, ou antecipadamente à decisão que se quer conjurar.

Não há falar, aqui, em princípio da fungibilidade, porque se cuida de maltrato às regras processuais pertinentes ao sistema recursal, que prevê especificamente sobre a recorribilidade das decisões interlocutórias mediante agravo, seu prazo de interposição, requisitos, formação do instrumento e providências nele passíveis de adoção pelo relator, tudo em ordem a assegurar a proteção necessária ao direito que se tem por violado no curso do processo.

III

Em conclusão, pretendendo a União conferir efeito suspensivo à apelação, o que pode ou poderia ser obtido no recurso adequado, não é cabível a propositura de medida cautelar, pois há regra processual expressa de que o recurso adequado para tal hipótese é o agravo de instrumento.

Evidentemente que, se houver sério risco de lesão às finanças públicas, poderá a União requerer a suspensão da antecipação de tutela nos termos do art. 4º da Lei 8.437, de 1992, cujos pressupostos são predominantemente políticos.

Em face do exposto, nos termos do art. 295, inciso V, do CPC, c/c o art. 29, inciso XXIV, do Regimento Interno, *indefiro a petição inicial.*

Intime-se.

Brasília, 27 de agosto de 2015.

Desembargador Federal *Jamil de Jesus Oliveira*, relator.

Medida Cautelar Inominada 0031818-77.2015.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
Requerente: Sindicato Nacional dos Fiscais Federais Agropecuários
Advogados: Dr. Antônio Torreão Braz Filho e outros
Requerida: União Federal
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
Publicação: e-DJF1 de 09/09/2015, p. 124

Decisão

I. Trata-se da ação cautelar incidental proposta pelo Sindicato Nacional dos Fiscais Federais Agropecuários, Anffa Sindical objetivando que a requerida se abstenha de realizar de exigir reposição ao Erário dos substituídos sob a rubrica “*decisão judicial não transitada em julgado*”.

II. Argumenta, inicialmente, que esta Corte, conforme estabelece o art. 800 do CPC, é competente para a análise da presente cautelar. Sustenta que ajuizou demanda principal objetivando preservar a remuneração dos substituídos antes do implemento do subsídio por força da Lei 12.775/2012. Assevera que o pedido de liminar fora deferido, compelindo a União a incluir nos contracheques dos filiados os valores equivalentes a eventual decréscimo remuneratório sofrido em razão da supressão do adicional de insalubridade e do adicional noturno.

III. Pontua, ainda, o requerente que o pedido postulado nos autos originários fora julgado procedente, inclusive foi confirmada a tutela antecipada.

IV. Afirma que a União se recusa a dar efetivo cumprimento ao comando judicial, considerando que limitou o rol dos beneficiários da ação coletiva, não atentando ao previsto no art. 8º, III, da Constituição Federal.

V. Por fim, sustenta que a requerida, sem oportunizar o contraditório, enviou em junho/2015 memorandos aos substituídos noticiando que descontaria da remuneração dos filiados valores supostamente pagos a maior por força de decisão proferida nos autos originários.

VI. Alega presentes os pressupostos autorizadores da medida liminar e pugna pelo seu deferimento.

É o breve relatório. Decido.

VII. A liminar deve ser deferida.

VIII. Na demanda principal, o magistrado deferiu a liminar, nestes termos:

[...] determinar que a União acresça quantia equivalente ao decréscimo do valor da remuneração sofrido com a exclusão do adicional de insalubridade e do adicional noturno pagos antes da vigência da Lei nº 12.775/2012 aos subsídios dos Fiscais Federais Agropecuários [...].

IX. O Sindicato-autor, na presente ação cautelar, postula o seguinte:

[...] a União seja impedida de proceder aos descontos de reposição ao erário anunciados nos memorandos circulares encaminhados aos filiados ao Sindicato Autor, em razão da suposta *irregularidade do pagamento das rubricas Decisão Judicial Não Transitada em Julgado* relativas aos meses de janeiro a agosto de 2014.

(grifos deste relator)

X. Posta a questão nestes termos, verifica-se que o manejo de ação cautelar tem como fim precípua sustar reposição ao Erário exigido pela União. A requerida exige a devolução dos valores, sob o argumento de que o cumprimento da decisão ocorreu de forma equivocada. É o que podemos verificar do Memo-Circular/SGP/DAD/SFA/RS/36/2015:

Pelo presente informamos que, foi realizada uma auditoria na folha de pagamento do ano de 2014 e constatado o pagamento indevido de valores referente Ação Judicial, Processo 20938-79.2013.4.01.3400, paga na rubrica 1422, no período de jan/2014 a ago/2014. Em cumprimento a determinação da Controladoria Geral da União – CFG/RS através do ofício nº 3745/2015/GAB/CGU – Regional/RS/CGU-PR, estamos incluindo na folha de pagamento do mês de junho/2015 na rubrica de reposição ao erário, de acordo com o artigo 46 da Lei nº 8.112/90, o valor de R\$12.732,8/2 (Doze mil setecentos e trinta e dois reais e oitenta e dois centavos), referente às parcelas pagas indevidamente.

XI. Cotejando a decisão prolatada nos autos principais, com o expediente administrativo enviado aos substituídos é possível verificar que a União deu efetivo cumprimento ao comando judicial de forma desacertada.

XII. Ocorre, conforme notícia o requerente, que a ação principal fora julgada procedente e que, inclusive, houve a confirmação da tutela. Contudo, não fora acostado aos autos a sentença proferida no processo principal, fato que impossibilita delimitar o alcance da decisão proferida naqueles autos e o eventual desacerto da União.

XIII. A todo modo, a requerida, por meio do memorando, reconhece que pagou a verba exigida de forma equivocada, inclusive pontua que o fato ocorreu no exercício de 2014.

XIV. Registre-se que é facultado o desconto de forma imediata no mês seguinte, em única parcela, apenas nas hipóteses de pagamento indevido. Ademais, no caso de indenizações ao Erário, como na hipótese dos autos, haverá

necessidade prévia de comunicação ao servidor, podendo haver, inclusive, parcelamento a pedido do interessado, conforme estabelece o § 2º do art. 46 da Lei 8.112/1990:

Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão *previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)*

§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. *(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)*

XV. No caso, considerando que a controvérsia se encontra sob apreciação judicial, não pode a administração de inopino proceder qualquer desconto na remuneração dos substituídos, sem demonstrar, de forma inequívoca, que o decote nos vencimentos não esteja descumprindo o comando judicial.

XVI. Por outro lado, sem adentrar no mérito da questão se é devida ou não a reposição ao Erário, o fato é que a verba exigida pela União fora supostamente paga a maior no período de janeiro/2014 a agosto/2014 (fl. 27 do eletrônico).

XVII. Nesse passo, conforme estabelece o § 2º do art. 46 da Lei 8.112/1990, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela, apenas nas hipóteses em que o suposto pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior, o que não aconteceu no caso dos autos principais.

XVIII. De fato, em razão do poder de autotutela, a Administração Pública pode rever seus atos quando eivados de vícios, já que deles não se originam direitos. Nesse sentido, foram sumulados pelo Supremo Tribunal Federal os entendimentos:

Súmula 346: "A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos".

Súmula 473: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

XIX. Todavia, o entendimento deste Tribunal e do colendo Superior Tribunal de Justiça, quanto à devolução dos valores percebidos de boa-fé por servidores públicos, nos casos que resultarem de equívoco da Administração e para os quais não houve participação do beneficiário, como no caso, é no sentido de que não há necessidade de ressarcimento, como se vê dos seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO DE DIFERENÇAS DO VALOR DE FUNÇÕES COMISSIONADAS. VALORES PAGOS EM EXCESSO POR EQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO. CARÁTER ALIMENTAR. BOA FÉ. DIREITO À INTEGRALIDADE DOS VALORES ATÉ A DATA DE CIÊNCIA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE DE ANUÊNCIA DO SERVIDOR PARA DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO.

Recebendo o servidor quantia maior que a devida em seus vencimentos ou proventos diante de diferenças do valor de funções comissionadas, resultado de equívoco da própria Administração e por se tratar de verba alimentar recebida de boa fé, não está obrigado a ressarcir o erário os valores recebidos até a data em que lhe foi dada ciência da decisão administrativa que reduziu o pagamento ao seu patamar legal. Súmula 106 do TCU e precedentes deste Tribunal.

[...]

(AMS n. 2000.01.00.057540-0/MG, Rel. Juiz Federal Convocado Miguel Ângelo Alvarenga Lopes, Primeira Turma – Unânime. DJU 22/1/2007, p. 5).

MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. LESÃO DE TRATO SUCESSIVO. ADMINISTRATIVO. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. BOA-FÉ.

1. Em se cuidando de reposição ao Erário, mediante descontos mensais, a lesão se renova mês a mês, nada importando, para fins de decadência, o tempo do ato administrativo que ordenou a restituição dos valores pagos indevidamente ao servidor público.

2. "Consoante recente posicionamento desta Corte Superior de Justiça, é incabível o desconto das diferenças recebidas indevidamente pelo servidor, em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada a boa-fé do beneficiado." (REsp nº 645.165/CE, Relatora Ministra Laurita Vaz, in DJ 28/3/2005).

3. Ordem concedida.

(MS 10.740/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2006, DJ 12/03/2007, p. 197)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - DESCONTO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ POR SERVIDOR PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DE LIMINAR OBTIDA EM AÇÃO JUDICIAL - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO.

1. O requisito estabelecido pela jurisprudência, para a não devolução de valores recebidos indevidamente pelo servidor, não corresponde ao erro da Administração, mas, sim, ao recebimento de boa-fé.

2. *Mesmo que o servidor tenha recebido determinado valor, de maneira indevida, por força de decisão judicial, se acreditou que o recebimento era legítimo - e ressalte-se que a boa-fé é presumível, enquanto o dolo há de ser comprovado - não cabe falar em dever de restituição.*

3. Não bastasse, os descontos, uma vez admitidos, deverão ser efetuados, observando-se o percentual máximo de 10% dos rendimentos ou dos proventos do servidor, por força dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e deverão ser precedidos das garantias do contraditório e da ampla defesa.

4. Recurso ordinário provido.

(RMS 18.121/RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 08/10/2007, p. 367)

XX. Neste sentido, também já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

MANDADO DE SEGURANÇA. MORTE DE UM DOS IMPETRANTES. IMPOSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO DE HERDEIROS, FACULTADO O USO DAS VIAS ORDINÁRIAS. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. TOMADA DE CONTAS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. LEI N. 8.443/92. NORMA ESPECIAL EM RELAÇÃO À LEI N. 9.784/99. DECADÊNCIA, INOCORRÊNCIA. IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS DE MORA DECORRENTES DE ATRASO NO PAGAMENTO DE VENCIMENTOS. DEVOLUÇÃO DE VALORES QUE, RETIDOS NA FONTE INDEVIDAMENTE PELA UNIDADE PAGADORA, FORAM RESTITUÍDOS PELA MESMA NO MÊS SEGUINTE. DÚVIDA QUANTO À INTERPRETAÇÃO DOS PRECEITOS ATINENTES À MATÉRIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. (...)2. O processo de tomada de contas instaurado perante o TCU é regido pela Lei n. 8.443/92, que consubstancia norma especial em relação à Lei n. 9.784/99. Daí porque não se opera, no caso, a decadência administrativa. 3. A reposição, ao erário, dos valores percebidos pelos servidores torna-se desnecessária, nos termos do ato impugnado, quando concomitantes os seguintes requisitos: "i] presença de boa-fé do servidor; ii] ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; iii] existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; iv] interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração." (...). 5. Extinto o feito sem julgamento do mérito quanto ao impetrante falecido, facultado o uso das vias ordinárias por seus herdeiros. Ordem concedida aos demais.

(MS 25641, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2007, DJe-031 DIVULG 21-02-2008 PUBLIC 22-02-2008 EMENT VOL-02308-01 PP-00193 RTJ VOL-00205-02 PP-00732)

XXI. No caso *sub judice*, ao menos nesse momento de cognição sumária, verifico que o pagamento a maior decorreu de erro da Administração ao calcular de forma equivocada o comando judicial, como admitido pela própria requerida. Oportuno consignar que os substituídos não concorreram para o recebimento da aludida verba, o que caracteriza a presunção de boa-fé.

XXII. Ressalto que a decisão tem caráter cautelar, e visa somente à preservação do alegado direito. Desse modo, caso o pedido seja julgado improcedente a Administração estará habilitada à promoção dos descontos ora suspensos. No mais, não há prejuízo no aguardo do desfecho do mérito da ação principal para se concretizar os descontos, principalmente pelo fato de que os valores já foram despendidos há quase um ano.

XXIII. Ante o exposto, presente os requisitos legais, defiro a liminar para que a União se abstenha de exigir reposição ao Erário dos substituídos sob a rubrica "*decisão judicial não transitada em julgado*".

Cite-se.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2015.

Juiz Federal *Cleberson José Rocha*, relator convocado.

Apelação/Reexame Necessário 0006128-54.2013.4.01.3900/PA

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova
Apelante: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Pará – OAB/PA
Procurador: Dr. Rômulo Romeiro Cardoso Júnior
Apelante: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Alan Rogério Mansur Silva
Apelado: Carlos Valério Farias Gomes
Advogados: Dr. José dos Anjos e outra
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/PA
Publicação: e-DJF1 de 22/09/2015, p. 667

Decisão

Nego seguimento às apelações da OAB/PA e do MPF e à remessa oficial contra a sentença concessiva da segurança para que o impetrante seja inscrito na OAB/PA como advogado, “*observando-se o art. 30, I da Lei 8.906/1994*”.

Os recursos e a remessa oficial são manifestamente improcedentes (CPC, art. 557). O impetrante é auxiliar de administração do Ministério Público do Estado do Pará. Como bem decidiu o juiz de primeiro grau:

[...] a garantia do livre exercício da profissão é norma constitucional de eficácia contida, isto é, restringível por legislação posterior. No entanto, essa restrição somente se dará por lei em sentido estrito, ou seja, a restrição do direito ao exercício de profissão é condicionada à edição de lei formal.

As incompatibilidades ao exercício da advocacia estão elencadas na Lei nº 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Nada impede, entretanto, que outro diploma verse sobre o tema, desde que se revista da forma exigida no art. 5º, XIII na CF/88.

Neste contexto, o art. 21 da Lei nº 11.415/2006 veda o exercício da advocacia aos servidores efetivos, requisitados e sem vínculos do *Ministério Público da União*.

A Constituição Federal por sua vez distingue os órgãos do Ministério Público da seguinte forma:

Art. 128. O Ministério Público abrange:

I - o Ministério Público da União, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

Sendo assim a vedação constante do art. 21 da Lei nº 11.415/2006 *não alcança o impetrante que ocupa o cargo efetivo no Ministério Público do Estado do Pará* (fl. 30). Note-se que o dispositivo em questão, por se tratar de norma restritiva de direitos, não comporta interpretação extensiva e, portanto, não poderia fundamentar a mencionada Resolução nº 27/2008 do CNMP ao estender tal vedação também aos servidores efetivos, comissionados, requisitados ou colocados à disposição do Ministério Público Estadual.

Conclui-se, pois, que a norma regulamentadora administrativa, como no caso, a Resolução nº 27/2008 do CNMP, não poderia instituir obstáculo à inscrição do impetrante nos quadros da OAB, uma vez que excede as restrições decorrentes da lei que regulamenta, violando os princípios constitucionais atinentes ao tema.

Observe-se que a crise não é apenas de legalidade, mas também da constitucionalidade da vedação imposta pela resolução em tela, dado que, ao desbordar dos limites legais, passa a restringir diretamente o livre exercício profissional resguardado pela Carta de 1988, sem que para isso atenda ao requisito de forma exigido constitucionalmente.

Como se vê, a vedação prevista no art. 21 da Lei 11.415/2006 aplica-se somente aos servidores do Ministério Público da União, *não podendo* ser estendida aos servidores do Ministério Público do Estado do Pará. Porque “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” (Constituição, art. 5º, II), não podendo prevalecer a Resolução 27 de 10/03/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Publicar e intimar o MPF; se não houver recurso, devolver para o juízo de origem.

Brasília, 16 de setembro de 2015.

Desembargador Federal *Novély Vilanova*, relator.

Agravo de Instrumento 0015667-36.2015.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado)
Agravante: Pauliana Almeida de Alencar Andrade
Advogada: Dra. Patrícia Almeida de Alencar
Agravada: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 17/09/2015, p. 688

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por Pauliana Almeida de Alencar Andrade, contra decisão emanada do MM. Juízo Federal da 8ª da Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que negou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para permitir à agravante a redução de sua jornada de trabalho, junto à Agência de Vigilância Sanitária, de 40 para 20 horas semanais, independentemente de compensação, possibilitando-lhe o acompanhamento do tratamento médico e as demais atividades recomendadas por especialistas para o desenvolvimento e crescimento pessoal do filho, menor e diagnosticado como pessoa com autismo severo.

Alega que a decisão agravada deixou de considerar aspectos imprescindíveis ao deslinde da causa, como o fato de se cuidar de tratamento multidisciplinar, envolvendo acompanhamento na área da psicologia, terapia ocupacional, educação física, fonoaudiologia, o que, somado, perfaz o total de mais de cinco horas semanais. E, além do tempo de duração de cada uma dessas sessões, deve-se computar o tempo necessário ao deslocamento para ida e volta à residência da agravante, em média, 80 minutos. Ademais, ao seu sentir, haveria a indicação de especialistas sob cuja responsabilidade se acha o menor para a inclusão de várias outras atividades, com o já mencionado propósito, dentre estas a ecoterapia, natação, musicoterapia, terapia ocupacional e comparecimento diário ao Centro de Atendimento de Psicologia – Capsi.

Em tal perspectiva, o acompanhamento pela recorrente de todas essas atividades, e ainda computando-se o tempo para o seu deslocamento de casa para o local de trabalho, elevando para 60 minutos o total do tempo despendido, não seria viabilizado com uma carga horária de 40 horas semanais.

Relatado. Decido.

Constato a presença nos autos de farta documentação a comprovar o quadro clínico da criança, em destaque o atestado médico reproduzido por cópia à fl. 28, do qual se extrai, naquilo que mais se mostra relevante:

[...] Paciente com acompanhamento na Neurologia pediátrica, com diagnóstico de: Transtorno Espectro Autista, grau moderado (2), sem etiologia identificada – em investigação, com atraso de fala, déficit cognitivo - não testado. Devido a patologia acima, deve manter fundamental atendimento multi-disciplinar, no intuito de melhora de seu desenvolvimento global. Para tal, necessita fortemente da presença dos familiares nesses atendimentos. CID F84. [...].

Como visto, cuida-se de criança diagnosticada com transtorno do espectro autista, em que o tratamento envolve diversas áreas médicas, terapêuticas e pedagógicas. Em face das condições próprias desse contexto clínico, a consecução dos resultados desse tratamento depende diretamente da presença de acompanhantes familiares da criança. Todavia, a mãe do menor, sendo servidora pública, encontra-se impossibilitada do necessário acompanhamento e assistência demandados para o desenvolvimento e crescimento pessoal da criança, porque autorizado pelo órgão de sua lotação apenas ter merecida redução da carga horária, sob o compromisso de compensação (art. 98, § 3º, Lei 8.112/1990).

A decisão recorrida indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, dentre outros, sob o fundamento de os documentos trazidos pela parte datarem dos anos de 2007 até o de 2014. De tal modo, haveria necessidade de documentos contemporâneos a corroborar a subsistência do quadro clínico da criança então atestada e, via de consequência, a afirmada imprescindibilidade da participação da agravante no processo de tratamento médico e nas demais terapias indicadas para o caso.

Ora, tais quadros de necessidades especiais, em regra, não se modificam no espaço de tempo entendido pelo juízo. Os efeitos dos tratamentos médicos e das terapias nesses casos ocorrem em geral a médio e longo prazos, para possibilitar as condições mínimas de uma interação e convívio sociais. Daí, ao menos neste juízo de cognição sumária, entender que a falta de documentos médicos recentes — os últimos datam de 2014 — não se prestarem à elisão dos fundamentos fáticos trazidos na pretensão recursal.

Por outro lado, ainda sob um juízo provisório quanto à situação fática reportada, os documentos já aportados parecem, de fato, indicar a exiguidade do tempo da recorrente para se desincumbir de ambos os ônus — os demandados para o tratamento e assistência materna do filho e os exigidos para cumprimento da integral jornada de trabalho (40 horas semanais). A situação restará sobremaneira agravada, caso a criança seja submetida a terapias e acompanhamentos por profissionais pendentes de realização, como noticiado no pedido.

Na hipótese, tem-se, à fl. 71, cópia da Portaria 407/GGPES/Anvisa, de 11/08/2014, que concedeu regime especial de jornada de trabalho à agravante, nos termos do citado art. 98, § 3º, Lei 8.112/1990, [...] *respeitada a carga horária de 40 (quarenta) horas semanais*, [...]. Ocorre que essa concessão, conforme fundamentação acima, não vai ao encontro das reais necessidades da agravante, pela impossibilidade de compensação do tempo empregado para o acompanhamento da criança.

Observando-se o quadro normativo, impõe-se registrar que o tema recebeu apreciação e disciplina pela Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada à legislação brasileira em 2008, passando a possuir equivalência de emenda constitucional, nos termos previstos da CF/1988, a teor do Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008.

Com vistas à compreensão internacional acerca da promoção dos meios necessários à plena inserção social da pessoa com deficiência, a referida convenção evidencia o papel de cada Estado e da comunidade internacional em prover uma estrutura social que propicie à pessoa com deficiência a equiparação de oportunidades às demais pessoas, adaptando o que se fizer necessário em favor dessa garantia. Em tal perspectiva, em seu art. 5º, § 3º, assim se acha estabelecido seu conteúdo programático:

Artigo 5º. Igualdade, e não discriminação.

[...]

§3º. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados- Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.

(Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. p.33. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaoopessoascomdeficiencia.pdf> Acessado em 04/09/2015.).

Ainda no que concerne ao entendimento da convenção a respeito da proteção da criança com deficiência, o art. 7º, § 2º, assevera o máximo empenho do Estado em tutelar-lhes os interesses. Nesses termos:

Artigo 7º.

Crianças com deficiência.

[...]

2º. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial.

(Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. p.34. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaoopessoascomdeficiencia.pdf> Acessado em 04/09/2015.).

No caso, embora a Lei 8.112/1990 contemple a possibilidade de redução de jornada de trabalho apenas para os casos de servidores com necessidades especiais (art. 98, § 2º), mostra-se razoável e em sintonia com o referido consenso internacional estender esse benefício também aos servidores que, como a recorrente, possuam

dependentes em idêntica condição restritiva. Com essa interpretação extensiva de sentidos, restam consagrados os princípios da proteção à Família e da dignidade da pessoa humana, por se possibilitar à criança com necessidades especiais ver-se acompanhada por pessoa da família, quando os processos terapêuticos assim exigem, tal como na hipótese vertente.

As adversidades por acaso trazidas em tratamentos médicos sempre impõem apreensões e ansiedades, mesmo aos adultos. E em maior agravo às crianças portadoras de condições especiais. Por essa razão, importa reconhecer que a participação da mãe, por estar mais próxima da criança, mostra-se imprescindível para se estabelecerem as condições de possibilidades das terapias já disponibilizadas em relação aos autistas.

Assim, a concessão de redução da jornada de trabalho da agravante de 40 para 20 horas, independentemente de compensação, encontraria amparo nessa extensão de sentido exigida pela convenção internacional, sendo dever do Estado brasileiro promover as medidas necessárias à sua efetividade.

