

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região



v. 26 n. 9/10 set./out. 2014

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 26	n. 9/10	p. 1/238	setembro/outubro 2014
---------	----------	-------	---------	----------	-----------------------

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

Maria Aparecida Guimarães da Cruz Nunes

Maria José de Oliveira Silva

Editoração eletrônica

José Hugo de Lima Reis – prestador de serviço

Luciana Fernandes Menezes

Matuzalém Braga dos Santos

Rozângela Andrade P. da Silva - prestadora de serviço

Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Rozângela Andrade P. da Silva - prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Impressão

Núcleo de Serviços Gráficos – Nugra/Secge

Tiragem: 800 exemplares

Confecção de chapas CTP

Studio Produções Gráficas

Seção de Apoio à Revista – Serev/Cojud/TRF1

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

70.096-900 – Brasília/DF

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

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

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

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

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

Disponível também em:

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

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

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 1, n. 1

(out./dez. 1989) - . – Brasília : TRF 1, 1989-

v.

Publicada mensalmente de nov. 2000-dez. 2012.

Publicada bimestralmente a partir de janeiro de 2013.

ISSN 0103-703-X

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

Desembargador Federal Adhemar Maciel
abril/1989 – novembro/1992

Desembargador Federal Catão Alves
novembro/1992 – outubro/1993

Desembargador Federal Leite Soares
novembro/1993 – junho/1994

Desembargador Federal Tourinho Neto
junho/1994 – abril/1997

Desembargador Federal Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999

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

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

Desembargador Federal Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005

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

Desembargador Federal Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007

Desembargador Federal Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009

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

Desembargador Federal Ítalo Mendes
outubro/2010 – maio/2012

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



Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
a partir de maio/2014

Crime de conspiração: uma análise crítica do projeto de Código Penal, 11

Marcelo Meireles Lobão

Soltura de *balões sem fogo*: a inconstitucionalidade de leis municipais que autorizam essa prática e a tipicidade criminal da conduta, 29

Marcelo Honorato

Inovações Legislativas

Medida Provisória 656, de 07/10/2014.

Decreto 8.302, de 04/09/2014.

Decreto 8.303, de 04/09/2014.

Decreto 8.304, de 12/09/2014.

Decreto 8.315 de 24/09/2014.

Decreto 8.325 de 07/10/2014.

Acórdãos — Inteiros Teores

Corte Especial – Licitação. Projeto da rede nacional de transporte rodoviário de passageiros, 43

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0009327-13.2014.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Presidente

Corte Especial – Precatório. Competência do juízo da execução, 48

Mandado de Segurança 0031803-79.2013.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Primeira Seção – Servidor público. Pensão por morte. Companheira. Habilitação tardia, 53

Ação Rescisória 0005844-09.2013.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Candido Moraes

Primeira Seção – Revisão de benefício decorrente de acidente de trabalho. Incompetência da Justiça Federal, 56

Numeração única: 0037132-82.2007.4.01.0000

Ação Rescisória 2007.01.00.037587-3/MG

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Segunda Seção – Empresa securitária, equiparada a instituição financeira sem autorização legal. Suspensão do exercício da atividade econômica, 59

Mandado de Segurança Criminal 0029082-23.2014.4.01.0000/BA

Relator: Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado (convocado)

Segunda Seção – Denúncia. Prefeito municipal. Supostas irregularidades na condução de procedimentos licitatórios, 65

Inquérito Policial 0028458-42.2012.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Terceira Seção – Concurso público. Exame psicotécnico. Perfil profissiográfico. Previsão legal, 70

Ação Rescisória 0005117-55.2010.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

Terceira Seção – Exploração de gás natural. *Royalties*. Critério de distribuição, 75

Numeração única: 0016022-75.2008.4.01.3400

Embargos de Declaração nos Embargos Infringentes 2008.34.00.016092-3/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Quarta Seção – Execução contra a Fazenda Pública. Crédito-prêmio do IPI, 78

Embargos Infringentes na Apelação Cível 0023270-20.2002.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Quarta Seção – Retomada de despacho aduaneiro. Inexistência de violação ao art. 18 da Lei 9.779/1999, 84

Ação Rescisória 0036996-46.2011.4.01.0000/BA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Primeira Turma – Procurador de Estado. Aposentação anterior à nomeação para o cargo de juiz federal, 92

Apelação/Reexame Necessário 0017496-42.2012.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Primeira Turma – Servidor público federal. Revisão de incorporação de quintos pela atividade efetivamente exercida.