Sob a perspectiva de ser o interesse da criança com deficiência de consideração primordial, reforça-se a possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela, ante a evidenciação de verossimilhança das alegações.

Ao lume do exposto, sendo evidente o perigo da demora, num contexto em que terapias e cuidados indicados por especialistas vêm sendo postergados, defiro a pleiteada antecipação da tutela recursal, para determinar à Agência Nacional de Vigilância Sanitária a concessão de horário especial, de 20 horas semanais, em favor da agravante, para fins de acompanhamento do tratamento e terapias necessárias ao desenvolvimento e crescimento pessoal do menor Lucas Vicente Alencar Andrade, sem a necessidade de compensação ou redução de vencimentos, até ulterior decisão judicial.

Intime-se o agravado para cumprimento e para os fins do art. 527, V, do CPC.

Publique-se.

Brasília, 10 de setembro de 2015.

Juiz Federal *Carlos Augusto Pires Brandão*, relator convocado.

Agravo de Instrumento 0027489-22.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado
 Agravante: Cinco Estrelas Administração e Serviços Ltda.
 Advogados: Dr. Juscelio Garcia de Oliveira e outros
 Agravada: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Publicação: e-DJF1 de 25/09/2015, p. 1.383

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Cinco Estrelas Administração e Serviços Ltda. em face da decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela nos autos da ação em que se busca a isenção quanto ao recolhimento das contribuições previdenciárias — retenção de 11% sobre as notas fiscais emitidas/art. 31 da Lei 8.212/1991.

Alega a agravante que se submete ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, desde julho de 2014, pelo que, para fins de quitação dos tributos federais, dentre os quais as contribuições previdenciárias, recolhe, mensalmente, um único percentual apurado sobre a sua receita bruta.

Insurge-se, nesse contexto, contra o fato de que vem compulsoriamente suportando a *retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto das notas fiscais de serviços que emite*, por entender que tal obrigação é incompatível com o tratamento tributário que lhe deve ser dispensado, nos termos da Lei Complementar 123/2006.

É o relatório do essencial.

A controvérsia recursal cinge-se a não exigibilidade da contribuição previdenciária de 11% sobre o valor das notas fiscais de serviços prestados, de acordo com o art. 31 da Lei 8.212/1991 – Lei de Custeio do INSS.

Com efeito, verifica-se a incompatibilidade da sistemática do Simples – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, instituído pela Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996, com as alterações que lhe foram dadas pela Lei 9.841/1999 e pela Lei 10.034/2000, em face do regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 9.711/1998, posteriormente alterada pela Lei 11.488/2007.

Isto porque se retira do contribuinte optante pelo Simples o benefício da parcela única e simplificada, previsto na Lei 9.317/1996, dos tributos citados nas alíneas de *a* a *f* do § 1º do seu art. 3º, incluindo as contribuições para a Seguridade Social, e que é destinado exatamente às empresas de pequeno porte e microempresas. Ressalte-se que este tratamento jurídico-tributário, diferenciado e simplificado, lhes foi assegurado pela própria Constituição, em seus arts. 170 e 179.

No mesmo sentido é o posicionamento da eg. Primeira Turma do STJ e desta Sétima Turma, conforme é possível conferir abaixo, *in verbis*, os recentes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO OPTANTE PELO “SIMPLES”. INCOMPATIBILIDADE COM OS DITAMES DA LEI N. 9.317/96. PRECEDENTES.

1. Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento.

2. Entendimento pacífico no âmbito da Primeira Seção deste Tribunal no sentido de que: “O sistema de arrecadação destinado aos optantes do SIMPLES não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91, que constitui “nova sistemática de recolhimento” daquela mesma contribuição destinada à Seguridade Social. A retenção, pelo tomador de serviços, de contribuição sobre o mesmo título e com a mesma finalidade, na forma imposta pelo art. 31 da Lei 8.212/91 e no percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas”. EREsp n. 511001/MG, da relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 11/04/2005.

3. De igual modo: REsp 756.358/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 14/08/2007; REsp 826.180/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/02/2007.

4. Agravo regimental não-provido.

(AGA n. 918369, Rel.: Ministro José Delgado, in DJU de 8-11-2007, p. 197. Grifei).

De igual modo, a jurisprudência desta Corte também se encontra pacificada, conforme ementas que trago à colação:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - ART. 31 DA LEI Nº 8.212/91 - RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAMENTO - EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS OPTANTE PELO SIMPLES - IMPOSSIBILIDADE.

1 - Lídima a retenção de 11%, incidente nos termos da Lei nº 9.711/98, sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviço, a título de contribuição previdenciária, uma vez que a legislação pertinente ao tema atribuiu às empresas contratantes de mão-de-obra terceirizada a responsabilidade pelo recolhimento do referido tributo. Contudo, não se trata de instituição de contribuição nova, mas de alteração da sistemática de recolhimento da exação pelo regime de substituição tributária por antecipação, pelo que não há como se falar em empréstimo compulsório, aumento de alíquota, confisco ou transgressão a qualquer princípio constitucional, muito menos, o da capacidade contributiva.

2 - Estando a empresa prestadora de serviços enquadrada no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-SIMPLES, regime jurídico instituído pela Lei nº 9.317/96 em cumprimento à prescrição do art. 179 da Constituição Federal, não pode haver retenção da contribuição de 11% sobre o valor da nota fiscal ou fatura da prestação de serviços, tendo em vista que a modalidade de recolhimento prevista na Lei nº 9.711/98, por ser norma de caráter geral, não se aplica às microempresas e empresas de pequeno porte por terem tratamento jurídico diferenciado e regulado por lei específica.

3 - Apelação e Remessa Oficial denegadas.

4 - Sentença confirmada.

(AMS 2006.38.03.008687-9/MG, Rel.: Desembargador Federal Catão Alves, DJe 27/06/2008).

Este é o entendimento já manifestado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, que pela sua Segunda Turma, ao julgar o REsp 511001/MG (Rel.: Ministro Franciulli Netto, in DJU de 10/05/2004, p. 227), entendeu ser incompatível a sistemática do Simples com o regime de recolhimento antecipado de 11% sobre a fatura do serviço, visto que a Lei 9.317/1996, que instituiu o primeiro é especial em relação ao art. 31 da lei 8.212/1991, prevalecendo o princípio *lex specialis derogat generali*:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS OPTANTE PELO "SIMPLES NACIONAL" (LC N. 123/2006) - RETENÇÃO DE 11% SOBRE A SUA NOTA OU FATURA PELA EMPRESA TOMADORA DO SERVIÇO (LEI N. 9.711/98): INAPLICABILIDADE - APLICAÇÃO DA LEI ESPECIAL: SISTEMÁTICA DIFERENCIADA DE RECOLHIMENTO UNIFICADO DOS TRIBUTOS FEDERAIS (INCLUÍDAS AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS).

1. Tratando-se de empresa optante pelo "SIMPLES NACIONAL" (instituído pela LC n. 123/2006), a empresa prestadora de serviço por cessão de mão-de-obra não está sujeita à retenção (prevista na Lei n. 9.711/98), pela empresa tomadora de serviços, de 11% sobre os valores de suas notas fiscais ou faturas. Hipótese idêntica à da revogada Lei n. 9.317/96 ("SIMPLES"), sobre a qual há jurisprudência unívoca deste TRF1 e do STJ.

2. Agravo de instrumento não provido.

3. Peças liberadas pelo Relator, em 27/05/2008, para publicação do acórdão.

(AG 2008.01.0.005741-9/MT, Rel.: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, e-DJF1 de 20-6-2008, p. 280. Grifei).

Ressalto que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou, conforme o rito do recurso repetitivo, processo que questionava a isenção da retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço pelas empresas optantes pelo Simples – Sistema Integrado de Pagamento de Imposto e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

A Seção, seguindo o voto do relator, Ministro Teori Albino Zavascki, firmou a tese de que o sistema de arrecadação destinado aos optantes do Simples não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/1991, que constitui *nova sistemática de recolhimento* daquela mesma contribuição destinada à Seguridade Social.

Sobre a matéria, confira-se a jurisprudência do e. STJ:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO OPTANTES PELO SIMPLES. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ILEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO (ERESP 511.001/MG).

1. A Lei 9.317/96 instituiu tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, simplificando o cumprimento de suas obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias mediante opção pelo SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições. Por este regime de arrecadação, é efetuado um pagamento único relativo a vários tributos federais, cuja base de cálculo é o faturamento, sobre a qual incide uma alíquota única, ficando a empresa optante dispensada do pagamento das demais contribuições instituídas pela União (art. 3º, § 4º).

2. O sistema de arrecadação destinado aos optantes do SIMPLES não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91, que constitui "nova sistemática de recolhimento" daquela mesma contribuição destinada à Seguridade Social. A retenção, pelo tomador de serviços, de contribuição sobre o mesmo título e com a mesma finalidade, na forma imposta pelo art. 31 da Lei 8.212/91 e no percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas.

3. Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, visto que há incompatibilidade técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária instituída pela Lei 9.711/98, que elegeu as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal, e o regime de unificação de tributos do SIMPLES, adotado pelas pequenas e microempresas (Lei 9.317/96).

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1112467 / DF, Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 21/08/2009).

Pelo exposto, *defiro o pedido de efeito suspensivo* para suspender o recolhimento das contribuições previdenciárias previstas no art. 31 da Lei 8.212/1991.

Intime-se a agravada, nos termos do art. 527, V, do CPC.

Brasília, 17 de setembro de 2015.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, relator.

Agravado de Instrumento 0022516-24.2015.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques
Agravante: Guiomar Marta Pires
Advogada: Dra. Crea Márcia Ferreira de Souza
Agravada: União Federal
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
Agravado: Estado do Mato Grosso
Agravado: Município de Cuiabá – MT
Publicação: e-DJF1 de 25/09/2015, p. 1.242

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por *Guiomar Marta Pires*, contra a decisão do MM. Juízo da 6ª Vara do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Cuiabá/MT que, em ação pelo rito ordinário *de obrigação de fazer c/c pedido de antecipação dos efeitos da tutela de mérito e/ou liminar inaudita altera pars* em desfavor dos agravados (União, Estado do Mato Grosso e Município de Cuiabá/MT), requerendo, dentre outros pedidos, a concessão do pedido liminar do tratamento preparatório para a realização da cirurgia bariátrica, indeferiu o pedido de antecipação de tutela requerido.

A autora carrou aos autos vasta documentação comprovando a necessidade do tratamento, pois, segundo ela, o uso dos medicamentos que é obrigada a ingerir diariamente, por serem dosagens acima do normal tolerado pelo organismo humano, vem lhe ocasionando danos irreparáveis à saúde. Segundo relatório médico, a agravante é portadora das seguintes enfermidades: obesidade nível 2, juntamente com as seguintes morbidades: hipertensão arterial sistêmica, diabetes *mellitus* tipo 2, dislipidemia, hérnia de hiato, hipotireoidismo, enfermidades que seriam facilmente controladas com a perda de peso, o que também ocasionaria a diminuição das dosagens diárias dos medicamentos de que faz uso contínuo.

Ressalta, ainda, que ingressou com a presente demanda para fins de fazer justiça e valer-se de direito que entende possuir, procedimento de realização da cirurgia bariátrica, já que esta seria o único tratamento viável para seu caso, e o tempo que se espera já se perfaz quase três anos, pois o seu encaminhamento foi feito em 21/08/2012, e, desde então, vem lutando para a realização da cirurgia que lhe trará uma vida mais digna e humana. Porém, as rés recusam-se a atender a necessidade da cirurgia mesmo tendo sido feitos pela requerente todos os procedimentos obrigatórios, conforme documentos que juntou.

Assevera que, em razão da referida decisão,

[...] não fora dado a ela sequer a oportunidade da juntada de novos documentos que ratifiquem sua necessidade e urgência para conceder o que se pede que seria o início imediato do tratamento para o preparatório para a realização da cirurgia bariátrica que tanto almeja e necessita para obter uma vida com mais saúde, podendo tratar de seus enfermos sem ocasionar maiores danos aos seu organismo e a sua qualidade de vida.

É o sucinto relatório após o qual decido.

Para o deferimento da antecipação de tutela, consoante se observa do conteúdo do art. 273, I e II, do CPC, deve haver a demonstração da existência da prova inequívoca capaz de convencer o magistrado da verossimilhança das alegações, a comprovação da presença do risco de dano irreparável e de difícil reparação, ou, ainda, do abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório.

Ao indeferir a medida vindicada, o juízo singular aduziu que

Os documentos anexados aos autos indicam a verossimilhança das alegações da autora, diante da necessidade de submeter-se ao procedimento cirúrgico (cirurgia bariátrica). Entretanto, os mesmos documentos não são suficientes para a formação do convencimento quanto à urgência da medida, afastando a presença, no momento, do requisito de dano irreparável ou de difícil reparação. Por outro lado, há que se ressaltar o perigo de irreversibilidade do provimento.

Sobre o problema da obesidade permito-me transcrever o seguinte trecho extraído do *site*: www.cirurgiadeobesidade.med.br

[...]

O problema da obesidade

[...]

A pessoa que tem obesidade acaba por contrair outras doenças (pressão alta, diabetes, artrose, apnéia do sono, obstrução das artérias - inclusive do coração, etc...) e estas doenças são responsáveis pela morte, em média bem mais precoce do que na população em geral. A obesidade é a segunda causa evitável de morte, logo depois do cigarro, que é a primeira.

O problema da obesidade está preocupando os médicos e os governos dos países desenvolvidos e em desenvolvimento como é o caso do Brasil, pois a percentagem de pessoas com sobrepeso, obesas e com obesidade morbida nestes países vem crescendo muito rapidamente, fugindo do controle dos médicos e governantes.

A obesidade é hoje um problema de saúde pública mundial que deve ser combatido com campanhas de orientação e conscientização na tentativa de frear a verdadeira epidemia que ocorre em muitos países. No entanto, o que é possível ser feito por quem já atingiu um índice de obesidade muito alto? Hoje, para as pessoas que têm índice de massa corporal - IMC - acima de 40, ou acima de 35 para aqueles que já apresentam doenças associadas à obesidade, e que não conseguem emagrecer de forma permanente através de dietas e medicações, a melhor opção é a cirurgia. Sem dúvida, a arma mais eficiente que pode reverter o quadro da obesidade morbida, das doenças associadas e da auto-estima destes pacientes.

Indicações para cirurgia bariátrica

Para que um paciente com obesidade seja operado é preciso que cinco condições sejam preenchidas.

[...]

IMC (Índice de Massa Corporal)

As indicações para cirurgia bariátrica são feitas quando o IMC (PESO EM Kg / ALTURA EM METROS ao quadrado) está acima de 40. No caso do paciente apresentar alguma doença relacionada com obesidade, que são chamadas de comorbidades (hipertensão, diabetes, artrite...) o IMC necessário para ser indicada a cirurgia é de 35.

[...].

Como cediço, o peso em excesso frequentemente provoca efeitos adversos à saúde, gerando doenças associadas, tais como hipertensão, diabetes e outras.

O procedimento cirúrgico indicado à agravante demanda uma série de estudos médicos para a verificação da aptidão da paciente, seja do ponto de vista clínico, seja psicológico.

Como transcrito acima, os especialistas indicam a mencionada intervenção como medida de saúde para aqueles pacientes que apresentam diversas comorbidades decorrentes da obesidade. Não deve ser entendida como cirurgia estética, mas, sim, reparadora, cujo objetivo precípua é oferecer maior qualidade de vida ao indivíduo.

Como bem asseverou o laudo médico do endocrinologista da Faculdade de Medicina da Universidade de Cuiabá – Unic, a senhora Guiomar Marta Pires, autora, 46 anos, possui diagnóstico de diabetes *mellitos* tipo 2 há 4 anos, hipertensão arterial sistêmica, dislipidemia, hérnia de hiato, hipotireoidismo e obesidade grau 2. Aduziu, ainda, que a paciente agravante faz uso de vários medicamentos, bem como acompanhamento médico naquele ambulatório, contínuo, sem previsão de alta, visto que todas as doenças assinaladas acima são crônicas, não curáveis, passíveis apenas de controle. Sustenta, também, que a paciente, apesar de IMC igual a 38,5, tem comorbidades e patologias que seriam mais bem controladas com gastroplastia.

Nesse ponto, os documentos anexados aos autos indicam a verossimilhança das alegações da autora, diante da necessidade de submeter-se ao procedimento cirúrgico (cirurgia bariátrica).

No que tange ao risco de *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* a que alude o art. 273 do CPC, a avaliação do endocrinologista ressalta que a agravante tem obesidade grau 2, comorbidades (HAS + DMz + DLP) e já faz tratamento clínico para obesidade há mais de 2 anos, sem sucesso. Diante do quadro apresentado (piora das comorbidades), tem indicação de tratamento cirúrgico (cirurgia bariátrica) para melhora das patologias de base e melhor qualidade de vida.

A necessidade da autora se submeter à cirurgia em questão é incontestável e não se trata de estética, o que está confirmado pelos relatórios médicos acostados aos autos. Acrescento ainda que houve pedido administrativo resistido (protocolo realizado perante a Central de Regional de Regulamentação de Protocolo de Exames e solicitação de ajuda à ouvidoria do SUS), pois a autora deu entrada no encaminhamento que foi expedido em 21/08/2012; contudo, até a presente data, a ré está inerte.

Se o relatório médico subscrito por profissional que atua pelo SUS atesta a prioridade da realização da cirurgia bariátrica, prescrita por outros profissionais vinculados ao Sistema Único de Saúde, cabível a concessão de medida antecipatória para assegurar a realização do procedimento de maneira urgente, máxime porque a paciente já foi submetida a tratamento clínico e medicamentoso sem sucesso.

Quanto ao pedido de justiça gratuita, esclareço que já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal no sentido de que

[...] a declaração de insuficiência de recursos é documento hábil para o deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita, mormente quando não impugnada pela parte contrária, a quem cumpre o ônus da prova capaz de desconstituir o direito postulado. (AI 136910 AgR, relator.(a): Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 26/06/1995, DJ 22/09/1995 PP-30598 Ement Vol-01801-04 PP-00738).

Também esta Corte tem posicionamento firme no sentido de que

[...] nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/1950, para que a parte seja beneficiada com a assistência judiciária gratuita, é suficiente a afirmação de próprio punho, ou por intermédio de seu patrono, de que não tem condições de arcar com as despesas processuais sem que isso implique prejuízo de seu sustento e de sua família. (AC 0023211-21.2005.4.01.3300/BA, rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, e-DJF1, p. 99, de 21/07/2008).

Na espécie, consta dos autos a declaração de pobreza na qual declara a agravante, sob as penas da lei, que está em situação econômica que não lhe permite demandar sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, o que, à luz da jurisprudência, como visto, é hábil para a concessão do benefício.

Com relação ao pedido de indenização por danos morais, nada a deferir. O agravo de instrumento não comporta obrigação de pagar, o que deve ser feito quando da prolação da sentença.

Em face do exposto, antecipo parcialmente os efeitos da pretensão recursal apenas para assegurar à recorrente a gratuidade de justiça e a realização do tratamento preparatório — esse último até a prolação da sentença —, a fim de se submeter à gastroplastia (cirurgia bariátrica), nos termos prescritos no laudo médico.

Comunique-se o teor desta decisão ao juízo de origem.

Publique-se.

Intimem-se os agravados para que apresentem contraminuta (art. 527, V, CPC).

Após, voltem-me os autos conclusos.

Brasília, 21 de setembro de 2015.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

Agravo de Instrumento 0054083-73.2015.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Agravante: JCA Engenharia e Arquitetura Ltda.
Advogados: Dr. Michael Nery Fahel e outros
Agravada: União Federal
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
Publicação: e-DJF1 de 15/10/2015, p. 699

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JCA Engenharia e Arquitetura Ltda. contra decisão proferida pelo MM. juiz federal da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, que indeferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado nos autos da Ação Ordinária 25681-73.2015.4.01.3300, ajuizada contra a União, objetivando a suspensão de ato administrativo que ratificou a pena de inidoneidade de licitar e contratar com a Administração Pública.

2. Consignou o MM. magistrado *a quo* que

[...] *deve-se considerar, repita-se, que a questão demanda uma fase probatória e, também, que a supressão do contraditório não se justifica na hipótese, porque, inclusive, apenas quando presentes a excepcionalidade e os requisitos autorizadores é que é possível o deferimento da antecipação da tutela sem a oitiva da parte contrária, o que não se afigura no presente caso.* [...]

3. Irresignada, argumenta a agravante, em síntese, que foi vencedora do Pregão Eletrônico 07/2010 – MEC, lotes 05 e 06, mas em razão de ter se declarado empresa de pequeno porte, sem fazer jus a tal condição, foi apenas com a suspensão de licitar e contratar com a Administração Pública por 2 anos, por meio da Portaria 1.566/2011. Em face dessa decisão, impetrou mandado de segurança que lhe garantiu a anulação do procedimento administrativo que lhe condenou, restando suspensa a pena, e determinando o desconto da pena já cumprida, em caso de nova condenação.

4. Alega que, tendo tramitado novo processo administrativo e após suprida a nulidade, a pena anteriormente aplicada foi ratificada e lhe coube o cumprimento de mais 13 meses de suspensão, tendo em vista o desconto do período anteriormente já cumprido. Dessa decisão, protocolou pedido de reconsideração, no qual foi deferido efeito suspensivo. Contudo, somente foi retirada a restrição junto ao Sicaf, permanecendo a restrição no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – Ceis, restando ineficaz a atribuição de efeito suspensivo.

5. Em 22 de dezembro de 2014, pediu novamente reconsideração para que fosse subtraído da pena aplicada no período, tendo em vista que em 16 de dezembro de 2014 foi mantida a pena por 13 meses, sem que fosse subtraído em que não foi aplicado o efeito suspensivo. Em 22 de junho de 2015 foi publicada decisão mantendo a pena de inidoneidade, sendo a mesma silente em relação àquele período, o que restou caracterizado *bis in idem* da penalidade, tendo em vista que permaneceu inscrito no Ceis todo o tempo.

6. Requer o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal para que seja determinada a suspensão da eficácia da decisão que aplicou a pena de inidoneidade, em face da comprovação de seu integral cumprimento.

Autos conclusos, *decido*.

7. A princípio, parece assistir razão à agravante. Isso porque foi apenas em 2 anos com a anotação de inidoneidade para licitar e contratar com a União.

8. A agravante começou a cumprir a referida pena em 03/11/2011, com a publicação da Portaria MEC 1.566; mas teve suspenso o seu cumprimento em 26/10/2012, com a publicação da Portaria MEC 1.302/2012, fls. 375, 377 e 378, perfazendo, portanto, o total de aproximadamente 11 meses de cumprimento da pena.

9. Posteriormente, em 03/06/2014, foi publicada decisão da Administração para que a agravada cumprisse os 13 (treze) meses restantes da pena, compreendendo o período de 03/06/2014 a 02/07/2015, fls. 481 e 485. Consta dos autos, contudo, que em 27/06/2014, a pena foi novamente suspensa (fl. 867-verso). Tendo a agravante cumprido, então, a pena somente no período de 03 a 27/06/2014, perfazendo mais 24 dias de cumprimento da pena.

10. Em 16 de dezembro foi publicado novo ato, mantendo a mesma pena pelos 13 meses, e determinando o desconto daqueles dias já cumpridos, contando o cumprimento desde aquela data da publicação (fl. 871), ou seja, de 18/12/2014 a 19/12/2015.

11. Dessa forma, vê-se que no período de 28/06/2014 a 17/12/2014 a pena aplicada à recorrente ficou suspensa.

12. Contudo, considerando o relatório de fl. 1.249, consta do Portal da Transparência, no relatório Ceis, a anotação de que a agravante havia sido declarada inidônea para licitar e contratar com a Administração Pública pelo período de 03/06/2014 a 03/07/2015.

13. Consta daquele mesmo portal, de acesso público pela rede mundial de computadores, que o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) é um banco de informações mantido pela Controladoria-Geral da União (CGU) que tem como objetivo consolidar a relação das empresas e pessoas físicas que sofreram sanções das quais decorra como efeito restrição ao direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública.

14. Assim, vê-se que naquele período, a agravante continuava a sofrer os efeitos da pena, embora tivesse uma decisão administrativa que havia suspenso os efeitos da pena durante o período de 28/06 a 17/12/2014.

15. Com essas considerações, aparentemente a agravante cumpriu 5 meses e 19 dias de pena no período de 28/06 a 17/12/2014, tendo em vista que parece não ter sido suspenso o registro no cadastro Ceis, devendo esse período ser subtraído do período computado como devido de 18/12/2014 a 10/12/2015, se assim tiver sido de fato.

16. Dessa forma, amparado em tais fundamentos e no quanto disposto no art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil, entendo por razoável a concessão da medida requerida, em face da presença da verossimilhança das alegações e do perigo da demora, esse consubstanciado no fato que, se não concedida a medida requerida, corre-se o risco de perda de objeto da ação, em face se esgotar o cumprimento da pena até o dia 10/12/2015, considerando o curso do processo.

17. Ademais, se for constatado o contrário, nenhum óbice há que a agravante cumpra o restante da pena.

Pelo exposto, *defiro, por ora, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal e determino a suspensão do ato administrativo que ratificou a pena de inidoneidade de licitar e contratar com a Administração Pública até 10/12/2015.*

Comunique-se ao relator *a quo*.

Publique-se.

Intime-se a agravada, facultando-lhe apresentar contraminuta no prazo legal (inciso V do art. 527 do CPC).

Brasília – outubro de 2015.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Agravo de Instrumento 0032996-61.2015.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)
Agravante: Bombardier Transportation Brasil Ltda.
Advogados: Dr. Halisson Adriano Costa e outros
Agravado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade
Procurador: Dr. Fernando Barbosa Bastos Costa
Publicação: e-DJF1 de 15/10/2015, p. 690

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Bombardier Transportation Brasil Ltda. de decisão (fls. 446-457 - II Vol.) que indeferiu pedido de antecipação de tutela, em ação declaratória de nulidade de ato administrativo, ajuizada contra o Conselho de Defesa Econômica (Cade), posta no sentido de impedir o desmembramento de processo administrativo sancionador instaurado com o objetivo de apurar a existência de cartel.

A parte agravante aduz que “a decisão agravada, com todas as vênias e o respeito devidos, sem enfrentar os relevantes argumentos da Bombardier, chancelou uma série de ilegalidades praticadas pelo CADE, de modo a permitir o prosseguimento a fórceps do processo administrativo” (fl. 11).

Aduz que, “se a definição de cartel passa pelo ilícito agrupamento de pessoas, não há como se admitir que estas sejam processadas separadamente” (fl. 11).

Assim, em resumo, afirma que o desmembramento do processo administrativo sancionador “definitivamente não acarretará uma solução mais célere” (fl. 12).

Quanto ao mérito, afirma que, em 22/05/2013, foi assinado o Acordo de Leniência 01/2013, entre o Cade, duas empresas e algumas pessoas físicas, que tinha por finalidade levar ao conhecimento do Cade a existência de um suposto cartel em licitações relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares no Brasil.

Aduz, então que (fl. 13):

[...] com base nos relativos, suspeitos e subjetivos “elementos” constantes da Leniência, o CADE, ao contrário do que se espera de qualquer autoridade investigadora séria, independente e imparcial, simplesmente já concluiu pela existência de cartel em toda a extensão que lhe “contaram” sem realizar qualquer diligência investigativa precedente, e preferiu precipitada e arbitrariamente montar toda uma estratégia de guerra, com diversas Medidas Cautelares de Busca e Apreensão ajuizadas perante Juízos Federais distintos.

Prossegue afirmando que, de forma abusiva, o Cade passou a buscar toda e qualquer informação dos investigados, fato que culminou, ainda que ultrapassado o prazo de 301 dias, com a instauração de processo administrativo em desfavor de 127 pessoas (18 jurídicas e 109 físicas).

Assim, em razão do quantitativo de pessoas que deveriam ser notificadas, o Cade, por pura desídia, não teria logrado êxito nesta função, razão pela qual optou pelo desmembramento do processo.

A título de argumentos que justificariam a reforma da decisão agravada, aduz a violação ao princípio da motivação do ato administrativo; que a decisão foi omissa quanto aos fundamentos invocados pela ora agravante; violação ao princípio da legalidade; bem como que não foram assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Ao final, pede a antecipação da tutela recursal.

Decido.

A decisão agravada, no ponto, está assim fundamentada (fls. 447-457):

A autora questiona a legalidade da decisão proferida pelo CADE que, nos autos do processo administrativo n. 08700.004617/2013-41, decidiu pelo seu desmembramento.

No entanto, não antevejo verossimilhança às suas alegações.

Inicialmente, afastado a alegação de que a medida de desmembramento do processo viola preceitos normativos.

Com efeito, o art. 148 do Regimento Interno do CADE prevê as hipóteses em que o desmembramento tem cabimento (grifamos):

Art. 148. A critério da Superintendência Geral e por meio de despacho fundamentado, o processo administrativo poderá ser desmembrado em qualquer das seguintes hipóteses:

I - quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes;

II - quando houver excessivo número de representados e para não comprometer a duração razoável do processo ou dificultar a defesa;

III - quando houver dificuldade de analisar a notificação de um ou mais representados; ou

IV - por outro motivo relevante.

A leitura dos incisos em destaque demonstra que pode haver cisão do processo quando houver número excessivo de representados, com o propósito de não comprometer a duração razoável do processo ou dificultar a defesa, quando existir dificuldade para notificar os representados.

É o caso dos autos.

A propósito, transcrevo os seguintes fragmentos extraídos da Nota Técnica SG/CADE n. 434/2014, os quais bem demonstram que, em razão da grande quantidade de pessoas investigadas, o desmembramento é medida salutar (fls. 68/89):

“I - RELATÓRIO

1. Trata-se de Processo Administrativo instaurado por meio da Nota Técnica e Despacho de fls. 1816/2013, para apurar suposto cartel no mercado de licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares, condutas passíveis de enquadramento nos artigos no art. 20, incisos I a IV, c/c art. 21, incisos 1, II, III, IV e VIII, da Lei n. 8.884/94, bem como art. 36, incisos 1 a IV c/c § 3º 1 inciso 1, alíneas “a”, “c” e “d”, e inciso II da Lei n. 12.529/2011.

2. Em 24/03/2014, foram expedidas notificações aos Representados quanto à instauração do presente Processo Administrativo, para que estes apresentassem suas respectivas defesas. Observa-se que parte dessas notificações foi cumprida, enquanto outras notificações retornaram não cumpridas ou então foi apontado que os Representados residiam no exterior.

3. A partir disso, em 17/04/12 e 08/05/2014, a Superintendência-Geral do Cadê (SG/Cade) oficiou várias empresas Representadas com vistas a solicitar dados e informações referentes a funcionários e ex-funcionários de tais empresas (fls. 2654 e 2740/2772).

4. Em atenção à solicitação acima, as Representadas apresentaram suas respostas às fls. a seguir indicadas: Mitsui, fls. 2713/2715; Hyundai Rotem, fls. 2721/2722 e 2989/2991; Tejofran, fls. 2793/2795; Serveng, fls. 2797/2799; Temoinsa, fls. 2809/2812; CAF, fls. 2818/2820 e 2985/2988, Alstom, fls. 2821/2824; Bombardier, fls. 2825/2826 e 3579/3580; e Siemens, fls. 2969/2971.

5. A partir das respostas indicadas acima, procedeu-se à expedição de novas notificações aos Representados nos endereços informados por tais empresas.

6. Em 15/09/2014, a SG/Cade, oficiou o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) solicitando os endereços de vários Representados que não haviam sido notificados (fls. 3339/3341). Novamente, procedeu-se à expedição de novas notificações aos endereços informados pelo 11455 às fls. 3487/3500.

7. Sendo assim, servimo-nos da presente Nota Técnica para analisar diversas questões referentes ao polo passivo do presente Processo, tais como: (i) preliminarmente, questionamento feito pela CAF referente ao fato de não responder por

outras pessoas jurídicas de seu grupo econômico; (ii) retificação da qualificação de alguns Representados; (iii) esclarecimentos quanto à atual situação do cumprimento das notificações. e (IV) desmembramento do processo com relação às pessoas físicas Representadas que, embora as várias tentativas da SG/Cade, ainda não foram devidamente notificadas da instauração do presente Processo Administrativo, em atenção aos princípios da eficiência e celeridade processual.

8. É o relatório.

II - ANÁLISE

[...]

11.3 Esclarecimentos quanto à notificação dos Representados

20. Em 19/03/2014, após a publicação do Despacho n. 301/2014, que determinou a instauração do Processo Administrativo, foram enviadas notificações aos Representados (fls. 2042/2167). Verificou-se que parte dessas notificações foi cumprida - inclusive pelo comparecimento espontâneo de alguns Representados -, enquanto outras notificações retornaram não cumpridas ou então foi apontado que os Representados residiam no exterior.

21. A partir disso, em 17/04/12 e 0805/2014, a SG/Cade oficiou várias empresas Representadas com vistas a solicitar dados e informações referentes a funcionários e ex-funcionários de tais empresas (fls. 2654 e 2740/2772). Após o recebimento das respostas, procedeu-se à expedição de novas notificações aos endereços informados por tais empresas.

22. Em 15/09/2014, a SO/Cade oficiou o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) solicitando os endereços de vários Representados que não haviam sido notificados (fls. 3339/3341). Novamente, procedeu-se à expedição de novas notificações aos endereços informados pelo INSS.

23. A tabela a seguir sintetiza as informações referentes às notificações dos Representados até a presente data:

[...]

II-4 Da necessidade do desmembramento do feito em relação aos Representados não notificados até o presente momento

37. Em atenção ao extenso número de Representados neste Processo Administrativo, que totalizam 127 (cento e vinte e sete) pessoas, entre físicas e jurídicas, e dado o cenário acima delineado, entende-se que não resta alternativa à autoridade de defesa da concorrência senão determinar o desmembramento processual, visando a celeridade do processo e a observância do princípio constitucional da duração razoável do processo, previsto no art. 50, inciso =VIII, da Constituição Federal.

38. Desse modo, a medida de desmembramento do processo está prevista no art. 148 do Regimento Interno do Cade, além de também ser cabível com base no art. 46 do Código de Processo Civil²⁸ e no art. 80 do Código de Processo penal²⁹.

39. Neste sentido, o próprio Regimento Interno do Cade dispõe:

Art. 148. A critério da Superintendência Geral e por meio de despacho fundamentado, o processo administrativo poderá ser desmembrado em qualquer das seguintes hipóteses:

1 - quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes;

II - quando houver excessivo número de representados e para não comprometer a razoável duração do processo ou dificultar a defesa;

III - quando houver dificuldade de realizar a notificação de um ou mais representados; ou

IV - por outro motivo relevante. (g. n.)

40. No caso em tela, observa-se a configuração de hipóteses previstas no art. 148 do Regimento Interno do Cade, a possibilitar o desmembramento processual; i.e.: (i) excessivo número de representados e para não comprometer a duração razoável do processo ou dificultar a defesa (inciso II supra) e (ii) existência de dificuldade na realização de notificação de alguns dos representados (inc. III supra).

41. Ante o exposto e com fulcro no art. 148, inc. III do Regimento Interno do Cade, e arts. 46 do CPC e 80 do CPP, sugere-se o desmembramento do processo a fim de que possam ser realizadas diligências adicionais para de localizar e notificar os devidos Representados, devendo ser o processo desmembrado em relação às pessoas físicas cujo status na Tabela 2 constem como notificação “não cumprida”, “exterior” ou “exterior/não cumprida”;

[...]

111. CONCLUSÃO

49. Diante do exposto, sugere-se:

a) a notificação dos Representados quanto aos esclarecimentos apontados no item 11.1, referente à responsabilização de empresas ora Representadas;

b) a retificação do nome dos Representados Ben-I-Iur Coutinho de Souza Viana e Maria Aparecida Ramos Barthoretti;

c) o desmembramento do Processo Administrativo com relação aos Representados Agenor Marinho Contente Filho, Alexandre Bitsch, Alvaro Colomer, Amador Francisco Rodriguez Penin, Ana Giros, Antoine Riviere, Antonio Oporto, Barry Howe, Begãa Garcia Várquz, Bertrand Delpierre, Bertrand Lenne, Cesar Ponce de Leon, Denis Girault, Dirk Schönberger, Edson Assini, Felix Fernandes, Gernando Arizinendi, Friedrich Smaxwill, Geraldo Phillipe Hertz Filho, German Corcho Garcia, Herbert

1-lans Steffen, Ibon Garcia, Iflgo Celigueta, Jean Marc de Reviere, José Alcaide Moreno, Juan Maria Iniguez, Katharine Edge, Laurent Lumbroso, Lothar Dili, Ludwing Scheele, Luis Giral, Michel Kerling, Michele Viale, Miguel Sagarra, Patrick Hougatte, Peter Rathgeber, Welber, Rodolfo Sergio Canas, Serbge Van Themsche, Thibault Desteract,, Woo Dong 1, Xavier Boisgontier, Yves Robert Alfred Antonini;

d) que, uma vez determinado o desmembramento do processo com relação às pessoas físicas supracitadas, sejam considerados notificados todos os Representados do Pólo passivo do presente Processo Administrativo; e

e) que sejam esses Representados intimados para que tomem ciência do exposto na presente Nota Técnica e para que sejam certificados acerca (i) do desmembramento do processo com relação às pessoas físicas supracitadas e (ii) do 4 prazo de defesa comum de 30 (trinta) dias, a ser contado em dobro, nos termos do art. 70 da Lei n. 12.529/2011 c/c o art. 191 do CPC, e a partir da publicação do DOU do despacho que acolher a presente Nota Técnica.”.

O trecho colacionado, além de afastar a alegação de que o ato impugnado padece de motivação adequada, demonstra que compromete a razoável duração do processo a continuidade de um mesmo processo contra todos os investigados, muitos dos quais até o momento, isto é, passado mais de um ano da sua instauração, ainda não foram localizados.

Por outro lado, não merece acolhimento o argumento de que a medida dificulta a defesa, na medida em que todos os interessados se manifestarão sobre as alegações e provas produzidas durante o processo. Além disso, não se proíbe que os investigados tenham acesso aos documentos e decisões proferidas no outro processo.

Não é pertinente a alegação de que o Réu deixou de adotar as medidas cabíveis para a identificação das pessoas que irão compor o novo procedimento sancionatório.

A esse respeito, o item II.3 da referida nota técnica (fls. 72/83) evidencia que o Réu adotou as providências cabíveis para a notificação de todos os representados, tanto que toda as pessoas jurídicas e muitas pessoas físicas foram intimadas.

Não foi possível, até o momento, a notificação de todos os representados, em virtude dos seguintes motivos (fls. 85/86):

“11.3.2 Das Notificações Não Cumpridas

28. em relação às pessoas físicas que foram inicialmente identificadas como notificação não cumprida, observa-se que a SG/Cade empreendeu os melhores esforços para localizar e notificar esses Representados. para tanto, valeu-se de pesquisa nos bancos de dados a que tem acesso, solicitou informações de suas empregadoras e ex-empregadoras, e, ao final, ainda oficiou7 o INSS solicitando dados e endereços de tais Representados.

29. Trata-se do observado em relação aos Representados Agenor Marinho Contente Filho; Antoine Rivere; Antonio Oporto, Begofia Garcia Várquez, Bertrand Delpierre, Bertrand Lenne, Cesar Ponce de Leon, Dik Schonberger, Edson assini, Herbert Hans Steffen, Jean Marc de Reviere, Katharine Edge, Laurent Lumbroso, Maria aparecida R. Bartholetti, Michele Viale, Patrick Houlgatte, Robert Weber, Rodolfo Sérgio Canas, Thibault Desteract. Xavier Bosgontier, Yves Robert Alfred Antonini.

30. Em relação a tais Representados, além dos pontos já esclarecidos na Tabela 2 acima, cumpre destacar que, quanto ao Representado Edson Assini, observa-se que o INSS retornou com dois homônimos, Assim, entende-se ser necessária a realização de diligências adicionais para verificar qual a pessoa corretamente integrar o polo passivo. Assim, sugere-se que seu status seja considerado como não cumprido.

11.3.3 Dos Representados identificados como “Exterior”

31. Como já apontado acima, a SG/Cade realizou uma série de diligências para localizar os Representados integrantes do polo passivo, sendo que, como resultado de tais atos, várias empregadoras e ex-empregadores, ou mesmo o INSS, especificaram endereços de Representados no exterior. Portanto, foram enquadrados inicialmente em tal status os Representados com endereços identificados no exterior.

32. Trata-se do observado em relação aos Representados Amador Francisco Rodriguez Penin, Ana Giros, Barry Howe, Denis Girault, Friedrich Smaxwill, Geraldo Phillipe Hertz Filho, Juan Maria iniguez, Lothar Dill, Ludwing Scheele, Michael Kerling, Peter Rathgeber, Woo Dong 1k, Felix Fernandez, Fernando Arizmendi, German Corho Garcia, Ibon Garcia, Migo Celigueta, Jose Alcaide Moreno, Luis Giral e Serge Van Themsche.

33. Quanto a Amador Francisco Rodrigues Penin, observa-se que a notificação foi inicialmente cumprida no endereço profissional, mas, posteriormente, o INSS informou um outro endereço no exterior. Assim, ad cautelam, sugere-se seja considerada a notificação desse Representado como “exterior”.

35. Quanto ao Representado Geraldo Phillipe Hertz, embora o INS tenha indicado um endereço no Brasil, observa-se que o Aviso de Recebimento (AR) retomou como não cumprido, razão pela qual persiste o endereço profissional no exterior informado pela Alstom (fl. 3049).

11.3.4 Dos Representados identificados como “Exterior/Não cumprido”

36. Por fim, em análise à tabela acima, verifica-se que os Representados Álvaro Colomer e Miguel Sagarra foram identificados como “Exterior/Não cumprido”, tendo em vista que a ex-empregadora informou endereços no exterior, mas ressaltou que não tinha contatos com tais pessoas há mais de seis anos, razão pela qual não poderia assegurar a acurácia de tais endereços, razão pela qual esta 50/Cade entendeu, por cautela, considerá-la como “Exterior/Não cumprida”, a ensejar melhor análise de tais endereços no momento oportuno”.

A dificuldade de localização dos demais investigados não decorre de juízo açodado, visto que, repita-se já se passou mais de um ano desde a instauração do processo administrativo.

De mais a mais, é importante deixar claro que o Réu não deixará de tentar encontrar os demais representados e de, posteriormente investigá-los. Apenas o fará em outro processo.

Aliás, é oportuno destacar que a continuidade do processo, sem o seu desmembramento, até que todos os investigados fossem localizados, não condiz com o princípio da razoável duração do processo, já que, possivelmente, o processo se arrastaria durante anos até que todos os trâmites procedimentais fossem observados.

Por isso, concluo, neste exame de cognição superficial, que o Réu adotou as medidas cabíveis para a localização dos investigados, não tendo procedido com desídia.

Também não procede o argumento de que não se poderia admitir o processamento de forma separada das pessoas investigadas no cartel, por se tratar de litisconsórcio passivo necessário.

Não há dúvidas de que a definição do cartel passa pelo ilícito agrupamento de pessoas, mas isso não impõe que sejam investigadas no mesmo processo, visto que as normas legais referentes à formação de litisconsórcio passivo necessário não se aplicam aos processos administrativos de competência do CADE, à míngua de disposição legal que a preveja.

De todo modo, vale conferir as seguintes passagens extraídas da contestação ofertada pela Ré (fls. 354/355):

“23. No caso em análise, investiga-se a suposta formação e operação de um cartel, ilícito concorrencial complexo envolvendo múltiplas condutas/posturas individuais e coletivas, coordenadas ou disseminadas, num largo espaço de tempo. O que se deve analisar no presente feito é, portanto, se tais relações entre os membros do cartel são de tal magnitude que resultam numa ‘comunhão de direitos ou de obrigações’ que acarreta uma relação jurídica material incindível a ponto de gerar a necessidade da coexistência obrigatória como litisconsortes passivos da demanda.

24. Entretanto, pelo que se pode extrair da análise dos fatos objeto de investigação nos autos, a resposta há de ser negativa: ainda que o suposto cartel seja um ilícito conjunto (vários atores do mercado em ajuste/consenso), cada pessoa haverá dito participação própria (protagonista ou não), em período e sob condições diversas. Em outras palavras, cada agente haverá contribuído, à sua maneira, para a constituição de um contexto macro cujas atividades se enquadram nas hipóteses dos tipos dos artigos 20 e 21 da Lei n. 8.884/94 e do artigo 36 da Lei n. 12.529/2011.

25. Ou seja, o que poderia ser comum seria o contexto do ajuste, a existência do cartel: este ponto sim tenderá (ressalte-se a possibilidade de não ser) a ser reconhecido para todos os investigados no processo administrativo. Mas tal circunstância não se configura em direitos ou obrigações comunitárias: trata-se de circunstância fática, pano de fundo para o suposto desenvolvimento das práticas ilícitas (estas sim, como se disse acima, que serão analisadas no processo administrativo). Não há relação de direito material indivisível. logo acertado o Despacho n. 1652/2014, que acolheu a Nota Técnica n. 434/2014.

26. Ademais na pluralidade de indivíduos (pessoas físicas e jurídicas) no polo passivo do processo administrativo, certo é que a decisão final pode não ser homogênea para cada um deles (alguns podem ser absolvidos, outros condenados, as penas podem divergir a depender da participação nas condutas investigadas, etc): ou seja, não se trata de litisconsórcio unitário, não haverá a decisão da lide de modo uniforme para todas as partes (art. 47, CPC). Trata-se, pois, de litisconsórcio simples.

27.

Com efeito, a prática dos julgamentos realizados pelo CADE demonstra que, com muita frequência, em um mesmo processo administrativo, pessoas (físicas ou jurídicas) são condenadas enquanto outras são absolvidas, sendo sempre feita a individualização da conduta”.

Releva considerar que, de acordo com os atos impugnados, as investigações em relação às demais pessoas continuarão prosseguindo, de sorte que, no final das contas, as pessoas acusadas de integrarem o mesmo cartel estarão sendo investigadas pelo mesmo agente fiscalizador e ao mesmo tempo. Apenas o modo de se instrumentalizar essa investigação não será o mesmo, já que não integrarão, formalmente, o mesmo processo.

Não houve escolha aleatória das pessoas que serão investigadas em outro processo. Pelo contrário, a leitura da Nota Técnica SG/Cade n. 434/2014 denota que as pessoas excluídas do processo original são justamente aquelas não localizadas anteriormente, o que afasta a aleatoriedade na escolha.