Desvio de função. Diferenças salariais entre os cargos, 98

Apelação Cível 0061344-16.2011.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado)

Segunda Turma – Pensão por morte. Qualidade de segurado. Recolhimento à prisão no período de graça, 101

Numeração única: 0004942-17.2007.4.01.9199

Apelação Cível 2007.01.99.005220-0/RO

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Segunda Turma – Salário-maternidade. Trabalhadora rural. Qualidade de segurada especial, 104

Apelação Cível 0013749-21.2010.4.01.9199/PI

Relator: Desembargador Federal Candido Moraes

Terceira Turma – Concussão. Deputado federal, 108

Apelação Criminal 0036953-07.2005.4.01.3400

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Terceira Turma – Desapropriação. Acordo homologado em juízo. Descumprimento. Cláusula *rebus sic stantibus*. Teoria do adimplemento substancial, 111

Agravo de Instrumento 0022688-34.2013.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Quarta Turma – Introdução de estrangeiro clandestinamente no País. Cárcere privado, 118

Numeração única: 0008434-11.2003.4.01.3200

Apelação Criminal 2003.32.00.008439-3/AM

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Quarta Turma – Crime ambiental. Direito à preservação do meio ambiente. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade, 124

Numeração única: 0001160-17.2009.4.01.3804

Apelação Criminal 2009.38.04.001161-4/MG

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Quinta turma – Aterro sanitário. Área de segurança aeroportuária. Dano ambiental, 139

Numeração única: 0005871-10.2004.4.01.3200

Reexame Necessário na Ação Civil Pública 2004.32.00.005878-9/AM

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Quinta Turma – Cativeiro de passeriformes da fauna silvestre brasileira sem autorização do Ibama. Conversão da pena de multa em prestação de serviços à comunidade, 143

Apelação/Reexame Necessário 0050582-36.2010.4.01.3800/MG

Relatora: Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (convocada)

Sexta Turma – Aneel. Implantação de serviços em área com direitos de servidão minerária. Perigo de impossibilidade de desfazimento. Suspensão do ato administrativo, 151

Agravo de Instrumento 0019898-43.2014.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Sexta Turma – Responsabilidade civil. Servidor público. Vítima fatal de acidente de trânsito. Culpa concorrente, 155

Numeração única: 0021367-81.2006.4.01.3500

Apelação/Reexame Necessário 2006.35.00.021455-3/GO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Sétima Turma – ITR. Áreas de preservação permanente e de reserva legal. Registro imobiliário. Ato declaratório ambiental. Inexigibilidade, 163

Numeração única: 0028866-55.2007.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2007.38.00.029427-0/MG

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Sétima Turma – Exame. OAB. Invalidação da nota. Devolução do tema ao examinador. Nova avaliação, 166

Apelação Cível 0005596-28.2013.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Oitava Turma – Ingresso de moeda no País em montante superior ao permitido por lei. Restituição negada 169,

Numeração única: 0038964-43.2004.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2004.34.00.048062-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Oitava Turma – Pena de suspensão do exercício profissional. Penalidade subsistente até o pagamento da dívida pelo advogado, 170

Apelação Cível 0004937-78.2012.4.01.4200/RR

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

Decisões Monocráticas

175

Refis. Apropriação dos valores. Novo pedido de adesão. Reabertura do prazo, 175

Agravo de Instrumento 0040991-62.2014.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Manobras ilícitas para frustrar a satisfação dos créditos tributários. Penhora semanal sobre o faturamento da empresa executada, 177

Agravo de Instrumento 0044577-10.2014.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

UHE Três Irmãos. Reversão dos bens. Discussão dos valores. Indenização, 180

Agravo de Instrumento 0046642-75.2014.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Caixa Econômica Federal. Contratação de empresas para a prestação de serviços técnicos. Suspensão de exigências constantes do edital, 183

Agravo de Instrumento 0045122-80.2014.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

União e Instituto Aerus de Seguridade Social. Pagamentos de complementação de aposentadorias, pensões e auxílio-doença. Planos Varig e Transbrasil, 185

Numeração única: 0010295-77.2004.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2004.34.00.010319-2/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Concurso público. Cargo de analista legislativo. Garantia do direito de permanecer no regime previdenciário anterior, até o trânsito em julgado, 195

Agravo de Instrumento 0045826-93.2014.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Anac. Regularização da aeronave. Dispensa de exigência, 198

Agravo de Instrumento 0038414-14.2014.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Exploração do estacionamento do Terminal 2 do Aeroporto Internacional de Brasília, 200

Agravo de Instrumento 0054024-22.2014.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

DNIT. Suspensão da empresa recorrida de participação de licitações, 2003

Agravo de Instrumento 0053977-48.2014.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)

Advogados e sociedades de advogados inscritos na seccional da OAB/RO. Suspensão do envio de informações protegidas pelo sigilo bancário à Receita Federal do Brasil, 205

Suspensão de Execução de Sentença 0053431-90.2014.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Presidente