Por fim, vale o registro de que a pretensão em análise já foi rejeitada judicialmente em outras oportunidades.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGADA ILEGALIDADE NO DESMEMBRAMENTO DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. CADE. 1. Em processos administrativos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, para apuração de eventual prática de cartel, não se aplicam as normas legais concernentes à formação de litisconsórcio passivo necessário com todas as pessoas havidas como autoras de condutas contrárias à ordem econômica. 2. A par da ausência de previsão de litisconsórcio necessário na legislação que disciplina a matéria (Leis 8.884/94 e 9.784/99), a natureza da relação jurídica também não impõe que o CADE tenha de decidir de modo uniforme para todos os supostos infratores (CPC, art. 47). É que, na espécie, dar-se-á, necessariamente, em função do princípio da individualização da pena, a apuração da responsabilidade personalizada de cada agente pela eventual prática ilícita, de modo que o julgamento individualizado afeta apenas a esfera jurídica daqueles que participaram do respectivo

processo. 3. Não há ilegalidade, portanto, no desmembramento de processos administrativos, ainda que relacionados ao mesmo fato sob investigação, o que, inclusive, se justifica, na espécie, em razão do número excessivo de representados (22 pessoas físicas e jurídicas) e do fato de que alguns deles residiam no exterior, o que estaria comprometendo negativamente o andamento da investigação, bem como retardando em demasia a solução do feito. Tal providência adotada pelo CADE, inclusive, teve o condão de imprimir maior celeridade ao andamento processual e, em consequência, prestigiar a garantia atinente à razoável duração do processo. 4. De outra parte, a reunificação dos processos acarretaria situação tumultuária, de molde a contribuir para a procrastinação quanto aos seus desfechos, em virtude dos estágios distintos em que eles se encontram. 5. Caso em que o Recorrente, ademais, não logrou demonstrar o alegado cerceamento de defesa, que teria sido motivado pela continuidade da tramitação dos feitos em separado, uma vez que ele, mesmo residindo no exterior, vem tendo acesso às informações produzidas na investigação administrativa, tanto é que apresentou defesa prévia, além de ter sido notificado para especificar as provas que pretende produzir, em observância às normas da Lei 8.884/94. 6. Agravo regimental desprovido. (AGA 0060101-23.2009.4.01.0000/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, QUINTA TURMA, e-DJF1 p. 246 de 03/11/2010).

Por não vislumbrar as ilegalidades no tocante ao desmembramento do Processo Administrativo 08700.004617/2013-41, a medida requerida não será concedida.

Com essas considerações, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

No caso dos autos, não há que se confundir a alegada ausência de fundamentação com o não acolhimento dos argumentos esposados pela parte agravante, por parte da decisão agravada.

Os argumentos postos foram rejeitados em decisão fundamentada.

As suas razões, conforme visto, são mais que suficientes e devidamente embasadas nos autos, considerando o momento próprio de cognição sumária, razão pela qual, firme nos seus mesmos fundamentos, não diviso elementos que justifiquem a sua reforma.

Indefiro, portanto, a atribuição do efeito suspensivo.

Dispensado o envio de informações pormenorizadas.

Intime-se a parte agravada para apresentar sua defesa, nos termos do art. 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Brasília, 9 de outubro de 2015.

Juíza Federal *Hind Ghassan Kayath*, relatora convocada.

Agravo de Instrumento 0052724-88.2015.4.01.0000/AM

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
 Agravante: Erivan Afonso Menezes Calderaro
 Advogados: Dr. Rodrigo Fernando de Almeida Oliveira e outros
 Agravada: Nathalie Rocha Pinheiro Lemos Sobral
 Advogados: Dr. João Antonio da Silva Tolentino e outros
 Publicação: e-DJF1 de 14/10/20150, p. 629

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Erivan Afonso Menezes Calderaro contra decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Justiça Federal no Amazonas que deferiu pedido de antecipação de tutela determinando o imediato sobrestamento da ordem de remoção da autora Nathalie Rocha Pinheiro Lemos Sobral e que ela fique respondendo interinamente pela Escrivania de Iranduba/AM, enquanto não realizado concurso público de provas e títulos e designado o delegatário concursado para ocupar a serventia extrajudicial da referida comarca.

2. Sustenta preliminarmente a) a incompetência da Justiça Federal para o julgamento de ação em face de ato do Conselho Nacional de Justiça; b) litispendência e coisa julgada, porquanto o MS 29.577 impetrado pela agravada

no STF possui o mesmo objeto da presente ação e c) sua legitimidade para ingressar na demanda como litisconsórcio necessário, pois a medida antecipatória repercute na sua esfera pessoal, uma vez que determinou a continuidade da autora no Cartório Judicial e Anexos da Comarca de Iranduba/AM para o qual ele prestou concurso e encontra-se exercendo a titularidade.

3. No mérito, alega que a permuta da agravada para o Cartório Extrajudicial de Iranduba/AM ocorreu de forma irregular no ano de 2005, tendo em vista que foi realizada sem concurso público, em afronta ao art. 236 da CF/1988, conforme decidido em mandado de segurança pelo STF. Assevera que a Resolução 80 do CNJ em seu art. 3º, § 1º, possibilita a cessação da interinidade antes da assunção da respectiva unidade pelo atual delegado por decisão administrativa motivada e individualizada proferida pelo Tribunal de Justiça do estado ou ainda pela Corregedoria Nacional de Justiça.

4. Afirma que por meio de concurso público em 1990 ingressou no Poder Judiciário do Estado do Amazonas como escrivão do Cartório Judicial e Anexos da Comarca de Iranduba, tendo sido removido irregularmente por permuta em 2005 para a Comarca de Caapiranga, permuta esta declarada nula pelo STF no MS 29.577. Conclui, portanto, que possui direito líquido e certo de exercer a titularidade da serventia judicial e extrajudicial de Iranduba/AM. Aduz que foi assegurado à agravada o contraditório e a ampla defesa no processo do CNJ, tendo ela inclusive formulado pedido de reconsideração, o qual foi negado, tendo sido determinado seu imediato retorno à serventia de Caapiranga. Explica que o MS 4002782-36.2014.8.04.0000 tinha por objeto atos emanados pelo antigo presidente do Tribunal de Justiça do Amazonas e que a decisão que determinou a remoção da autora é da atual Presidente Desembargadora Graça Figueiredo em cumprimento às determinações do STF e do CNJ, porquanto os efeitos daquele mandado de segurança não alcançam este novo ato.

5. Requer a revogação da liminar concedida, pois presente perigo na demora inverso, uma vez que está em vias de ser destituído do cartório para o qual prestou concurso e no qual já se encontra há mais de três meses, não havendo falar em prejuízo à sociedade e à coletividade, posto que os serviços estão sendo regularmente prestados.

É o relatório. Decido.

6. A competência para a ação originária é da Justiça Federal, de acordo com entendimento pacificado do STF. Nesse sentido:

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (ART. 535 DO CPC). AÇÃO PROPOSTA CONTRA O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ART. 102, I, "R", DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. De acordo com o estatuído no art. 535 do Código de Processo Civil, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição ou omissão da decisão atacada. Impossibilidade de rediscutir questões já decididas.

2. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmada inclusive por decisão unânime do Plenário, é no sentido de que as "ações" a que se refere o art. 102, I, "r", da Constituição, são apenas as ações constitucionais de mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e habeas corpus (AO 1706 AgR/DF, Min. Celso de Mello, Dje de 18.02.2014). As demais ações em que se questionam atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ ou do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP submetem-se, conseqüentemente, ao regime de competência estabelecido pelas normas comuns de direito processual, com as restrições e limitações previstas nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei 8.347/92 e art. 1º da Lei 9.494/97.*

3. Embargos de declaração opostos pelos demandantes rejeitados. Embargos de declaração opostos pela União providos para conhecer do agravo regimental e negar-lhe provimento.

(AO 1679 AgR-ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 16-12-2014 PUBLIC 17-12-2014)

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ART. 102, I, R, DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. *Não se enquadra na competência originária do Supremo Tribunal Federal, de que trata o art. 102, I, r, da CF, ação de rito comum ordinário, promovida por detentores de delegação provisória de serviços notariais, visando à anulação de atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ sobre o regime dos serviços das serventias (relação de vacâncias, apresentação de balancetes de emolumentos e submissão a teto remuneratório).*

2. Agravos regimentais improvidos.

(ACO 1680 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 28-11-2014 PUBLIC 01-12-2014)

Grifo nosso

7. Quanto à alegação de litispendência e coisa julgada, o MS 29.577 e a ação originária possuem objetos distintos. O MS 29.577 questionava decisão do CNJ que considerou inválida a permuta da agravada para a Comarca de Iranduba/AM, desconstituindo o ato de sua nomeação para aquela comarca. Já a ação de origem impugna ato da Corregedora Nacional de Justiça que determinou sua imediata vacância da Escrivania de Iranduba/AM.

8. Com relação à legitimidade do agravado para ingressar na demanda como litisconsórcio necessário, esta ainda será analisada pelo juízo *a quo*, cabendo nesse recurso apenas a análise de sua legitimidade recursal. De fato, o agravado demonstrou que a decisão agravada atinge seu direito de permanecer no cartório da Comarca de Iranduba para a qual foi nomeado originariamente, tendo em vista que foi determinado que a agravada responda interinamente por esta mesma comarca.

9. Avanço ao mérito.

10. O juízo de origem deferiu a antecipação de tutela, fundamentando que o ato da Corregedoria Geral do CNJ não franqueou o contraditório à autora; que no MS 29.577 não houve qualquer comando do STF determinando o imediato retorno de Nathalie Rocha Pinheiro Lemos Sobral para a Comarca de Caapiranga/AM e que assim agindo o CNJ foi além do disposto na Resolução 80 a qual permite a permanência dos atuais responsáveis interinamente até a assunção da respectiva unidade por delegado que tenha sido aprovado em concurso público de provas e títulos. Entendeu, ainda, que a matéria já estava jurisdicionalizada pela impetração do MS 400278-36.2014.8.04.0000, o que impediria a atuação do CNJ.

11. A Resolução 80 do CNJ assim dispôs:

Art. 1º É declarada a vacância dos serviços notariais e de registro cujos atuais responsáveis não tenham sido investidos por meio de concurso público de provas e títulos específico para a outorga de delegações de notas e de registro, na forma da Constituição Federal de 1988;

§ 1º Cumprirá aos respectivos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios elaborar lista das delegações vagas, inclusive aquelas decorrentes de desacomulações, encaminhando-a à Corregedoria Nacional de Justiça, acompanhada dos respectivos títulos de investidura dos atuais responsáveis por essas unidades tidas como vagas, com a respectiva data de criação da unidade, no prazo de quarenta e cinco dias.

§ 2º No mesmo prazo os tribunais elaborarão uma lista das delegações que estejam providas segundo o regime constitucional vigente, encaminhando-a, acompanhada dos títulos de investidura daqueles que estão atualmente respondendo por essas unidades como delegados titulares e as respectivas datas de suas criações.

Art. 2º. Recebidas as listas encaminhadas pelos tribunais, na forma do artigo 1º e seus parágrafos, a Corregedoria Nacional de Justiça organizará a Relação Provisória de Vacâncias, das unidades vagas em cada unidade da federação, publicando-as oficialmente a fim de que essas unidades sejam submetidas a concurso público de provas e títulos para outorga de delegações.

Parágrafo único - No prazo de 15 (quinze), a contar da sua ciência, poderá o interessado impugnar a inclusão da vaga na Relação Provisória de Vacâncias, cumprindo à Corregedoria Nacional de Justiça decidir as impugnações, publicando as decisões e a Relação Geral de Vacâncias de cada unidade da federação.

Art. 3º Fica preservada a situação dos atuais responsáveis pelas unidades declaradas vagas nesta resolução, que permanecerão respondendo pelas unidades dos serviços vagos, precária e interinamente, e sempre em confiança do Poder Público delegante, até a assunção da respectiva unidade pelo novo delegado, que tenha sido aprovado no concurso público de provas e títulos, promovido na forma da disposição constitucional que rege a matéria.

§ 1º A cessação da interinidade antes da assunção da respectiva unidade pelo atual delegado apenas será possível por decisão administrativa motivada e individualizada, que poderá ser proferida pelo Tribunal de Justiça dos Estados, ou do Distrito Federal e Territórios a que estiver afeta a unidade do serviço, ou, ainda, pela Corregedoria Nacional de Justiça.

12. Cumprindo o comando da resolução supracitada, o CNJ considerou irregular a permuta e determinou o seu retorno à serventia de origem. A agravada, então, impetrou mandado de segurança no STF (MS 29.577), o qual foi negado, tendo sido considerado ilegítimo o provimento de serventia extrajudicial, sem concurso público, decorrente de remoção por permuta, com ofensa ao art. 236, § 3º, da CF/1988. Consequentemente, o Tribunal de Justiça do Amazonas editou ato (Ato 613/2014-PTJ) anulando a permuta e determinando o retorno da serventária Nathalie para a Comarca de Caapiranga/AM. Contudo, tal ato foi anulado no MS 400278-36.2014.8.04.0000 por lhe faltar fundamentação e individualização. Não obstante, a ora agravada também formulou pedido de reconsideração no CNJ contra a decisão do então presidente do Tribunal de Justiça do Amazonas que anulou a remoção por permuta, o qual foi julgado prejudicado diante do julgamento do mérito da questão pelo STF no MS 29.557 e respondendo a questionamento da atual presidente do TJAM foi determinado que se cumprisse a decisão anterior

do CNJ confirmada pelo STF, devendo a serventuária retornar ao cargo de origem no prazo de 45 dias. Assim, novo ato foi publicado (Ato 419/2015-PTJ) devidamente fundamentado e individualizado, citando, inclusive processo administrativo (2015/10493-TJAM).

13. Desse modo, percebe-se que não há falar em ausência de contraditório e ampla defesa. A agravada pode exercer seu direito à defesa tanto administrativamente quanto judicialmente.

14. O CNJ não poderia, de fato, declarar válido o ato anulado (Ato 613/2014-PTJ) no MS 400278-36.2014.8.04.0000, uma vez que houve decisão judicial nesse sentido. Contudo, no Pedido de Providências 0003316-60.2014.2.00.0000 ele apenas ratificou decisão anterior do próprio conselho, que determinara o retorno de Nathalie ao cargo de origem.

15. O novo ato publicado (Ato 419/2015-PTJ), numa análise perfunctória, está em consonância com o § 1º do art. 3º da Resolução 80/CNJ, que permite a cessação da interinidade por decisão administrativa motivada e individualizada proferida pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado.

16. Ademais, o *caput* deste art. 3º permite a permanência dos atuais responsáveis interinamente até a assunção da respectiva unidade por delegado que tenha sido aprovado em concurso público de provas e títulos, no intuito de evitar a descontinuidade do serviço público ou o provimento provisório sem concurso público, mas, no caso dos autos, houve permuta entre dois serventuários, que, se anulada, não causa essa descontinuidade no serviço, vez que o antigo titular retorna ao seu cargo de origem. O agravado, inclusive, informa que já retornou à sua comarca de origem, encontrando-se na titularidade da Comarca de Iranduba/AM, o que foi confirmado por notícia do próprio TJAM (disponível em: <http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com_qcontacts&view=pessoa&id=254>).

17. Há, assim, perigo de mora inverso, tendo em vista que o cumprimento da decisão agravada implicaria em nova remoção do agravante para comarca diversa daquela a que faz jus por aprovação em concurso público, em afronta ao art. 236, § 3º, da CF/1988 e às decisões do STF e do CNJ. Além do que, não há que se falar em titularidade interina na Escrivania de Iranduba/AM, com conseqüente designação até a designação de delegatário para ocupar a serventia extrajudicial da referida comarca, pois há titular exercendo a titularidade da escrivania de forma regular e válida.

18. Para concessão dos efeitos da antecipação da tutela, imperiosa a comprovação concomitante da relevância do fundamento, consubstanciada na plausibilidade e verossimilhança do direito deduzido, e a possibilidade de ocorrência de grave e difícil reparação pela demora na solução final da lide, o que não ficou comprovado nos autos originários.

19. Diante do exposto, *dou provimento ao agravo de instrumento para cassar a decisão que concedeu a antecipação de tutela.*

20. Inclua-se a União no polo passivo do recurso.

Publique-se. Intimem-se. Comunique-se ao juízo de origem.

Brasília, 7 de outubro de 2015.

Juiz Federal *Cleberson José Rocha*, relator convocado.

Petição 0033740-56.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
Requerente: Fundação Universidade de Brasília – FUB
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Requerido: Sindicato dos Trabalhadores da Fundação Universidade de Brasília – Sintfub
Advogados: Dr. José Luis Wagner e outros
Publicação: e-DJF1 de 19/10/2015, p. 1.169

Decisão

A Fundação Universidade de Brasília – FUB requer a majoração da multa já fixada para o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em razão de o Sintfub haver novamente ocupado as áreas de acessibilidade aos edifícios e instalações do *Campus* Universitário Darcy Ribeiro, em flagrante descumprimento à ordem judicial proferida nestes autos.

De fato, desde 02/07/2015, já havia deferido a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar que os participantes do movimento grevista deflagrado nas dependências da requerente tomem as medidas necessárias para desobstruir o acesso e o normal funcionamento dos seus prédios e instalações, bem como ordem inibitória para que o movimento supracitado não turbe a posse da FUB (obrigação de não fazer), sob pena de cominação de pena de multa ao sindicato réu no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia de descumprimento da ordem judicial.

Em 05/08/2015, deferi o pedido de extensão da ordem antes concedida a todos os edifícios e instalações (Faculdade do Gama, Faculdade de Planaltina, Faculdade de Ceilândia, Fazenda Água Limpa da UnB, Hospital Veterinário (pequeno porte), Hospital Veterinário (grande porte), Editora UnB, Hospital Universitário – HUB, Casa da América Latina – CAL, Centro de Pesquisa e Aplicação de Bambu e Fibras Naturais – CPAB), sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00, por dia de descumprimento.

A despeito das ordens judiciais anteriormente proferidas, verifica-se pelos documentos juntados pela FUB, extraídos de *sites* de notícias, onde, já agora no mês de setembro, o coordenador geral do sindicato expressamente admitiu que “fechamos a entrada da Reitoria e do Centro de Processamento de Dados para que ninguém possa entrar nesses recintos”, que o Sintfub apresenta-se resistente em cumprir o comando judicial emanados dessas decisões, impondo-se a devida reparação.

Assim postos os fatos, *defiro em parte o pedido de majoração da multa já fixada, para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)*, por dia de descumprimento da decisão que deferiu a antecipação da tutela recursal, de modo a cessar, imediatamente, os impedimentos ao acesso e normal funcionamento dos prédios e instalações dos *campi* da FUB.

Intime-se, com urgência, o Sindicato dos Trabalhadores da FUB para fiel cumprimento.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 9 de outubro de 2015.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

Agravo e Instrumento 0047523-18.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
 Agravante: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE
 Advogados: Dr. Rafael Villar Gagliardi e outro
 Agravada: Eletrosul Centrais Elétricas S/A
 Advogados: Dr. Fabiano Marcos Zwicker e outro
 Publicação: e-DJF1 de 19/10/2015, p. 1.157

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) contra decisão proferida em ação de rito ordinário ajuizada pela Eletrosul Centrais Elétricas S/A que deferiu, em parte, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, nos seguintes termos (cito):

[...] À vista do exposto, e recebendo as emendas à petição inicial apresentadas (fls. 1.103/1.116, 1.120/1.142 e 1.144/1.146), *defiro, em parte, inaudita altera pars, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para, suspendendo os efeitos da 796ª Reunião do Conselho de Administração da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, determinar a esta que se abstenha de exigir, a título de liquidação dos aportes mensais, os valores relativos às decisões judiciais concedidas em ações das quais a acionante não faça parte, bem como de lhe aplicar qualquer sanção daí decorrente, até o julgamento da lide [...]* (grifos originais).

O juízo *a quo* assim decidiu por entender — quanto ao pedido complementar apresentado —, verossímil a alegação de ser desarrazoada a decisão tomada na 796ª Reunião do Conselho de Administração da CCEE, exposta no Comunicado CO – cumprimento de decisão liminar favorável a Santo Antônio Energia S.A., a qual imputa aos demais integrantes do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE o ônus de decisões judiciais em processos nos quais não são partes, seja em razão de tais decisões não determinarem que as associadas substituídas suportassem esse encargo, seja em razão de os atos decisórios gerarem efeitos *inter partes*, isso porque, nas palavras do julgador, é defeso beneficiar ou prejudicar terceiros, nos termos do art. 472 do CPC (fl. 1.224). Também reconheceu a existência do perigo na demora, evidenciado na significativa repercussão negativa da aludida decisão no equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual das substituídas com a Administração Pública, a afetar, inclusive, as suas posições de mercado e subsistência.

Sustenta a agravante, por sua vez, em preliminar, a perda do objeto da ação pela superveniência da Medida Provisória 688/2015. No mérito, alega que a Eletrosul deixou de trazer aos autos alguns elementos essenciais para a correta compreensão do tema, capazes de alterar o entendimento da questão. Isso porque, em síntese: (i) há fundamento legal para a alocação do rateio dos valores devidos por outros agentes que tiveram decisões liminares limitando sua contribuição no MRE, fundamento no qual se respalda a decisão tomada pelo Conselho de Administração da CCEE; (ii) é da lógica de mercado do setor elétrico brasileiro que o impacto decorrente da isenção de pagamento de um determinado agente, num sistema interligado, como o nosso, tenha de ser alocado aos seus demais participantes, sob pena de inviabilização do próprio mercado; (iii) inexistente violação ao artigo 472 do CPC, uma vez que o rateio dos valores devidos em razão de decisão judicial concedida a outros agentes não decorre da decisão judicial em si, mas, sim, das regras do mercado, as quais a agravada conhece de há muito; (iv) o Conselho de Administração da CCEE decidiu da mesma forma a questão para as demais liminares concedidas a integrantes do MRE, adotando rigorosamente o mesmo tratamento ora atacado, tendo tal decisão sido normalmente publicada e cumprida sem qualquer contestação da agravada ou de qualquer outro agente do mercado; (v) deixaram de mencionar que existe consulta pública sobre o tema e os próprios agentes participantes do mercado requereram que a CCEE cumprisse a decisão exatamente da forma como agora é contestada; (vi) o *periculum in mora* é inverso e, atualmente, encontra-se concretizado pelo fato de existirem mais de nove ações judiciais que ameaçam a paralisia do mercado de energia elétrica brasileiro.

Além disso, aduz a recorrente que a Nota Técnica 38/2015, emitida pela Superintendência de Regulação Econômica e Estudos de Mercado da Aneel, em 19/05/2015, expôs esclarecimentos que demonstram a falta de fundamento jurídico e fático nos argumentos sustentados pela agravada, dentre eles (fl. 17):

Despacho fora da ordem de mérito: a geração termelétrica fora da ordem de mérito de custo por despacho do ONS – Operador Nacional do Sistema está prevista oficialmente pela administração pública na Resolução da Câmara de Gestão da Crise Energética nº 109, de 24 de janeiro de 2002. E em relação à geração termelétrica fora da ordem de mérito de custo por decisão do CMSE, encontra-se previsto na Resolução do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE nº 8, de 20 de dezembro de 2007, quase integralmente substituída pela Resolução CNPE nº 3, de 6 de março de 2013. Também a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, prevê que a operação do sistema deverá considerar mecanismos de segurança operativa, podendo incluir curvas de aversão ao risco de déficit de energia. Ademais, tais despachos implicam em um deslocamento hidráulico, ou seja, a água que seria utilizada para a geração hidráulica em determinado momento é aprovionada no reservatório das hidrelétricas para ser utilizada no momento seguinte, configurando-se uma simples alocação temporal da utilização do recurso (potencial hidráulico), de modo a desacelerar o deplecionamento (esvaziamento) dos reservatórios em cenário de escassez de energia armazenada, sem que isso necessariamente implique perda financeira no horizonte em que esse tipo de despacho é executado. No primeiro instante a geração total do MRE é inferior por conta do deslocamento, enquanto no segundo instante a geração total do MRE é superior, dado que água (potencial hidráulico) foi armazenada nos reservatórios das hidrelétricas.

Mudança da Matriz Energética: para demonstrar a fragilidade desse argumento, suponhamos que, por hipótese, que o consumo nacional no ano de 2004 fosse de 100 MWmed, atendido com 90,7 MWmed de geração hidráulica e 9,3 MWmed de geração térmica. Tal composição leva aos 9,3% de atendimento com termelétrica no ano de 2004. Para facilitar nosso exemplo, supõe-se a garantia física das usinas hidráulicas sendo de 90,7 MWmed, o que nos levaria o GSF ser de 100% (90,7 / 90,7). Passados 10 (dez) anos, o consumo subiu para 150 MWmed, sendo que foi observada a mesma hidrologia de 2004. A matriz energética para suportar esse novo consumo foi ampliada somente com base na geração termelétrica, passando o atendimento ser composto de 90,7 MWmed de geração hidráulica e 59,3 MWmed de geração termelétrica. Nesse novo cenário, apesar de a participação da geração termelétrica passar para 39,53% do consumo nacional (59,3/150), o GSF se manteve em 100% (90,7/90,7), demonstrando que a modificação da matriz energética não traz impacto direto no parâmetro GSF. Mesmo que a modificação da matriz energética pudesse alterar o parâmetro GSF, é fato que essa modificação era absolutamente esperada dado que é possível os agentes setoriais obterem indicativos dessa mudança com muitos anos de antecedência de

forma a se prepararem em termos contratuais. Tais indicativos podem ser obtidos por meio do Plano Decenal de Expansão de Energia, publicado pelo Ministério de Minas e Energia, o qual, com 10 anos de antecedência, proporciona uma visão integrada da expansão da demanda e da oferta de diversos energéticos no país. Além dele, o Plano da Operação Energética – PEN, do NOS, tem como objetivo apresentar as avaliações das condições de atendimento ao mercado previsto de energia elétrica do SIN para o horizonte do planejamento da operação energética, cinco anos à frente. Não bastassem, os leilões A-5 e A-3 são realizados, respectivamente, com cerca de 5 e 3 anos de antecedência ao início do período de entrega de energia.

Energia de Reserva: esse tipo de contratação encontra respaldo no arcabouço legal do setor elétrico (Lei nº 10.848, de 2004, arts. 3º e 3º-A; Decreto nº 5.177, de 2004, arts. 1º e 2º; Decreto nº 6.353, de 2008) e, segundo, porque a energia de reserva ao não conferir garantia física (lastro) aos vendedores e compradores de energia elétrica, se caracteriza como um recurso necessário a substituir uma garantia física ineficaz. Essa é umas das conclusões de Auditoria do Tribunal de Contas da União – TCU (Relatório TC 012.949/2013-2. Diante dessas constatações, a contratação de energia de reserva pelo Poder Concedente, permitiu a manutenção da garantia física total do sistema e de cada gerador. Manter a garantia física de cada gerador é garantir a manutenção da sua receita, dado que a garantia física corresponde ao lastro capaz de ser comercializado. Em termos práticos, não contratar energia de reserva e, portanto, conduzir a um GSF menor, teria a contrapartida de reduzir a garantia física de cada empreendimento e, portanto, a capacidade de auferir receita pela comercialização de sua garantia física.

Atrasos no Sistema de Transmissão: os atrasos de transmissão que impedem a entrada em operação comercial de outras fontes (térmicas e eólicas), contribuem positivamente para o GSF – e não negativamente, como expôs a Agravada, pois, caso essas fontes fossem atualmente disponíveis, o deslocamento hidráulico seria maior. Ademais, os atrasos de transmissão que impedem a entrada em operação de usinas hidráulicas tem efeito nulo, ao retirar a geração não realizada e também a garantia física, ambos os parâmetros que compõe o cálculo do GSF.

Decretação de Racionamento: a depender da hidrologia pós racionamento, o seu resultado para o gerador é absolutamente incerto. Na decretação de racionamento de energia elétrica, os contratos por quantidade firmados teriam seus volumes ajustados na proporção da redução do consumo verificado (Art. 22 da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004) e que a redução do consumo se daria de forma compulsória, em níveis definidos pelo Governo. Ocorre que a redução contratual somente traria efeitos nos contratos firmados no Ambiente de Contratação Regulada – ACR, que é apenas parte do mercado total, enquanto a redução da carga se daria sobre carga total do sistema, portanto, muito superior ao montante dos contratos por quantidade do ACR. Com a redução das quantidades contratadas os agentes teriam uma menor exposição aos efeitos do GSF. Por outro lado, a carga a ser atendida no sistema serai inferior, por conta da redução compulsória, sendo atendida pelo mesmo montante de energia de outras fontes e uma geração reduzida em usinas hidrelétricas (visando recuperar o nível dos reservatórios), levando a redução do parâmetro GSF. Ademais, não é cabível imaginar a decretação de um racionamento de energia elétrica, com todas suas consequências para a economia e a coletividade, considerando a existência de recursos (oferta disponível) suficientes para o atendimento do consumo.

Requer, assim, atribuição de efeito suspensivo ao agravo e, no mérito, o provimento do agravo.

Relatados, decido.

Em outro agravo (AI 0039583-02.2015.4.01.0000), interposto pela Cesp, proferi decisão deferindo a tutela de urgência pleiteada no sentido de determinar que a União e a Aneel se abstivessem de acrescer à cota de aporte de garantia financeira, eventualmente devida pela agravante, os valores decorrentes das decisões judiciais que beneficiaram outras empresas. Confira-se a decisão na íntegra:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Companhia Energética de São Paulo – CESP contra decisão proferida em ação cautelar incidental que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, no qual se pleiteava a suspensão da exigência de aporte financeiro da ordem de R\$ 87.280.127,27, previsto para se efetivar na data de hoje, 21/07/2015, na contabilização de junho de 2015 no âmbito do MRE.

Relata a agravante que, em 20 de julho de 2015, ajuizou medida cautelar nominada com pedido de liminar em face da ANEEL e da União, ora agravadas, objetivando a suspensão da exigência de aporte financeiro da ordem de R\$ 87.280.127,27, nos seguintes termos:

[...]

Esclareceu, ainda, que a própria CCEE teria afirmado, em correspondência enviada a ora agravante, que o valor por ela divulgado na liquidação referente ao mês de Junho/2015 contém efeitos financeiros das ações judiciais que beneficiam as empresas que obtiveram decisões judiciais, limitando a aplicação do fator GSF no âmbito do MRE.

No referido documento, a CCEE teria esclarecido, ainda, que os agentes não detentores de decisões em ações judiciais que limitem a aplicação do fator GSF são impactados a débito e que a CESP, ora agravante, por esse motivo, suportará débito no valor de R\$ 135 milhões.

E mais. Nos relatórios expedidos pela CCEE dentre os meses de janeiro a maio do corrente ano, o valor indicado pela CCEE seria significativamente maior do que aqueles que a agravante tem suportado no ambiente do MRE (cito):

Jan – Aporte zero (CESP credora);

Fev – Aporte de R\$ 5.919.017,00;
Mar – Aporte de R\$ 30.896.939,39;
Abr - Aporte zero (CESP credora);
Mai - Aporte zero (CESP credora).

Neste aspecto, a agravante teria demonstrado o alegado temor, na medida em que no dia 21/07/2015 deverá aportar o valor de R\$ 87.280.127,27, valor esse MUITO superior à proporcionalidade de suas garantias físicas, o que significa que estará respondendo pelas garantias físicas de outros participantes do MRE.

Relatados, decido.

A assertiva da CESP quanto aos fatos, segundo ela mesma alega, estaria amparada nas informações prestadas pela CCEE, juntadas aos autos pelos documentos enumerados de 8 a 9, nos quais se relaciona a evolução dos aportes de garantias prestados pela agravante, em que se exigiria no mês de junho/2015, R\$ 87 milhões.

De fato, existe nos autos informação da Administração Pública (fls. 147/148) que certifica que a evolução do valor de R\$ 5.919.017,00 (fls. 153 dos autos digitais), devido em 17/03/2015, para R\$ 87.280.127,27 (fls. 162 dos autos digitais), devido em 16/07/2015, corresponde ao aumento da cota de aporte de garantia financeira da agravante em razão de decisões judiciais em favor de outras empresas, fato que o próprio juízo a quo, na decisão que indeferiu a liminar pretendida, expressamente admitiu (cito):

[...] cobrir o déficit de outras geradoras, cujos “débitos” foram limitados por liminares judiciais, está em vias de se tornar também “devedora” e ter que arcar com um “débito” de aproximadamente 87 milhões de reais [...]

Portanto, verifico prova suficiente para análise da matéria.

Obviamente a empresa não pode suportar a consequência de decisões judiciais das quais não foi parte. Da mesma forma, é também evidente que os órgãos judiciais que concederam liminares para diminuir o aporte de garantia financeira de outras empresas, não pretendiam que a Administração repassasse o débito para as empresas que, à semelhança da agravante, não obtiveram tais liminares.

Portanto, já agora entendo plausível a irrisignação da agravante quanto a não se ver colocada na posição de suportar incremento em suas obrigações que decorre de decisões judiciais nas quais não tenha sido parte.

Isso considerado, DEFIRO, PARCIALMENTE, a tutela de urgência pleiteada no sentido de determinar que as agravadas se abstenham de acrescer à cota de aporte de garantia financeira, eventualmente devida pela agravante, os valores decorrentes das decisões judiciais que beneficiaram outras empresas ao excluir ou diminuir o valor por elas devido, na proporção que possa repercutir nas suas obrigações (da agravante).

No caso dos autos, da mesma maneira, entendo que as usinas não podem suportar a consequência de decisões judiciais das quais não foram parte. É evidente que os órgãos judiciais que concederam liminares para diminuir o aporte de garantia financeira de outras empresas não pretendiam que a Administração repassasse o débito para as empresas que não obtiveram tais liminares.

Assim, considerado o contexto conformado pelo quadro surgido após as decisões judiciais que beneficiaram outros agentes e, sobretudo, tendo em vista que a Administração resolveu, por assim dizer, *punir* as empresas que não foram agraciadas com decisões judiciais favoráveis, fazendo-as suportar toda a repercussão financeira de decisões judiciais, entendo que o melhor é, em benefício do princípio da isonomia, conferir às usinas que assim o pleitearem, o mesmo direito alcançado pelas empresas e geradoras do sistema hidrelétrico em outras decisões judiciais.

Tudo considerado, *indefiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo*, até o julgamento de mérito da ação originária ou deste recurso, o que ocorrer primeiro.

Intime-se o agravado para, querendo, apresentar resposta (CPC, art. 527, V).

Comunique-se, com urgência, ao juízo *a quo*.

Publique-se.

Brasília-DF, 9 de outubro de 2015.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

Agravo de Instrumento 0051382-42.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
 Agravante: Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS
 Advogados: Dra. Elusa Moreira Barroso e outros
 Agravada: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Publicação: e-DJF1 de 19/10/2015, p. 1.189

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS contra decisão proferida em ação de rito ordinário que indeferiu pedido de antecipação de tutela que objetivava a suspensão da exigibilidade da multa que lhe fora aplicada, por meio do Auto de Infração 83/2014-SFE, independentemente de oferecimento de garantia, de forma a impedir a sua inscrição no cadastro de inadimplentes da Aneel, no Cadin, na Dívida Ativa da União ou qualquer outro cadastro (fls. 461-467).

Sustenta o requerente o não cabimento da penalidade aplicada, seja pela ausência de previsão legal que permita à Aneel aplicar-lhe tal penalidade pecuniária, seja pela ausência de mecanismo definido pela agência reguladora para a arrecadação dos fundos necessários para o pagamento de eventual multa.

Requer a agravante seja deferida a antecipação da tutela recursal para o fim de suspender, até o final da presente ação, a exigibilidade da multa aplicada e de impedir que a Aneel mantenha a sua inscrição no cadastro de inadimplentes, bem como efetue a futura inscrição no Cadin. No mérito, o provimento integral do agravo.

É o relatório. Decido.

A princípio, vislumbro plausibilidade do direito invocado por pelo menos duas razões: (a) ilegitimidade de aplicação de multa por parte da Aneel em relação ao ONS; (b) ausência de fonte de custeio para fazer frente à multa aplicada.

De fato, a Lei 9.427/1996 previu no seu art. 3º, inciso X, a possibilidade de a Aneel aplicar multa apenas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, não incluindo o ONS dentre os sujeitos passíveis de aplicação de tal penalidade, o que, por sua vez, foi acrescentado pela Resolução Normativa Aneel 63/2004, sugerindo possibilidade de extrapolação normativa deste ato secundário.

Por outro lado, a própria legislação aplicada à espécie veda de fato a possibilidade de transferência do valor da multa por parte de quem foi sancionado em desfavor dos consumidores. No caso do ONS, surge daí uma dificuldade eventualmente incontornável, já que grande parte de seus recursos financeiros provém de tarifas cobradas dos consumidores finais.

Aliás, essa dificuldade foi captada pela própria Procuradoria da Aneel, que no Parecer 314/2013-PGE/Aneel/PGF/AGU (fls. 198-228), juntado aos autos, sobre idêntico fundamento, recomendou a suspensão de multas eventualmente aplicadas (cito):

[...] Todavia, não havendo no arcabouço normativo que rege o ONS a previsão de uma contribuição destinada ao pagamento de penalidades impostas a tal entidade (ou para viabilizar a execução financeira de TAC's substitutivos de penalidades), a qual não possa ser repassada aos usuários finais por meio da tarifa, recomenda-se que, caso mantida a penalidade ou mesmo deferida a realização de um TAC, seja determinada a suspensão da cobrança da multa até que a ANEEL, no exercício de sua competência para regular o ONS, viabilize a existência de tal contribuição. Tal atitude deve ser tomada antes que se escoe o prazo prescricional de 5 anos para execução da multa resultante do Auto de Infração n.º 073/2011-SFE, a contar da realização do julgamento dos recursos pela Diretoria da ANEEL [...]

Portanto, bem cuidaram os juízos federais que em sucessivas decisões e sentenças deferiram a medida aqui requerida (cito):

Decisão proferida nos autos da Ação Cautelar 008376-04.2014.4.01.3400/8ª Vara da SJDF:

[...] Com efeito, o ONS possui uma natureza jurídica *sui generis*, pois é uma associação de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica, bem como do próprio MME- Ministério das Minas e Energia, e, malgrado

sua personalidade jurídica de direito privado, é autorizado a funcionar pelo Poder Concedente, tendo toda a sua estrutura definida em lei, não resultando da vontade dos agentes econômicos que atuam no setor elétrico.

O ONS, por definição legal, é integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e que sejam conectados à rede básica (cf. Lei 9.648/98, art. 13).

Definitivamente, há traços autárquicos no desenho do ONS, assim como no desenho de outros atores do setor elétrico, a exemplo da CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, sucessora do antigo MAE - Mercado Atacadista de Energia.

E, por isso, devem-lhe ser deferidos [ao ONS] a discricionariedade técnica e o status de verdadeiro ente de cooperação com traços autárquicos e parcela inequívoca de poder regulatório e administrativo na operação do SIN com vistas à eficiência energética na gestão do sistema elétrico [...]

Vê-se, pois, que há um compartilhamento do poder de polícia entre o Poder Concedente, a ANEEL e o ONS, razão por que este Magistrado vê com muitas dificuldades qualquer tentativa de hierarquização do sistema, conferindo-se, sem previsão legal, ascendência à ANEEL sobre o ONS, sob pena de retirar-se um dos pilares do complexo modelo regulatório do setor elétrico, qual seja, a independência do Operador do SIN.

Confira-se, a propósito, o art. 3º, inc. X, da Lei 9-427/96, verbis:

Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 15, compete à ANEEL: (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004) (Vide Decreto nº 6.802, de 2009).

X - fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

[...] Em juízo de cognição vertical sumário, vejo com muitas dificuldades a inserção do ONS no âmbito de incidência da normativa do inciso X do art. 3º da Lei 9.427/96, e diviso a inexistência, em análise perfunctória, no marco regulatório do setor elétrico, de previsão legal para que a ANEEL possa sancionar o operador nacional do sistema elétrico (ONS/SIN).

Ante o exposto, DEFIRO A MEDIDA ANTECIPATÓRIA postulada para suspender o Auto de Infração nº 73/2011 -SFE/ANEEL, e, por conseguinte, as sanções aplicadas pela ANEEL nos autos do PA 48500.001310/2011-06, independentemente de seguro-garantia. o que somente onera a gestão do SIN por parte do responsável pela operação do sistema elétrico. [...]

Sentença proferida nos autos da Ação Ordinária 00027983-47.2007.4.01.3400/4ª Vara da SJDF:

[...] Em sua redação à época dos acontecimentos que culminaram na multa em questão, o artigo 13, da Lei nº 9.648/98, estabelecia que compete à ANEEL autorizar o Operador Nacional do Sistema Elétrico, pessoa jurídica de direito privado, à execução das atividades de coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados.

Não havia, pois, qualquer disposição de que o ONS desenvolveria suas atividades sob a fiscalização e regulação da ANEEL, o que foi posteriormente modificado com a alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.848/2004.

Embora, dentre as atribuições da ANEEL, constantes da Lei nº 9.427/1996 e do Decreto nº 2.335/1997, estivesse o dever de fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e os serviços de energia elétrica, restando estabelecido o poder de polícia daquela agência reguladora, e, ao que parece, seu poder de fixar multa administrativa aos seus fiscalizados, a norma não era clara a respeito da responsabilização do ONS.

Ausente, à época, na legislação correlata, a competência da ANEEL para fiscalizar o ONS, não há como conferir o direito de lhe aplicar sanção.

Por outro lado, a Lei nº 9.427/1996 traz, em seu artigo 3º, inciso X, a competência da ANEEL para “fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses”.

Conforme se observa do dispositivo transcrito, não há qualquer referência ao Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, mas, sim, aos outros atores responsáveis pela geração e pela distribuição de energia elétrica, observando-se, inclusive, que as multas são fixadas de acordo com a energia produzida/estimada ou no faturamento, algo que o ONS, como entidade sem fins lucrativos, não poderia dispor.

Conclui-se, portanto, que, com base nas normas existentes no ano de 2002, não era possível à ANEEL aplicar penalidade de multa ao Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS para anular o Auto de Infração 006/2002-SFE e, consequentemente, cancelar a multa imposta e reconhecer o não cabimento de sanção pecuniária ao ONS à época dos fatos, ano de 2002 [...]

Tudo considerado, *defiro a antecipação da tutela recursal* para determinar a suspensão da exigibilidade da multa aplicada ao ONS, de forma a impedir a inscrição do ONS no cadastro de inadimplentes da Aneel, Cadin, na Dívida Ativa da União Federal ou em qualquer outro cadastro de inadimplentes, até o julgamento deste agravo ou da ação originária.

Brasília, 7 de outubro de 2015.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

Agravo de Instrumento 0048699-32.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
Agravante: União Federal
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
Agravada: Pernambuco Pilots Sociedade de Práticos S/S Ltda.
Advogados: Dr. Alexandre Luiz Amorim Falaschi e outros
Publicação: e-DJF1 de 19/10/2015, p. 1.176

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União Federal contra decisão que, nos autos de ação ordinária, deferiu, em parte, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para “[...] *determinar à ré que se abstenha de praticar todo e qualquer ato que importe na imposição ou fixação de preços máximos para os serviços de praticagem prestados pela parte autora, garantindo-se a ela o direito de negociar livremente sua remuneração com os tomadores dos serviços, salvo quando a intervenção da autoridade marítima se fizer necessária para assegurar a disponibilidade do serviço*”.

O r. juízo *a quo* assim decidiu ao entendimento de que: a) o Decreto 7.860/2012 exorbita os limites do poder regulamentar conferido pela Lei 9.537/1997, malferindo o princípio da reserva legal; b) é relevante o argumento de que o ato regulamentar, no seu inciso II e parágrafo único do art. 1º, ao dispor sobre os preços máximos dos serviços em cada zona de praticagem, ampliou exceção contida na norma legal, no inciso II do parágrafo único do seu art. 14, tornando ordinária intervenção do Estado no domínio econômico, para fins de política tarifária, que a lei prevê como extraordinária, tendo em conta a natureza privada do serviço de praticagem, não sujeito a regime de concessão ou permissão, embora considerado pela lei como especial.

Alega a União, em preliminar, que, na hipótese de ser atendido o pleito da autora, ora agravada, no sentido de a ré se abster de praticar ato que importe a imposição ou fixação de preço para os serviços de praticagem por ela prestados, tal decisão afetará direitos e interesses dos associados do Centro Nacional de Navegação Atlântica – CNNT e do Sindicato Nacional das Empresas de Navegação Marítima – Syndarma, ambas contratantes dos serviços de praticagem da autora, impondo-se, por isso, que a agravada promova a citação do Syndarma e da CNNT, sob pena de extinção do feito.

No mérito, sustenta, em síntese, que a Lei 9.537/1997 apenas estabelece que a autoridade marítima tem competência para fixar os preços dos serviços de praticagem sem, contudo, estabelecer o regime jurídico da fixação de preços, o qual poderia ser determinado pelo chefe do Executivo, no uso do seu poder regulamentar. Não determinaria a Lei 9.537/1997, como pretendem fazer crer os agravados, que a competência da referida autoridade para fixar os preços dos serviços de praticagem se encontra condicionada à inexistência de acordo entre as partes, mas, sim, que referida autoridade *poderá fixar os preços para garantir que esses serviços essenciais estejam sempre disponíveis*.

Segundo a agravante, a livre negociação dos preços de serviços de praticagem, diferentemente do que entendeu a decisão agravada, não decorre diretamente da Lei 9.537/1997, e sim de anterior regra regulamentar, por

caber ao Poder Executivo dispor sobre a política de preços em tal setor. Neste ponto, legítima a revogação do regime de livre negociação previsto no Decreto 2.596/1998 pelo novo regime de regulação e fixação de preços máximos, conforme estabelecido pelo novo Decreto 7.860/2012.

Entende a União, por fim, que a decisão agravada não deve prosperar, tendo em vista que a fixação de preços pela autoridade marítima encontra respaldo na Lei 9.537/1997 e no art. 174 da Constituição Federal, sendo justificada a intervenção estatal em razão da concorrência imperfeita no setor de praticagem, sob pena de conferir privilegiada posição de abuso de poder econômico à agravada, trazendo expressiva repercussão econômica no âmbito do transporte de mercadorias marítimas e desqualificando relevante trabalho técnico desenvolvido pela Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem na regulação do setor.

É o relatório. Decido.

A questão da necessidade de citação do Centro Nacional de Navegação Atlântica – CNNT e do Sindicato Nacional das Empresas de Navegação Marítima – Syndarma para comporem o polo passivo da lide deve ser dirimida perante o juízo de primeiro grau, sob pena de supressão de instância. Indefiro, portanto, a preliminar suscitada.

No tocante ao mérito, verifica-se que o essencial para a solução da questão é demarcar a natureza jurídica da atividade de praticagem.

Como é cediço, *regra no regime de livre mercado é a não interferência do Poder Público na atividade privada*. Por isso que a Constituição expressamente dispõe que: *“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”* (art. 174, caput).

De outro lado, o Estado só pode fixar política tarifária quando se cuidar de serviço público entregue à exploração privada sobre regime de concessão ou permissão, depois da necessária realização do procedimento licitatório.

No caso presente, ao que se sabe, não obstante caracterizada pela lei como serviço essencial, a atividade de praticagem não se submete ao regime de concessão ou permissão, pelo que seus preços não são regidos por qualquer política tarifária, estando aberta à exploração da livre iniciativa. Sobre a natureza privada do serviço, cito os seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO DE PRATICANTE DE PRÁTICO. NATUREZA PRIVADA. ESPECIFICIDADE DO CARGO. FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS. EDITAL. AUSÊNCIA DE AFRONTA À CARTA MAGNA. PROVIMENTO. PROVIMENTO.

1 - *A atividade de praticagem possui natureza privada e não pública, sendo certo o seu livre exercício, desde que devidamente habilitados os interessados em executá-lo.*

2 - *Cabe à autoridade marítima estabelecer os requisitos da habilitação, sendo mera reguladora e fiscalizadora do exercício profissional dos práticos, o que afasta a obrigatoriedade da aplicação das regras do artigo 37 da Constituição da República.*

3 - *Uma vez que o edital do concurso de 2011 não previu Cadastro de Reserva, somente os candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas previsto possuem direito a exercer a atividade de prático, o que não é o caso dos agravantes.*

4 - *O acolhimento do pleito apresentado no presente recurso implicaria não só na afronta às regras editalícias do concurso de 2011 como também na afronta às regras editalícias do concurso de 2012.*

5 - *Supondo que o concurso para praticante de prático tivesse natureza de concurso público, o inciso III do artigo 37 da Carta Magna prevê um prazo máximo de validade para o certame, de dois anos prorrogáveis por igual período, o que foi observado pelo edital de 2011.*

6 - *O dito ordenamento em momento algum desrespeitou a regra constitucional, sendo certo que o seu prazo de validade ficou dentro do limite previsto na Constituição.*

7 - *Agravo de instrumento provido.*

(AG 201302010018854, Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data 27/05/2013)

ADMINISTRATIVO. PROSSEGUIMENTO NO EXAME DE HABILITAÇÃO PARA PRATICANTE DE PRÁTICO. LEI Nº 9.537/97. ATIVIDADE DE PRATICAGEM. NATUREZA PRIVADA. ART.5, XIII, CRFB.

1. *Conforme se depreende da leitura do art.13, caput, e parágrafos, da Lei 9.537/97, verificamos que a atividade de praticagem é de natureza privada, sendo certo o livre exercício da que praticagem, desde que devidamente habilitados, cabendo a autoridade marítima estabelecer os requisitos da habilitação, sendo mero regulador e fiscalizador do exercício profissional dos práticos.*

2. O art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, estabelece como direitos e garantias fundamentais, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

3. O exame de seleção de praticante de prático, de que trata o edital de fls. 100/101 não tem a natureza jurídica de concurso público, mas sim de prova de habilitação visando a verificação da aptidão ou não dos candidatos, com a finalidade de realização do estágio de qualificação.

4. O intuito do legislador foi o de garantir um número mínimo de práticos para que o serviço marítimo não fosse prejudicado, a fim de assegurar a permanente e regular oferta dos serviços de praticagem, não se mostrando razoável a delimitação do número máximo de práticos.

5. Remessa necessária e recurso de apelação improvidos.

(AC 200151010121860, Desembargador Federal GUILHERME CALMON/no afast. Relator, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, DJU – Data 08/09/2006 – Página 240) (grifos acrescidos)

A Lei 9.537/1997, ao dispor sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional, dentre outros, definiu o que vem a ser o serviço de praticagem (art. 12); assegurou o seu livre exercício (art. 13, § 3º) e estabeleceu que tal serviço, considerado atividade essencial, deve estar permanentemente disponível nas zonas de praticagem e, para isso, a autoridade marítima poderá fixar o preço do serviço em cada zona (art. 14) (cito):

Art. 12. O serviço de praticagem consiste no conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante requeridas por força de peculiaridades locais que dificultem a livre e segura movimentação da embarcação.

Art. 13. O serviço de praticagem será executado por práticos devidamente habilitados, individualmente, organizados em associações ou contratados por empresas.

§ 1º A inscrição de aquaviários como práticos obedecerá aos requisitos estabelecidos pela autoridade marítima, sendo concedida especificamente para cada zona de praticagem, após a aprovação em exame e estágio de qualificação.

§ 2º A manutenção da habilitação do prático depende do cumprimento da frequência mínima de manobras estabelecida pela autoridade marítima.

§ 3º É assegurado a todo prático, na forma prevista no caput deste artigo, o livre exercício do serviço de praticagem.

§ 4º A autoridade marítima pode habilitar Comandantes de navios de bandeira brasileira a conduzir a embarcação sob seu comando no interior de zona de praticagem específica ou em parte dela, os quais serão considerados como práticos nesta situação exclusiva.

Art. 14. O serviço de praticagem, considerado atividade essencial, deve estar permanentemente disponível nas zonas de praticagem estabelecidas.

Parágrafo único. Para assegurar o disposto no caput deste artigo, a autoridade marítima poderá:

I - estabelecer o número de práticos necessário para cada zona de praticagem;

II - fixar o preço do serviço em cada zona de praticagem;

III - requisitar o serviço de práticos.

Como se vê, consoante o disposto no art. 14 da Lei 9.537/1997, apenas de forma *extraordinária*, isto é, para garantir a disponibilidade do serviço e, portanto, quando isso se fizer necessário, é que o legislador autoriza a intervenção da Administração na formação de seus preços. Contudo, desbordando de sua competência, o Decreto 7860/2012 — que criou a Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem com o objetivo de elaborar propostas sobre regulação de preços, abrangência das zonas e medidas de aperfeiçoamento relativas ao serviço de praticagem —, conferiu poder no sentido de que a Administração pudesse, *ordinariamente*, estabelecer os preços máximos dos serviços de praticagem (cito):

Art. 1º Fica criada a Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem, com o objetivo de propor:

I - metodologia de regulação de preços do serviço de praticagem;

II - preços máximos do serviço de praticagem em cada Zona de Praticagem;

III - medidas para o aperfeiçoamento da regulação do serviço de praticagem em cada Zona de Praticagem; e

IV - abrangência de cada Zona de Praticagem.

Parágrafo único. As propostas serão submetidas à Autoridade Marítima para homologação.

Na hierarquia dos atos normativos, a lei se sobrepõe ao decreto, que existe para regulamentá-la.

Assim postos os fatos, a reserva de lei impede que a interferência sobre esse elemento da atividade profissional — fixação de preços — se dê por ato decorrente de um mero decreto ou mesmo por uma comissão criada por decreto.

Por outro lado, a lei é expressa em permitir que a Administração possa “fixar o preço do serviço em cada zona de praticagem”, mas apenas e tão somente para assegurar o disposto no *caput* do art. 14 (o serviço de praticagem, considerado atividade essencial, deve estar permanentemente disponível nas zonas de praticagem estabelecidas).

Em resumo, a Administração não pode, de maneira geral e absoluta, interferir nos preços desta atividade (praticagem) atuando, nesse particular, apenas de maneira *extraordinária* para fixar os preços dos serviços para atender o que disposto no art. 14 da referida Lei 9.537/1997. Qualquer solução em sentido diverso, de ordem a propiciar a intervenção ordinária da Administração na formação dos preços, violaria a natureza de livre iniciativa já reconhecida, como se viu, inclusive, jurisprudencialmente.

Tudo considerado, *defiro, em parte, o pedido de efeito suspensivo* tão somente para permitir que a União, por meio da autoridade marítima, possa atuar, *extraordinariamente*, nos termos e limites do art. 14 da Lei 9.537/1997, isto é, para fixar os preços da atividade de praticagem na Baía de Todos os Santos *apenas* quando se mostrar necessário para a proteção da disponibilidade do serviço de praticagem como serviço essencial, permanecendo, no mais, vedada a sua intervenção *ordinária*, nomeadamente, quando haja acordo entre os prestadores e os tomadores do serviço de praticagem.

Comunique-se o inteiro teor desta decisão ao juízo de origem.

Intime-se a agravada para, querendo, oferecer resposta (art. 527, V, do CPC).

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 6 de outubro de 2015.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

Numeração única: 0064689-92.2008.4.01.3400

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2008.34.00.922076-1

Relator: Juiz Federal Márcio Braga Magalhães
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. Bruno Hardman Reis e Silva
Recorrida: Edlene Alves da Silva
Advogada: Dra. Carolina Simão Santana Melo
Publicação: e-DJF1 de 07/10/2015, p. 1.044

Ementa

Previdenciário. Processual Civil. Prescindibilidade de perícia judicial prévia para concessão de tutela antecipada em demandas versando sobre auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. Divergência dirimida no âmbito da Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência. Incidente não conhecido.

I. A possibilidade de o juiz, antes da realização da perícia judicial, antecipar os efeitos da tutela, concedendo — ou restabelecendo — auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez constitui questão exaustivamente analisada e dirimida no âmbito desta Turma Regional.

II. Aplicação, por analogia, da regra contida na Resolução 600-25, art. 5º, § 4º, de 30/09/2005, que dispõe sobre a admissibilidade dos incidentes de uniformização dirigidos à Turma Nacional.

III. Não deve ser admitido o pedido de uniformização de jurisprudência em que a divergência apontada já esteja pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e/ou no da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência e/ou nesta Turma Regional, a teor do art. 5º, § 4º, da Resolução 600-25, de 30/09/2005, da Presidência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, expedida com supedâneo na Lei 10.259/2001.

IV. A Turma Regional, inclusive, já decidiu expressamente que se aplica, por analogia, a mesma regra quando se cuida da admissibilidade do pedido de uniformização dirigido à Turma Regional (Cf. JEF, TNU, Questão de Ordem 13; TRU1, PUIF 2005.38.00.738074-3, Juiz Federal José Godinho Filho, DJ 31/01/2008). Esse entendimento foi reafirmado no PUIF 2005.38.00.716744-8, Juiz Federal João Carlos Costa Mayer Soares, DJe.

V. Incidente de uniformização não conhecido.

Acórdão

A Turma, por unanimidade, não conheceu do incidente de uniformização interposto.

Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência – 27/08/2010.

Juiz Federal *Márcio Braga Magalhães*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Braga Magalhães: — Trata-se de pedido de uniformização de jurisprudência interposto pelo INSS, dirigido à Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência da Primeira Região, em face de acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Distrito Federal, que manteve a decisão que concedeu a antecipação da tutela em favor de Edlene Alves da Silva, no sentido de restabelecer o benefício auxílio-doença, alegadamente cessado de forma equivocada.

O recorrente alega, em suma, que não é possível a concessão de benefícios por incapacidade em momento anterior à confecção do laudo pericial oficial, até mesmo porque a negativa do perito do INSS resguarda-se de presunção de legitimidade, adstrita aos atos administrativos, ressentindo-se, pois, da necessária “prova inequívoca do direito”, reclamado no art. 273 do Código de Processo Civil – CPC, o manuseio, para tal fim, de atestados médicos particulares.

Finaliza, pontuando que

Falar-se, então, em prova inequívoca, a despeito da merecida presunção de legitimidade das

conclusões da Perícia Médica do INSS, notoriamente isenta e especializada, é trivializar um conceito que foi concebido para ser interpretado com a parcimônia devida a qualquer pré-julgamento.

Pede, assim, o conhecimento e total provimento do pedido de uniformização (fls. 86-96).

Contrarrazões pela manutenção da decisão guerreada a fls. 100-106.

Decisão do presidente da Turma Recursal do Distrito Federal admitindo o pedido de uniformização a fl. 108.

É o que importa relatar.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Braga Magalhães:

— Preliminarmente observo que não obstante a divergência contida no acórdão recorrido, oriundo da Turma Recursal do Distrito Federal e o paradigma indicado, da lavra da 3ª Turma Recursal de Minas Gerais, o presente incidente não merece ser conhecido, pois a questão controvertida já foi exaustivamente analisada e dirimida no âmbito desta Turma Regional.

No caso dos autos, toda a celeuma entre os acórdãos diz respeito à possibilidade de o juiz, antes da realização da perícia judicial, antecipar os efeitos da tutela, concedendo — ou restabelecendo — auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

Essa questão já foi objeto de deliberação e apreciação pela Turma Regional, como se colhe dos julgados abaixo:

PEDIDO de UNIFORMIZAÇÃO de JURISPRUDÊNCIA. AUXÍLIO DOENÇA. ANTECIPAÇÃO da TUTELA COM BASE EM LAUDOS E ATESTADOS MÉDICOS. PERÍCIA ADMINISTRATIVA DO INSS EM CONTRÁRIO. PERÍCIA JUDICIAL PARA AFASTAR A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. NÃO EXCLUSIVIDADE. POSSIBILIDADE de PROVAV POR OUTROS MEIOS. NÃO PROVIMENTO DO PEDIDO de UNIFORMIZAÇÃO. 1. Não é processualmente acertada a diretriz de exigir, sem exame de cada caso, que a avaliação médica do INSS somente possa ser afastada, para efeito de tutela antecipada concessiva de benefício previdenciário, por meio de perícia judicial. O procedimento correto, em tais circunstâncias, é permitir que o Julgador avalie cada caso, para ver se a hipótese permite, nos termos da lei processual, a antecipação da tutela. 2. Assim, a existência de conflito entre as conclusões das perícias médicas realizadas pelo INSS, contrárias à pretensão do segurado, e outros laudos de médicos particulares, quanto à capacidade laborativa deste, por si só não afasta a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, de vez que a matéria pode ser deslindada

por outros meios de prova, que não somente perícia médica realizada em Juízo. 3. Não provimento do Pedido de Uniformização de Jurisprudência. (PUIF 2008.34.00.912405-7, Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo, DJe 18.12.2009)

PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO DOENÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA. LAUDO, EXAMES E ATESTADOS MÉDICOS PARTICULARES EM CONTRADIÇÃO COM O DIAGNÓSTICO DO PERITO DO INSS. I- A avaliação médica do perito do INSS, para efeito de antecipação de tutela, não é a única prova de embasar o convencimento do julgador. II- A perícia médica do INSS goza de presunção juris tantum de legitimidade, somente podendo ser afastada por provas robustas e capazes de comprovar que no momento do deferimento do pedido de antecipação de tutela, existe a incapacidade para o exercício das atividades habituais do segurado. III- O fato de haver contradição entre o diagnóstico realizado pelo perito do INSS e exame e laudos médicos juntados pelo segurado em juízo, não tem o condão de afastar a prova inequívoca do direito invocado e a verossimilhança das alegações. IV- Incidente de Uniformização conhecido e não provido. (PUIF 2008.34.00.918092-9, Juíza Federal Ana Paula Martini Tremarin, DJe 11/11/2009).

Ora, a Lei 10.259/2001 estabelece no § 10 do art. 14 que

[...] os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentares a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário [...].

No que interessa à Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência, o TRF 1ª Região editou a Resolução 600-25, de 30/09/2005, que dispõe sobre a admissibilidade dos incidentes de uniformização. Referida resolução ao tratar da admissibilidade do incidente de uniformização dirigido à Turma Nacional estabelece em seu art. 5º, § 4º, que “não será admitido o incidente que versar sobre matéria já decidida na Turma Nacional e/ou Superior Tribunal de Justiça”.

Mutatis, mutantis, a mesma regra deve ser aplicada por analogia quando se cuida da admissibilidade do pedido de uniformização dirigido à Turma Regional. Por isso, não deve ser admitido o pedido de uniformização de jurisprudência em que a divergência apontada já esteja pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e/ou no da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência e/ou nesta Turma Regional, a teor do art. 5º, § 4º, da Resolução 600-25, de 30/09/2005, da

Presidência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, expedida com supedâneo na Lei 10.259/2001.

Inclusive, esta Turma Regional já decidiu expressamente que se aplica, por analogia, a mesma regra quando se cuida da admissibilidade do pedido de uniformização dirigido à Turma Regional (Cf. JEF, TNU, Questão de Ordem 13; TRU1, PUIF 2005.38.00.738074-3, Juiz Federal José Godinho Filho,

DJ 31/01/2008). Esse entendimento foi reafirmado no PUIF 2005.38.00.716744-8, Juiz Federal João Carlos Costa Mayer Soares, *DJe*.

Isso posto, não conheço do presente incidente de uniformização.

É como voto.

Porto Velho (RO), 27 de agosto de 2010.

Numeração única: 0057803-75.2007.4.01.3800

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2007.38.00.718743-3/MG

Relator: Juiz Federal Márcio Braga Magalhães
 Recorrente: Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/MG
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Recorrida: Vânia Lúcia de Souza Mesquita
 Advogados: Dr. Leonardo de Castro Pereira e outros
 Publicação: e-DJF1 de 07/10/2015, p. 1.044

Ementa

Constitucional e Administrativo. Resíduo de 3,17%. Prescrição. Divergência regional não demonstrada. Matéria pacificada pela Turma Regional. Reestruturação de carreira. Entendimento no sentido de que a Lei 9.678/1998 não importou em reestruturação. Precedentes deste colegiado. Recurso não conhecido.

I. Considerando que a matéria ora posta a exame já passara pelo crivo desta Turma de Uniformização, tem-se que sequer deve ser conhecido o presente Incidente (Cf. TRU 1ª Região, 2007.38.00.729822-6/MG. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo, julgado em 11/11/2009; 2007.38.00.718750-5; relatora Juíza Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares, julgado em 11/11/2009; Processo 2006.38.00.738279-9, relator Juiz Federal Anselmo Gonçalves da Silva, DJ 27/01/2009).

II. Incidente de uniformização não conhecido.

Acórdão

A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido de uniformização.

Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência – 27/08/2010.

Juiz Federal *Márcio Braga Magalhães*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Braga Magalhães:
 — Cuida-se de incidente regional de uniformização proposto pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF contra decisão da Turma Recursal de Minas Gerais – TRMG que teria decidido, acerca do índice “3,17%”, pela não limitação do “cômputo da diferença na data em que a Lei nº 9.678/98 instituiu a Gratificação de

Estímulo à Docência”, ponto sobre o qual foi ofertado o presente incidente, somente.

Ao mesmo tempo, a UFJF interpôs incidente nacional de uniformização, insurgindo-se, agora, contra a forma com que foi aferida a recontagem do prazo prescricional, ou seja, defendendo o transcurso de somente mais dois anos e meio a contar da edição da Medida Provisória 2.225-454/2001.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Braga Magalhães:
— É o relatório. Passo a decidir.

Considerando a interposição simultânea de incidentes de uniformização regional e nacional, dada a prevalência do resultado a ser eventualmente obtido perante a Turma Nacional de Uniformização – TNU, determino o sobrestamento do julgamento do presente incidente e o imediato envio àquela Corte de Uniformização.

A propósito, a reforçar a linha de pensamento acima trilhada, apresento doutrina dos Juizes Federais Flávia da Silva Xavier e José Antônio Savaris :

No caso de interposição simultânea, qual o procedimento a ser adotado para efeito de julgamento dos incidentes? Não se cogita que admitidos na origem, ambos os incidentes possam seguir para julgamento pelos dois colegiados, surgindo o risco plausível de decisões contraditórias. Por isso, em primeiro lugar, deve ser decidido o incidente nacional para, somente no segundo momento, se necessário, ser julgado o incidente regional. Em outras palavras, dirimida a divergência no incidente de uniformização nacional, fica prejudicado o conhecimento do incidente de uniformização regional.

Esta conclusão parte do raciocínio de que a uniformização de jurisprudência operada pela Turma Nacional deve prevalecer sobre toda a jurisprudência das instâncias inferiores dos Juizados Especiais Federais, inclusive, sobre as Turmas Regionais de Uniformização. Por uma questão de racionalidade, então, o colegiado uniformizador nacional deve dirimir a controvérsia em primeiro lugar, somente remetendo o processo para julgamento ao colegiado regional acaso o incidente nacional não seja conhecido ou remanesça alguma controvérsia a ser enfrentada especificamente pela Turma Regional que, neste caso, não poderá deixar de observar a premissa de direito firmada pela TNU.

Uma vez apreciado o incidente de uniformização perante a TNU, retornem os autos para posterior análise por esta TRU quanto à irrisignação especificamente voltada para essa, ocasião em que se verificará, até mesmo, a necessidade de seguimento quanto à discussão remanescente, a depender do resultado obtido junto à TNU.

Ultrapassada essa linha inicial de raciocínio, passo a discutir o mérito da questão.

A bem da verdade, a matéria ora em apreço há muito se encontra definida pela jurisprudência pátria, em desfavor do recorrente, havendo, até mesmo, essa

Turma Regional se posicionado sobre tal aspecto, conforme se observa na decisão abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. VENCIMENTOS. REAJUSTE. RESÍDUO DE 3,17%. LEI 8.880/94, ARTS. 28 E 29, § 5º. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. SÚMULA 85 DO STJ. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RENÚNCIA TÁCITA. ART. 8º DA MP 2.225-45/2001. CUMULAÇÃO COM GRATIFICAÇÃO DE ESTÍMULO À DOCÊNCIA - GED. POSSIBILIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA DE REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA E INCORPORAÇÃO DO REAJUSTE. ARTS. 9º E 10 DA MP 2.225-45/01. PACIFICAÇÃO DAS DIVERGÊNCIAS PELO STJ, TNU OU TRU NO SENTIDO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. QUESTÃO DE ORDEM Nº. 13/TNU. APLICAÇÃO ANALÓGICA. NÃO-CONHECIMENTO.

1 - Não deve ser admitido o pedido de uniformização de jurisprudência em que a divergência apontada já esteja pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e/ou no da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência e/ou nesta Turma Regional, a teor do art. 5º, § 4º, da Resolução 600-25, de 30/09/2005, da Presidência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. (Cf. JEF, TNU, Questão de Ordem 13; TRU/1ª Região, PUIF 2005.38.00.738074-3, Juiz Federal José Godinho Filho, DJ 31/01/08.)

2 - A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, acompanhando o Superior Tribunal de Justiça, firmou que o reconhecimento administrativo do direito ao resíduo de 3,17% pela edição da Medida Provisória 2.225-45/2001 implicou renúncia à prescrição. (Cf. STJ, RESP 853.474/RS, Quinta Turma, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 01/09/08; AgRg no RESP 874.737/RS, Quinta Turma, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 10/03/08; AgRg no RESP 837.047/RS, Quinta Turma, Ministro Gilson Dipp, DJ 29/06/07; AgRg no RESP 867.223/RS, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, DJ 18/12/06; JEF, TNU, PEDILEF 2006.70.50.005506-7, Juíza Federal Maria Divina Vitória, DJ 15/05/08; Enunciado Unificado 2 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de Minas Gerais de Minas Gerais.)

3 - A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, em casos da espécie, entende que o reconhecimento pela Administração do direito invocado, sob a forma de pagamento mitigada, diferida no tempo, viola novamente direito, a permitir a contagem, por inteiro, de novo prazo prescricional, não havendo falar, portanto, em interrupção do prazo prescricional que anteriormente fluía. (Cf. JEF, PEDILEF 2005.38.00.737935-1, Decisão Monocrática, Juíza Federal Joana Carolina Lins Pereira, DJ 22/06/09; PEDILEF 2007.38.00.726426-0, Decisão Monocrática, Juiz Federal Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, DJ 22/06/09; PEDILEF 2005.83.00.512829-

6, relator para o acórdão Juiz Federal Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho, DJ 02/02/09; PEDILEF 2003.51.51.023868-2, Juíza Federal Taís Schilling Ferraz, DJ 26/08/05; PEDILEF 2003.51.51.029378-4, Juíza Federal Taís Schilling Ferraz, DJ 21/08/05; PEDILEF 2003.51.51.003167-4, Juíza Federal Sônia Diniz Viana, DJ 04/08/05.)

4 - Esta Turma Regional uniformizou o entendimento, no âmbito dos Juizados Especiais da Primeira Região, acompanhando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de que a Lei 9.678/98, ao instituir a GED, não reestruturou a carreira de Magistério Superior das instituições federais de ensino, nem fixou novos padrões remuneratórios, pelo que não operou a absorção do reajuste de 3,17%, tratando-se de concessão de gratificação sem qualquer pertinência com o percentual em discussão, com natureza distinta, com o objetivo de estimular a docência e o aperfeiçoamento dos professores. (Cf. STJ, Decisão Monocrática no RESP

982.908/RS, Ministra Laurita Vaz, DJ 26/10/07; Decisão Monocrática nos EDcl no RESP 949.153/PR, Ministra Laurita Vaz, DJ 23/10/07; TRU/1ª Região, 2007.38.00.729822-6/MG, Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo, julgado em 11/11/09; 2007.38.00.718750-5; Relatora Juíza Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares, julgado em 11/11/09; Processo nº 2006.38.00.738279-9, Relator Juiz Federal Anselmo Gonçalves da Silva, DJ 27/01/09.)

5 - Pedido de uniformização de jurisprudência não conhecido.

Deste modo, em sendo o caso de logo se apreciar o incidente de uniformização em comentário, sem maiores delongas, voto pelo não conhecimento do mesmo, porquanto se trata de matéria já pacificada, inclusive, no âmbito desta Corte.

Porto Velho – RO, 27 de agosto de 2010.

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.jus.br/jurisprudencia/inteiro teor](http://www.trf1.jus.br/jurisprudencia/inteiro%20teor))

Constitucional e Processual Penal. Atribuição para a apuração de infrações penais no âmbito do Senado Federal. Perícia a ser realizada pela Polícia Federal. Exclusividade da Polícia Legislativa daquela casa. Inexistência. Crimes, em tese, praticados contra bens, serviços e interesses da União, sem relação com a atividade legislativa. Atribuição da Polícia Federal. Art. 144, I, e § 1º, I e IV, da CF. Aproveitamento de perícia já realizada pelo Senado. Ato discricionário da autoridade policial federal. Negativa. Razoabilidade. Segurança denegada.

I. Os atos de investigação para apuração de supostos delitos cometidos no âmbito do Senado Federal não constituem exclusividade da polícia daquela Casa Legislativa. Precedentes da Segunda Seção deste Regional.

II. A investigação na espécie tem por objeto a apuração da suposta prática das condutas tipificadas nos arts. 90 e 96 da Lei n. 8.666/1993 no bojo de procedimento licitatório realizado no âmbito da Administração do Senado Federal. Ou seja, cuida-se de infrações penais praticadas, em tese, em detrimento de bens, serviços e interesses da União, sem relação com a atividade legislativa, o que atrai a aplicação do inciso I do § 1º do art. 144 da CF, não havendo que se falar, assim, em ausência de atribuição da Polícia Federal.

III. O inciso IV do § 1º do mencionado artigo dispõe expressamente que compete à Polícia Federal, com exclusividade, o exercício das funções de polícia judiciária da União, pelo que inafastável a conclusão no sentido de que eventual exceção a essa norma apenas pode ser admitida se prevista também na própria Constituição, situação inócurrenente na hipótese em tela.

IV. Cabe ao Poder Judiciário, na fase de investigação, apenas assegurar que o procedimento de apuração das supostas infrações criminais transite dentro das balizas constitucionais e legais pertinentes, sem se imiscuir na oportunidade e conveniência da produção de determinada prova, análise que compete privativamente aos órgãos da persecução penal. O exame que pode ser levado a efeito pelo Judiciário, nesse particular, cinge-se apenas à razoabilidade e/ou proporcionalidade do ato administrativo investigativo, e, tendo em vista as razões expostas pela autoridade policial, no caso presente, é indubitoso que a negativa de aproveitamento da perícia realizada no âmbito da Administração do Senado se assenta em fundamentos pertinentes e razoáveis, concernentes à sua inadequação e insuficiência — em razão de seu objeto — para os fins a que se destina a apuração em curso na Polícia Federal.

V. Segurança denegada.

Mandado de Segurança Criminal 0005585-43.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa – Corte Especial

Publicação: e-DJF1 de 17/09/2015, p. 493

Penal. Processual Penal. Revisão criminal. Hipótese de cabimento. Art. 621, I, do CPP. Apropriação indébita. Art. 168, I, do Código Penal. Caracterização. Depósito de bem fungível. Cláusulas contratuais. Alegação de atipicidade da conduta. Descabimento. Desaparecimento de grãos. Comprovação. Improcedência do pedido revisional.

I. A revisão criminal, meio pelo qual o condenado busca reparar erro judiciário, desfazendo alguns ou todos os efeitos da sentença, somente é cabível nas hipóteses previstas nos incisos do art. 621 do Código de Processo Penal, cujo rol cuida de enumeração exaustiva. A sentença condenatória, quando contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, dá ensejo à revisão criminal (art. 621, I, do CPP).

II. Esta Corte Regional, na linha do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, entende que a fungibilidade dos bens depositados não descaracteriza o crime de apropriação indébita, salvo se no contrato constar a possibilidade de o depositário usufruir dos bens e posteriormente substituí-los por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Hipótese inócurrenente na espécie.

III. “A fungibilidade dos bens depositados não descaracteriza o crime de apropriação indébita, salvo se no contrato constar a possibilidade do depositante de usufruir dos bens e posteriormente substituí-los por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, e que não é o caso em análise”. Tendo os depositários, em razão de ofício, emprego

ou profissão, se apropriado de coisa alheia móvel que receberam para guardar e conservar, caracterizado está o delito previsto no art. 168, § 1º, III, do Código Penal. Constatada a falta do produto e não demonstrando os réus, em nenhum momento, vontade de restituir o desvio dos grãos, está configurado o elemento subjetivo do tipo, qual seja, a vontade de não restituir a coisa de que se tem a posse ao seu legítimo proprietário” (TRF1. ACR 0017153-91.1999.4.01.3500/GO, Quarta Turma, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, *e-DJF1* de 1º/06/2010, p.231).

IV. No caso dos autos, ao contrário do que afirmou o requerente, não houve autorização contratual para o depositário fazer uso do bem depositado e posteriormente restituí-lo por outros da mesma espécie, quantidade e qualidade.

V. A análise das disposições contratuais leva à conclusão de que elas cuidam tão somente da obrigação de o depositário indenizar o depositante — em espécie ou em mercadoria em igual quantidade e qualidade — nas situações específicas de quebra técnica nelas previstas, como ocorre em qualquer contrato semelhante. Em nenhum momento está dito que o depositário pode dispor do bem depositado.

VI. Na hipótese, não foi facultado ao requerente a possibilidade de usufruir ou dispor dos bens fungíveis e posteriormente substituí-los por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

VII. Os bens objeto do depósito foram dados em garantia do pagamento do empréstimo celebrado pelo depositário, ora requerente, com a Conab, através do Banco do Brasil S/A. Se o mutuário/depositário pudesse dispor da coisa depositada, na prática não subsistiria a garantia do pagamento da dívida.

VIII. Afigura-se equivocada a alegação do requerente de que o acórdão condenatório teria reconhecido haver no contrato a possibilidade de o depositário poder usar e dispor dos bens dados em depósito e de posteriormente restituí-los por outros de igual espécie, quantidade e qualidade. Esse debate somente aflorou agora, em sede de revisão criminal, não tendo a questão sido objeto de discussão durante a tramitação da ação penal na primeira e na segunda instâncias.

IX. Revisão criminal improcedente.

Revisão Criminal 0039933-29.2011.4.01.0000/MT

Relator: Juiz Federal George Ribeiro da Silva (convocado) – 2ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 24/09/2015, p. 620

Constitucional. Civil e Processual Civil. Benefício previdenciário. Desconto indevido de parcelas de pensão alimentícia. Responsabilidade objetiva do Estado. Indenização por dano moral. Cabimento. Quantum indenizatório.

I. A responsabilidade do INSS, autarquia federal, é objetiva, conforme art. 37, § 6º da CR/1988, bastando que se comprove o nexo de causalidade, isto é, a relação entre fato e prejuízo.

II. Tendo, o INSS, admitido a interpretação equivocada de comando exarado por juízo estadual relativamente aos descontos de pensão alimentícia do benefício previdenciário da parte-autora, retroagindo-o indevidamente e gerando débito para o mesmo com consequentes descontos para supri-lo e redução do valor recebido, o dano moral revela-se indiscutível, o que configura o direito à indenização, mesmo porque é perfeitamente presumível a repercussão negativa.

III. Afigura-se escorreito o arbitramento da indenização por danos morais, fixada em R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), em atendimento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sem perder de vista o caráter sancionatório e pedagógico de tal condenação.

IV. Tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros de mora são fixados em 1% (um por cento) ao mês, “a partir do evento danoso” (Súmula 54 do STJ), incidindo com essa taxa até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir de quando serão reduzidos para 0,5% (meio por cento) ao mês, em vista que estes são os juros aplicados nas cadernetas de poupança.

V. Sentença confirmada. Apelação do INSS parcialmente provida (item 4).

Numeração única: 0000358-63.2007.4.01.3812

Apelação Cível 2007.38.12.000359-8/MG

Relator: Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca (convocado) – 1ª Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais.

Publicação: *e-DJF1* de 02/10/2015, p. 5.059

Previdenciário. Pensão por morte. Menor sob guarda (§ 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, na sua redação original). Óbito do segurado ocorrido na vigência da Lei 9.528/1997. Inconstitucionalidade. Mera guarda de fato. Impossibilidade de concessão do benefício. Sentença reformada.

- I. Tratando-se de sentença ilíquida, vez que desconhecido o conteúdo econômico do pleito inaugural, inaplicável o § 2º do art. 475 do CPC, tem-se por interposta a remessa necessária.
- II. Segundo orientação do STF, do STJ e deste Tribunal, deve-se aplicar, para a concessão de benefício de pensão por morte, a legislação vigente ao tempo do óbito do instituidor.
- III. O óbito da avó da parte-autora ocorreu quando já em vigor a Lei 9.528/1997, que excluiu do rol de dependentes de segurados da Previdência Social o menor sob guarda, dando nova redação ao § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991.
- IV. Ocorre que a Corte Especial deste Tribunal, ao julgar a arguição de inconstitucionalidade na Remessa Oficial 1998.37.00.001311-0/MA, acolheu o pleito de inconstitucionalidade quanto à supressão da expressão “menor sob guarda por decisão judicial” do referido dispositivo legal.
- V. Em observância ao princípio da segurança jurídica, a solução do caso em tela deve se pautar pelo que foi consolidado na referida arguição de inconstitucionalidade, âmbito em que se esclareceu que “[...] a consequência jurídica é a de que o direito anterior, ou seja, a antiga redação do aludido § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91 – que inclui o menor sob guarda judicial como dependente do segurado –, jamais deixou de vigor, porque pretensamente revogada por legislação ordinária inconstitucional, e, em consequência, nula”.
- VI. No presente caso, a parte-autora não estava sob guarda judicial da falecida, sendo insuficiente, para a finalidade ora pretendida, a mera guarda de fato, razão pela qual não faz jus ao benefício de pensão por morte. Precedentes desta Corte.
- VII. Condenação da parte-autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, ficando suspensa sua exigibilidade em face dos art. 11, § 2º, e 12, ambos da Lei 1.060/1950, vez que a assistência judiciária gratuita foi deferida.
- VIII. Apelação do INSS e remessa necessária, tida por interposta, providas.

Numeração única: 0000605-14.2009.4.01.9199

Apelação Cível 2008.01.99.070333-8/MG

Relator: Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca (convocado) – 1ª Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais
Publicação: e-DJF1 de 09/10/2015, p. 3.427

Processual Civil. Previdenciário. Execução de sentença. Honorários sucumbenciais. Direito exclusivo e autônomo do advogado (falecido) que (fato incontroverso) atuou com exclusividade na fase de conhecimento. Transmissão aos sucessores/herdeiros. Ilegitimidade ativa.

- I. Incontroverso que o advogado do exequente/embargado não atuou na fase de conhecimento da ação e que a condução profissional da demanda de onde se originam os honorários advocatícios de sucumbência, ora executados, foi de completa e exclusiva responsabilidade do advogado, hoje falecido, e, de consequência, fração patrimonial do seu espólio, a ser partilhada entre os seus herdeiros/sucessores habilitados (art. 24, § 2º da Lei 8.906/1994). Precedentes desta Corte.
- II. O advogado que passou a atuar na execução terá direito a receber, se houver fixação neste sentido, somente os honorários relativos a esta fase processual, proporcionalmente ao trabalho realizado nesta ocasião, caso a parte que representa seja vencedora.
- III. Em vista da sucumbência total do exequente/embargado, condena-se este ao pagamento dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor em execução, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC e atentando para a simplicidade de trâmite do processo.
- IV. Recurso de apelação do executado/embargado provido.

Apelação Cível 0021129-95.2010.4.01.9199/MG

Relator: Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca (convocado) – 1ª Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais
Publicação: e-DJF1 de 09/10/2015, p. 3.438

Constitucional. Administrativo. Servidor público. Reajuste geral anual (CF/1988, art. 37, X, parte final). Necessidade de Lei específica de iniciativa do presidente da República. Indenização por omissão legislativa. Impossibilidade. Princípio da separação dos Poderes. Precedentes do STF.

I. Na verdade, não se cuida de ação de indenização por danos materiais, como afirma o sindicato autor, mas de pedido de reajuste de remuneração, com fundamento em omissão legislativa no cumprimento do disposto no art. 37, inciso X, da Constituição Federal, que assegura a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos.

II. O referido dispositivo constitucional assegurou a revisão geral e anual da remuneração dos servidores públicos federais, a depender de lei de iniciativa privativa do presidente da República (CF, arts. 61, II, a, e 84, II), e o atendimento de requisitos específicos.

III. Não há dúvidas quanto à inércia do Poder Executivo na adoção de medidas afetas a sua competência, no que se refere à recomposição da remuneração do funcionalismo público. Contudo, não cabe ao Poder Judiciário fixar prazo para que o Executivo inicie o processo legislativo que lhe cabe, tampouco caberia ao Judiciário condená-lo a indenizar seus servidores, seja por danos morais ou materiais, pela alegada omissão, visto que, por vias transversas, estaria violando o princípio constitucional da separação dos Poderes. Precedentes do STF (ADI 2.061-7/DF) e desta Corte.

IV. Apelação não provida.

Numeração única: 0007222-36.2005.4.01.3700

Apelação Cível 2005.37.00.007518-0/MA

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 16/09/2015, p. 56

Penal. Processo Penal. Evasão de divisas. Exportação de mercadorias. Ausência de comprovação de liquidação do contrato de câmbio. Ingresso das divisas em território nacional. Conduta que não se subsume ao tipo do art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986. Atipicidade. Absolvição mantida.

I. O crime de evasão de divisas previsto no art. 22 da Lei 7.492/1986 pressupõe a remessa de disponibilidades cambiais para o exterior.

II. A conduta relativa à omissão no ingresso de moeda ou divisas decorrentes de exportação de mercadorias para o exterior, ou a não comprovação do efetivo contrato de câmbio sem a correspondente operação de câmbio não se subsume ao tipo previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986.

III. A ausência de contrato de câmbio com estabelecimentos autorizados não gera a presunção de que a empresa exportadora mantém o dinheiro decorrente do pagamento pelas mercadorias em instituição financeira no exterior.

IV. Pelo princípio da reserva legal não se admite interpretação extensiva aos dispositivos penais.

V. Apelação desprovida.

Apelação Criminal 0053371-98.2011.4.01.3500/GO

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 09/10/2015, p. 2.304

Direito Civil. Passagem forçada. Situação de encravamento do imóvel do autor demonstrada. Aplicação do art. 1.285 do Código Civil e Enunciado 88 da I Jornada de Direito Civil. Sentença confirmada.

I. Consoante se depreende dos autos restou configurada a situação de encravamento do imóvel do autor, não sendo exigido para a configuração do instituto que o encravamento ocorra justamente na área do imóvel por onde se pleiteia a passagem forçada, sendo claro o diploma legal no sentido de que “sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem” (art. 1.285, § 1º, do CC/2002). Nesse contexto, como a aludida passagem já era franqueada anteriormente, em se tratando de um rumo já fixado tal situação merece ser ratificada.

II. Ademais, como bem decidiu o juízo monocrático a eventual existência de outra forma de acesso à via pública, por demais onerosa, desproporcional e inviável diante das circunstâncias fáticas do caso concreto, também autoriza o manejo deste instituto jurídico, nos termos do Enunciado 88 da I Jornada de Direito Civil.

III. Considerando que a decisão impugnada determinou à ré verdadeiro cumprimento de obrigação de fazer, qual seja, permitir a passagem do autor por intermédio de seu imóvel, reconhecendo ainda direito de indenização em favor da autarquia federal, por se tratar a passagem forçada de direito de vizinhança oneroso, resta afastada a incidência, no caso *sub judice*, do reexame obrigatório do art. 475 do CPC vigente.

IV. Remessa oficial não conhecida e apelação desprovida. Sentença confirmada.

Numeração única: 0002279-09.2006.4.01.3904

Apelação/Reexame Necessário 2006.39.04.002279-3/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 15/09/2015, p. 180

Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Uso excessivo e imotivado de força policial. Comunidades quilombolas e segmentos da sociedade civil. Dano moral coletivo. Cabimento. Responsabilidade civil objetiva do Estado de Minas Gerais. Quantum indenizatório.

I. A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, da CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto.

II. A orientação jurisprudencial já sedimentada no âmbito de nossos tribunais firmou-se, no sentido de que “a possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial” e de que “o dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa” (REsp 1397870/MG, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, *DJe* 10/12/2014).

III. Na hipótese dos autos, comprovados o nexo de causalidade e o evento danoso, resultante do uso injustificado de força policial excessiva, por parte de agentes públicos do Estado de Minas, mediante a realização de prisão ilegal, o uso indevido de algemas e a exposição de membros de comunidades quilombolas à execração pública, com o intuito de intimidar e de inibir, à margem da lei, a sua atuação, na defesa do exercício do seu direito à posse de terras, resta caracterizado o dano moral coletivo, do que resulta o dever de indenizar, nos termos do referido dispositivo constitucional.

IV. Relativamente à fixação do valor da indenização por danos morais coletivos, cumpre verificar que inexistente parâmetro legal definido para o seu arbitramento, 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, bem assim em consonância com a função sancionatória e pedagógica da reparação. Dessa forma, reputa-se razoável, na espécie, a fixação do valor da indenização por danos morais no montante de R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais), em favor das comunidades quilombolas descritas nos autos.

V. Provimento das apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e pela Fundação Cultural Palmares. Sentença reformada.

Apelação Cível 0008595-96.2010.4.01.3807/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 29/09/2015, p. 402

Constitucional e Administrativo. Recursos repassados pela Petrobrás a título de fundo especial. Incompetência do Tribunal de Contas da União para fiscalizar a aplicação dos recursos pagos ao município. Precedente do STF. Inépcia da petição inicial. Não ocorrência.

I. Tratando-se de sentença ilíquida, posto que desconhecido o conteúdo econômico do pleito, inaplicável o § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil. Igualmente não incide o § 3º desse artigo, tendo em vista que a sentença não se fundamentou em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. Remessa oficial tida por interposta.

II. Apesar de não ser de boa qualidade, sendo, tecnicamente, deficiente, a petição inicial permitiu a compreensão do objeto da pretensão do autor e trouxe, com clareza, o pedido de reconhecimento da nulidade do acórdão do TCU que imputou responsabilidade solidária ao autor e permitiu à ré, ora apelante, deduzir amplamente suas razões de defesa, não sendo, portanto, inepta. Preliminar de inépcia da inicial e, por consequência, a decretação de nulidade do processo rejeitada.

III. O Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que o Tribunal de Contas da União não tem competência para fiscalizar a aplicação dos recursos provenientes da compensação financeira pela exploração de petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural, nos termos da Lei 7.525/1986, uma vez que se trata de receita originária do ente federativo (MS 24.312/DF).

IV. Mantida a sentença que decretou a nulidade do acórdão proferido pelo TCU, no processo de Tomada de Contas TC – 250.354/1995-0, que julgara irregulares as contas do autor, ex-prefeito do Município de Rio do Pires/BA, relativas aos recursos do Fundo Especial (*royalties* de petróleo), no exercício de 1991, e o condenou ao recolhimento da dívida à conta específica do Fundo Especial (Lei 7.252/1986).

V. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que nega provimento.

Numeração única: 0000024-20.2006.4.01.3309

Apelação Cível 2006.33.09.000024-0/BA

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 30/09/2015, p. 215

Aquisição internacional de equipamentos de informática, por órgão do CNPq. Autoridade incompetente. Ausência de recursos orçamentários. Ausência de licitação. Pagamento parcial em dólares. Provável boa-fé da empresa. Responsabilidade do CNPq pelos prejuízos causados em correspondência com seu enriquecimento sem causa. Indenização. Cálculo. Exigência de perícia contábil. Anulação da sentença.

I. Na sentença, foi julgado “procedente o pleito ofertado na ação principal pela IBM World Trade Corporation para condenar o Réu a pagar à Autora, em face da aquisição dos equipamentos de informática pactuados no Pedido de Compra de Máquinas, a importância constante nos documentos de fls. 13/15, deduzidos os valores já pagos pelo CNPQ, devidamente convertidos para a moeda nacional e atualizados, acrescidos de juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano até a data de entrada em vigor do novo Código Civil (10 de janeiro de 2003) e, daí em diante, pela taxa prevista no art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional, conforme o dispõe o art. 406 da lei substantiva civil em vigor, tudo a ser apurado em liquidação de sentença”.

II. O fato ocorreu na época em que o LNCC era efetivamente integrado ao CNPq, de modo que a alegada responsabilidade é da referida autarquia, independentemente da transferência daquele órgão para a União.

III. Tratou-se da aquisição de equipamentos de vultoso valor por parte de servidor público que não tinha competência para o ato, sem licitação e sem cobertura orçamentária para a despesa. Esta ação não pode, por isso, ser considerada como de cobrança de valores previstos em contrato de compra e venda, o qual, em face das referidas características, não tem validade.

IV. A situação deve, em tese, ser tratada como indenização por prejuízos causados à empresa fornecedora dos equipamentos, na medida em que não tenha contribuído culposamente para esses prejuízos, em correspondência com o enriquecimento sem causa da entidade pública que se apropriou do material.

V. É possível afastar a alegada culpa concorrente da empresa: a) em razão de tratar-se de uma venda internacional a entidade pública brasileira, o que torna compreensível a ausência de maiores cuidados, seja em razão da natural dificuldade da empresa para conhecer as exigências burocráticas da legislação brasileira, até pela barreira linguística, seja porque uma compra governamental inspira, naturalmente, maior confiança; b) há, no Direito brasileiro, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, que deve prevalecer também em favor do particular (RE 158.543/RS e RE 199.733-8/MG); c) consagrada em nosso Direito é, também, a teoria da aparência, segundo a qual são válidos os atos praticados por servidor com a aparência de investidura regular, embora não regularmente investido na função.

VI. Nessa linha, não parece que a empresa tenha direito, conforme foi decidido na sentença, exatamente, ao pagamento, em dólares, pelo preço dos equipamentos, na forma do contrato inválido. No entanto, o preço à vista dos equipamentos é o parâmetro para o cálculo de seu prejuízo e do benefício auferido pelo CNPq. Esse preço à vista, em dólares, deve ser convertido na moeda brasileira, na época da aquisição, deduzindo-se, em reais, na data do pagamento, a quantia que foi paga em dólares.

VII. Anulação da sentença para que seja realizada perícia contábil dos prejuízos sofridos pela empresa em correspondência com as vantagens auferidas pela entidade pública brasileira.

VIII. Apelação e remessa oficial prejudicadas.

Numeração única: 0018619-95.2000.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2000.34.00.018638-0/DF

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 07/10/2015, p. 796

Administrativo. Ação civil pública. Concurso público. Reserva de vagas a candidatos portadores de necessidades especiais. Limites estabelecidos no art. 37, §§ 1º e 2º, do Decreto 3.298/1999 e no art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990. Percentual mínimo de 5% das vagas. Número fracionado. Arredondamento para o primeiro número inteiro subsequente. Observância do limite máximo de 20% das vagas oferecidas. Certame expirado. Compensação de reserva de vagas em concursos futuros. Impossibilidade. Sentença mantida.

I. A Constituição prevê que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão” (art. 37, VIII).

II. A Lei 8.112/1990, art. 5º, § 2º, dispõe que “às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”.

III. De acordo com o Decreto 3.298/1999, art. 37, §§ 1º e 2º, determinada a reserva de vagas no percentual mínimo de 5% (cinco por cento), caso a aplicação do percentual resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

IV. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.310/DF, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, revendo posicionamento anterior daquela Corte, decidiu que “Entender-se que um décimo de vaga ou mesmo quatro décimos, resultantes da aplicação de cinco ou vinte por cento, respectivamente, sobre duas vagas, dão ensejo à reserva de uma delas implica verdadeira igualização, olvidando-se que a regra é a não-distinção entre candidatos, sendo exceção a participação restrita, consideradas as vagas reservadas”.

V. Reservando-se o mínimo de 5% (cinco por cento) das vagas ofertadas em concurso público aos portadores de necessidades especiais, caso a aplicação do referido percentual resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, desde que respeitado o limite máximo de 20% das vagas ofertadas. Precedentes: STF, RE 440988 AgR/DF, Primeira Turma, rel. Ministro Dias Toffoli, DJe-065 Divulg 29/03/2012 Public 30/03/2012 e STJ, RMS 36359/PR, Segunda Turma, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 05/12/2012.

VI. Em concursos públicos com previsão, no edital, de destinação de 5% (cinco por cento) das vagas a candidatos portadores de deficiência, deverá ser realizado o arredondamento de vaga para um número inteiro todas as vezes que o número de vagas existente estiver compreendido entre 5 e 19. Precedente do Tribunal: MS 0032215-10.2013.4.01.0000/DF, Corte Especial, rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, 22/11/2013, e-DJF1 p. 313.

VII. É certo que, em concursos fragmentados por localidades, as vagas devem ser oferecidas de acordo com o número total de vagas de cada cargo/área de especialidade, porquanto, em caso contrário, poderia haver burla à reserva de vagas a candidatos deficientes, bastando que o edital disponibilizasse menos de 5 (cinco) vagas por localidade para que não houvesse a possibilidade de convocação de candidato aprovado portador de deficiência. Precedente do Tribunal: MS 0022713-13.2014.4.01.0000/DF, Corte Especial, rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, 21/01/2015, *e-DJF1* p. 29.

VIII. No caso dos autos, analisando-se o edital do concurso público realizado pelo Ministério da Cultura para provimento de cargos do Plano Especial de Cargos da Cultura, da Biblioteca Nacional, da Funarte e da Fundação Cultural Palmares, havendo previsão de preenchimento de diversos cargos/área de especialidade com quantitativo entre 5 (cinco) e 48 (quarenta e oito) vagas, independentemente da localidade, era possível, portanto, a reserva de pelo menos 01 (uma) vaga a candidatos portadores de deficiência nos respectivos cargos.

IX. Aplicando-se o percentual fixado no edital, o Ministério da Cultura deveria ter reservado, no total, 17 (dezesete) vagas para portadores de necessidades especiais e não apenas as 4 (quatro) previstas.

X. Como afirmado pelo próprio Ministério Público Federal na inicial, o desfazimento do ato viciado não se mostra mais possível, uma vez que “o referido certame já foi homologado, numerosos candidatos aprovados já foram empossados e o seu prazo de validade expirou em 26 de junho de 2008”.

XI. Não há como se acolher o pedido de compensação das vagas, que deveriam ser reservadas, para os próximos concursos, ante a circunstância de que compete à Administração, a seu exclusivo critério, dentro de seu poder discricionário, realizar novo concurso ou não, razão por que não há como se garantir a pretendida compensação.

XII. Também não merece acolhimento a pretensão de que a União observe as normas que regem a reserva de vagas a deficientes em concursos futuros, uma vez que, nesse ponto, falece interesse de agir ao Ministério Público Federal, pela simples razão de inexistência de lesão ou ameaça de lesão aptas a justificar a intervenção judicial. Nessa perspectiva, descumprindo a União, em certames futuros, as normas pertinentes à reserva de vagas a candidatos portadores de deficiência, caberá ao MPF, então, impugnar o concurso. Precedente: TRF 5ª Região, AC509823/RN, Quarta Turma, rel. Desembargador Federal Marco Bruno Miranda Clementino (convocado), *DJE* – 02/08/2012 – p. 687.

XIII. Apelação a que se nega provimento.

Numeração única: 0022603-09.2008.4.01.3400

Apelação Cível 2008.34.00.022697-8/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 07/10/2015, p. 802

Processual Civil. Ação civil pública. Execução provisória de sentença. Prisão administrativa e deportação imediata de estrangeiro. Irreversibilidade da medida. Esvaziamento do objeto da apelação. Agravo de instrumento. Provimento.

I. A execução provisória de sentença proferida em ação civil pública que determina a deportação imediata de estrangeiro esvazia por completo o objeto da apelação interposta em face do aludido *decisum*, além de, na hipótese em comento, implicar em “extradição por vias transversas” do alienígena, o que já fora inadmitido anteriormente pelo presidente da República.

II. Os argumentos expendidos nas contrarrazões, de que “o fato de o Chefe do Poder Executivo ter optado, em ato político, pela negativa da extradição de [...], não significa que os crimes por ele praticados não sejam passíveis de extradição”, e de que, nessa situação, “o visto de permanência concedido ao italiano pelo Conselho Nacional de Imigração viola claramente o art. 7º da Lei 6.815/80”, o qual dispõe que “não se concederá visto a estrangeiro: IV – condenado ou processado em outro país por crime doloso, passível de extradição segundo a lei brasileira”, constituem o próprio mérito do recurso de apelação, que não deve ser aqui apreciado.

III. Agravo de instrumento provido.

Agravo de Instrumento 0000019-16.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 25/09/2015, p. 1.312

Administrativo. Agravo de instrumento. Direito de participação no recebimento de royalties marítimos. Instalações de embarque e desembarque de produção de óleo bruto e gás natural. Quadro de boias instalado na plataforma continental e situado nos limites geográficos do município. Critério de linhas geodésicas ortogonais. Município de Itapipoca. Natureza de município confrontante. Agravo provido.

I. Cuidam os autos de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto pelo Município de Itapipoca/CE contra a decisão em que o MM. Juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em ação ordinária, indeferiu o pedido de tutela antecipada mediante a qual pretendia o requerente compelir a Agência Nacional de Petróleo – ANP ao pagamento mensal de *royalties*, a título de compensação financeira, em virtude de participação na produção de petróleo e gás natural “[...] decorrente da existência de instalações de embarque e desembarque de óleo bruto e gás natural (quadro de bóias) em seus limites geográficos projetados;”.

II. O direito à recepção de *royalties* pelos municípios, independentemente de eventuais dúvidas em situações casuísticas, é direito que a legislação especial que regula a matéria reconhece de modo expresso, como estabelecem, dentre outros, as seguintes normas: Lei 2.004 (com redação dada pela Lei 7.990), art. 27, § 4º; Decreto 1/1991, art. 18, inciso III; Lei 9.478, art. 49, inciso II, alínea b; Constituição Federal, art. 20, § 1º.

III. Na espécie, o pedido formulado no agravo merece acolhida, porquanto o Município de Itapipoca possui a condição de “confrontante” com área de extração situada na plataforma continental, notando-se que, segundo a prova documental que instruiu o recurso, a própria Agência Nacional de Petróleo – ANP reconhece essa posição geográfica, embora entenda não estar configurado direito aos *royalties*.

IV. Embora a ANP alegue que as instalações referentes ao quadro de boias não estejam alocadas no território do Município de Itapipoca, mas em área pertencente à União, está comprovado nos autos, tal como destaca o agravante, que o pedido de *royalties* está fundado no argumento de que as instalações de extração de gás e petróleo (os campos de extração e as estações de boias) estão sediadas na plataforma continental, mas inseridas na área de projeção geográfica de seu território, condição que decorre de um traçado composto por linhas geodésicas (geográficas) ortogonais (perpendiculares ao litoral do município), que formam um ângulo reto, de 90º, em relação à costa marítima, e podem se estender até o alto mar, passando pela plataforma continental (disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/ortogonal/>>, acesso em 24/09/2014).

V. Não altera e não afasta o direito buscado, por si só, o fato de a plataforma de extração estar situada em 20 ou 40 km da costa, ou seja, aproximadamente a 8 ou 18 milhas marítimas, uma vez que a plataforma continental se inicia a cerca de 12 milhas da praia (costa marítima), e as lavras de petróleo e gás comumente se localizam na Zona Econômica Exclusiva ou mesmo em alto mar, aplicando-se em regra grandes distâncias marítimas para essas posições, de até 300 milhas, por exemplo.

VI. No caso em exame, ratificar o argumento esposado na decisão agravada resultaria, em termos concretos, na inexistência de direito, para municípios e estados, dos *royalties* originados na lavra realizada na plataforma continental, notando-se, ainda, que a projeção territorial ortogonal expendida até a plataforma continental, evidentemente, não se limita à área terrestre do município, mas considera a dimensão ficta geográfica que se projeta pela extensão marítima, alcançando, inclusive, a plataforma continental.

VII. Agravo provido para o fim de confirmar a antecipação de tutela antes deferida, julgar procedente o pedido recursal e determinar que o Município de Itapipoca, do Estado do Ceará, ora agravante, por deter a condição de município confrontante, receba as parcelas de *royalties* referentes às operações com gás natural realizadas nas instalações sediadas na plataforma continental na área de projeção territorial indicada pelas linhas ortogonais estabelecidas pelo IBGE, conforme documentação que instruiu, originalmente, o recurso, sem prejuízo da continuidade de pagamento dos *royalties* que já são reconhecidos ao município agravante.

Agravo de Instrumento 0048302-07.2014.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques – 6ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 28/09/2015, p. 668

Administrativo. Plano de saúde. Ressarcimento de gastos com medicamento. Doença rara. Hipopituitarismo. Medicamento de alto custo. Saúde Caixa. Autogestão. Lei 9.656/1998, art. 10, § 3º. Exclusão da cobertura.

I. Hipótese em que a autora, associada ao plano de saúde da Caixa Econômica Federal (Saúde Caixa), pleiteia o reembolso de gastos com medicamento para seu filho, diagnosticado com hipopituitarismo (CID E23.7), doença rara, decorrente de insuficiência hormonal que pode levar a quadros de infertilidade, redução do crescimento e nanismo, o que foi negado pelo plano Saúde Caixa, ao argumento de que a patologia não consta da tabela de cobertura do plano de saúde.

II. Consoante Cartilha do Beneficiário, cuja cópia consta dos autos, a lista de patologias cujo custeio de medicamentos é autorizado pelo Saúde Caixa não inclui a doença em questão.

III. A Caixa Econômica Federal, como operadora do plano de saúde, está submetida às disposições da Lei 9.656/1998, sob fiscalização da Agência Nacional de Saúde, mesmo que seu programa assistencial tenha sido criado em período anterior; contudo, sendo administradora de modalidade de autogestão, está dispensada de oferecer a cobertura do plano ou seguro referência, conforme § 3º do art. 10 da aludida lei.

IV. Ademais, ainda segundo a Cartilha do Beneficiário, o custeio de medicamentos especiais se restringe àqueles não fornecidos pelo SUS, sendo que o hipopituitarismo, por se tratar de doença rara, já é atendido pelo SUS.

V. Sentença confirmada.

VI. Apelação não provida.

Apelação Cível 0028060-73.2014.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 02/10/2015, p. 4.261

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais (CRM-MG). Fertilização in vitro. Planejamento familiar. Constituição Federal, art. 226, § 7º. Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina. Vedação à doação de óvulos por pessoa não anônima. Falta de regulamentação legislativa. Sentença concessiva da segurança. Apelação. Preliminares de ilegitimidade ativa e de litisconsórcio passivo. Rejeição.

I. Preliminares de ilegitimidade ativa e de litisconsórcio passivo necessário rejeitadas. Não ocorrência de perda do objeto da lide em razão do nascimento da criança, em razão do interesse dos impetrantes na geração de outro filho mediante ovodação.

II. Consoante disposto no art. 226, § 7º, da Constituição Federal, “[...] o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

III. A Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, ato infralegal, não pode se sobrepor aos ditames constitucionais e legais para impedir a ovodação, na hipótese dos autos.

IV. Sentença confirmada.

V. Agravo retido, recurso de apelação e remessa oficial, desprovidos.

Apelação/Reexame Necessário 0007402-87.2012.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 02/10/2015, p. 4.246

Administrativo, Consumidor e Processual Civil. Ação civil pública. Adequação. Legitimidade do Ministério Público Federal. Serviço de telefonia fixa comutado. Bloqueio de terminal em decorrência de inadimplemento, em razão de pedido do titular da linha, bem como por força de decisão judicial. Impossibilidade de cobrança de tarifa de assinatura básica. Ausência de serviço.

I. A ação civil pública é via processual adequada para questionar a prestação de serviços de telefonia, supostamente ofensivos ao direito do consumidor, ainda que regulados por norma da Anatel.

II. O Ministério Público possui legitimidade ativa para promover a defesa dos direitos difusos ou coletivos dos consumidores, bem como de seus interesses ou direitos individuais homogêneos, inclusive quanto à prestação de serviços públicos, que é a hipótese dos autos.

III. “Fundando-se a demanda em suposta omissão da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, no tocante ao exercício de suas funções institucionais, deixando de proceder à regular fiscalização quanto à correta prestação dos serviços contratados, na defesa dos interesses do consumidor/usuário, afigura-se manifesta a sua legitimidade passiva ad causam, na espécie.” (AC 0001675-58.2005.4.01.4300/TO, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, *e-DJF1*, p. 161, de 17/11/2008.)

IV. Se a Anatel não exerce o seu poder fiscalizatório de forma voluntária quando lhe é apontada a ocorrência de irregularidades em relação à cobrança de tarifa por parte de concessionária de serviço de telefonia, pode ser compelida a fazê-lo, mormente quando afirma que não concorda com a cobrança levada a efeito. Precedente deste Tribunal.

V. Nos termos do art. 77 da Resolução Anatel 85/1998, o bloqueio do terminal a pedido do assinante por prazo mínimo de 30 (trinta) dias e máximo de 120 (cento e vinte) dias, não deve ocasionar ônus para o assinante, o que implica dizer em ausência de pagamento de assinatura básica. Precedente do TRF4 (AG 200304010561123).

VI. A previsão contida no art. 111 da Resolução 426/2005, no sentido de proibir a cobrança de tarifa de assinatura básica nos casos da existência de pedido de bloqueio de terminal a pedido do usuário, no tempo e termos que aponta, somente veio reforçar o que já estava implícito no art. 77 da Resolução Anatel 85/1998.

VII. Com fundamento na legislação consumerista, não há que se falar em cobrança de assinatura básica mensal quando o usuário está impedido de utilizar o serviço de telefonia em razão do bloqueio do terminal, ainda que este tenha ocorrido por força de determinação judicial. O simples fato da inexistência de norma que proíba a cobrança da tarifa nestes casos não dá o direito de a concessionária cobrar a tarifa de assinatura básica, eis que não há a efetiva prestação de serviço ou pelo menos sua disponibilização.

VIII. Não obstante a ausência de previsão normativa proibindo a cobrança da tarifa mensal básica em relação ao consumidor inadimplente nos casos de suspensão total do serviço, este fato por si só não importa em autorização para sua cobrança. Devem ser aplicados, ao caso, os mesmos fundamentos utilizados para a impossibilidade de cobrança em razão de bloqueio por decisão judicial, qual seja, ausência do serviço.

IX. Remessa oficial e apelação da Anatel e da CTBC a que se nega provimento.

Numeração única: 0001349-03.2006.4.01.3803

Apelação/Reexame Necessário 2006.38.03.001409-4/MG

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 02/10/2015, p. 4.161

Administrativo. Concurso público. Hidrocefalia. Retardo mental leve. Deficiência física caracterizada. Apelação provida. Sentença reformada.

I. Como se observa do laudo juntado aos autos pelo próprio apelante, ele “apresenta quadro de retardo mental leve”. Interpretando-se o disposto no art. 4º, inciso IV, do Decreto 3.298/1999, que exige “funcionamento intelectual significativamente inferior à média” de maneira abrangente e protetiva da pessoa com deficiência, deve-se anular o ato administrativo que o excluiu da lista de candidatos com deficiência do certame.

II. Ademais, a deficiência mental leve, incontroversa nos autos, caracteriza funcionamento intelectual inferior à média, conformando-se ao critério previsto no decreto acima aludido. Precedente.

III. Não qualificado o retardo mental quanto ao nível no inciso IV do art. 4º do Decreto 3.298/1999, que considera genericamente a deficiência mental, não pode o intérprete excluir, no caso de retardo mental leve, da lista de deficiência.

IV. Ao candidato *sub judice* não se reconhece direito à nomeação e posse, antes do trânsito em julgado da decisão, já que inexistente, em Direito Administrativo, o instituto da posse precária em cargo público (AMS 0006306-34.2002.4.01.3400/DF – *e-DJF1* de 28/06/2010).

V. Sentença reformada. Recurso de apelação provido.

Apelação Cível 0060163-77.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 06/10/2015, p. 115

Constitucional. Administrativo. Ordem dos Advogados do Brasil. Quinto constitucional. Lista sêxtupla. Votação aberta. Vício na composição do conselho. Não influência no resultado da votação.

I. A *res in iudicio deducta* neste mandado de segurança é a regularidade na votação aberta para a escolha dos integrantes da lista sêxtupla da Ordem dos Advogados do Brasil no processo de escolha do quinto constitucional de advogados nos tribunais (artigo 94 da Constituição Federal).

II. Não existe previsão normativa que imponha a votação secreta na hipótese e, como bem observou o ilustre procurador regional da república que oficiou nestes autos, “o próprio Conselho Nacional de Justiça tem recomendado o voto aberto para a composição do quinto constitucional sob o princípio constitucional da publicidade dos atos públicos, categoria onde se insere a votação questionada”.

III. Além disso, eventual vício na composição do conselho votante não teve influência no resultado da votação.

IV. Apelação não provida. Sentença mantida.

Numeração única: 0003481-55.2009.4.01.3600

Apelação Cível 2009.36.00.003481-7/MT

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 25/09/2015, p. 1.509

Administrativo. Ordem dos Advogados do Brasil. Exame de ordem. Membro da magistratura ou Ministério Público estrangeiro. Dispensa. Impossibilidade.

I. A norma que exige do Exame de Ordem somente contempla, na hipótese, os membros da magistratura e do Ministério Público nacionais, porquanto não é possível conceber que pessoas oriundas de países e sistemas jurídicos diversos possam integrar, de plano, a advocacia nacional.

II. Saliente-se que não há lacuna na norma em questão, uma vez que: “[...] só se aplica a analogia quando, na lei haja lacuna, e não o que os alemães denominam ‘silêncio eloqüente’ (*beredtes schweigen*), que é o silêncio que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia” (RE 130.552/SP, junho/1991, RTJ 136/1342).

III. Assim, não se pode vislumbrar a existência de lacuna legislativa na hipótese, pois a norma em análise não se refere a membros da magistratura ou do Ministério Público estrangeiros ou alienígenas.

IV. Por outro lado, a prova colacionada nos autos não permite concluir que o apelante é realmente originário de órgão equivalente ao Ministério Público.

V. Apelação não provida. Sentença mantida.

Numeração única: 0024541-73.2007.4.01.3400

Apelação Cível 2007.34.00.024661-6/DF

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 18/09/2015, p. 4.109

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: *Revista Fórum Administrativo*;
- ★ Editora Forense: *Revista Forense*;
- ★ Editora LTR: *Revista de Previdência Social – RPS*;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: *Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas*;
- ★ Editora Dialética: *Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual*;
- ★ Editora Nota Dez: *Revista Jurídica e Revista Interesse Público*;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*;
- ★ Editora Plenum: *Revista Juris Plenum*;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: *Revista de Direito Tributário da APET*;
- ★ Editora IOB: *Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB, IOB Direito Administrativo, Direito Público e CD Juris Síntese, Revista Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público, Revista Síntese Responsabilidade Pública, Revista Síntese Licitações, Contratos e Convênios, Revista Síntese Direito Ambiental, Revista Síntese Direito Previdenciário, Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário.*

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.

Instruções Editoriais

- A Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem como objetivo divulgar acórdãos e decisões monocráticas dos órgãos julgadores e dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região, bem como publicar artigos especializados de autores do meio jurídico, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Elaboração dos trabalhos

- Os artigos doutrinários devem ser apresentados da seguinte forma: fonte *Times New Roman*, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e configurados em folha A4, títulos e subtítulos destacados do corpo do texto; nome completo do autor logo abaixo do título e sua qualificação e títulos em nota de rodapé da primeira página; utilização somente de itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado. Devem conter necessariamente um tópico de introdução e outro de conclusão; resumo e palavras-chave na língua do texto; e no mínimo três e no máximo trinta laudas. As referências e citações devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, NBR 6023 e 10520.
- A Revista do TRF 1ª Região não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos originais, reservando-se o direito de corrigir erros tipográficos evidentes e proceder à padronização conforme projeto editorial próprio. A revisão textual é realizada quando autorizada pelo autor, responsável pelo conteúdo do trabalho.
- As exceções serão analisadas pela autoridade competente.
- Ao autor serão fornecidos três exemplares da Revista.
- Eventuais dúvidas poderão ser dirimidas por meio dos telefones 3410-3574 e 3410-3571 ou pelo *e-mail* cojud-revista@trf1.jus.br.

Submissão e encaminhamento de artigos

- Os trabalhos devem ser preferencialmente inéditos (exceto os publicados somente por meio eletrônico). Esses não devem infringir norma ética, respeitando as normas gerais que regem os direitos do autor.
- A remessa ou publicação dos trabalhos não implica remuneração de seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorre de juízo de oportunidade da Revista do TRF 1ª Região.
- As opiniões emitidas, assim como a exatidão, a adequação e a procedência das referências e das citações bibliográficas são de exclusiva responsabilidade dos autores. A Revista não publica trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional, nem material que possa ser considerado ofensivo ou difamatório.
- Os trabalhos devem ser encaminhados ao *e-mail* cojud-revista@trf1.jus.br ou ao endereço: TRF 1ª Região – Seção de Apoio ao Gabinete da Revista/Cojud – SAS Sul, Quadra 1, Bloco C, Ed. Anexo I, Sala 110 – CEP 70.096-900 – Brasília/DF. A folha de rosto deve ser identificada com título do artigo em português (preferencialmente até oito palavras) e nome completo, titularidade, endereço, telefone e *e-mail* do autor.