Imposição de segredo de justiça para somente uma das partes do processo. Ilegalidade, 210

Agravo de Instrumento 0067549-08.2013.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

UFJF. Abstenção em celebrar contrato com a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), 211

Agravo de Instrumento 0051213-89.2014.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

Programa Nacional de Controle da Dengue. Fundo Estratégico/Opas. Processo de aquisição de inseticidas. Afastamento de exigência, 213

Agravo de Instrumento 0010492-95.2014.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)

Mora do Poder Executivo no envio de projeto de lei ao Congresso Nacional sobre a revisão anual da remuneração dos servidores públicos federais. Indenização por danos morais e materiais, 217

Numeração única: 0060137-55.2006.4.01.3400

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2006.34.00.917546-0

Relator: Juiz Federal José Henrique Guaracy Rebêlo

Pensão especial. Soldado da borracha. Possibilidade de cumulação com outro benefício previdenciário, 218

Numeração única: 0018000-66.2012.4.01.3200

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2012.32.00.914242-5

Relator : Juiz Federal Herculano Martins Nacif

Agravo interno. Decisão que negou seguimento ao pedido de uniformização de jurisprudência. Decisão irrecurável, 219

Numeração única: 0011973-81.2010.4.01.3800

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2010.38.00.702437-2

Relatora: Juíza Federal Ana Carolina Campos Aguiar

Relator p/ acórdão: Juiz Federal Érico Rodrigo Freitas Pinheiro

Breviário

223

Conflito de competência entre seções. Contrato administrativo. Telefonia. Assinatura básica. Mudança de endereço.

Ação rescisória. Pensão por morte. Servidor militar. Rateio entre a viúva e a ex-esposa beneficiária de pensão alimentícia.

Ação rescisória. Ação de improbidade administrativa. Nova decisão do TCU. Aprovação de contas anteriormente não aprovadas. Condenação desconstituída.

Desconstituição de penhora no rosto dos autos. Competência da Justiça do Trabalho.

Imposição de expedição de nota de empenho. Inobservância da regra da submissão ao precatório.

Absorção de funcionários da Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira. Pretensão de ascensão funcional. Impossibilidade.

Aposentadoria especial. Trabalho exercido em frigorífico.

Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Banco clandestino. Gestão fraudulenta. Autoridades sem prerrogativa de foro.

Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Administradores e conselheiros de cooperativa de crédito.

Advogado. Direito de ser recolhido preso em sala de Estado Maior ou, na sua falta, em prisão domiciliar.

Improbidade administrativa. Emendas propostas por parlamentar para aquisição de ambulâncias. Ato de improbidade.

Concurso público. Procurador do Banco Central do Brasil. Nomeação. Efeitos retroativos condicionados a aprovação no processo de qualificação.

Direito do idoso. Internação hospitalar. Assistência por um acompanhante. Restrição em função do sexo.

FUB. Plágio. Impedimento à utilização. Indenização.

Exceção de suspeição. Magistrado. Docência na instituição de ensino integrante da relação processual.

FUB. Contrato de trabalho temporário. Sucessivas prorrogações. Ausência de concurso público.

Ação civil pública. Nulidade de ato normativo do Bacen e da Receita Federal. Recolhimento da CPMF.

Ação civil pública. Fraude em exame da OAB/GO. Anulação do exame quanto ao réu envolvido no ilícito. Condenação dos réus em dano moral coletivo.

Execução fiscal. Imposto de Renda. Definição do fato gerador do tributo.

Isenção tributária. Unesco. Convenção sobre privilégios e imunidades das agências especializadas das Nações Unidas. Acordo básico de assistência técnica.

Imposto de Renda. Previdência privada. Repetição de indébito. Dedução de valores restituídos na declaração de ajuste.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência **235**

Instruções Editoriais **237**

Crime de conspiração: uma análise crítica do projeto de Código Penal

Marcelo Meireles Lobão*

Resumo

Este trabalho aborda a tipificação da conspiração, *de lege ferenda*, em suas três facetas: conspiração como *ofensa ao bem jurídico*, conspiração como *crime* e conspiração *como tipo penal*. O planejamento delitivo, desde logo, constitui verdadeira ofensa ao bem jurídico tutelado, abalando a disponibilidade que o sujeito passivo detém sobre o bem. A punição da conspiração, que encontra fundamento no princípio constitucional da proibição da proteção deficiente, enquanto imperativo de tutela inafastável da proteção dos direitos fundamentais, guarda compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Sob o ponto de vista técnico-legislativo, a criminalização da conspiração como tipo penal independente soa como a melhor alternativa, em comparação com a proposta de ampliação do conceito de tentativa.

Palavras-chave: Criminalização. Conspiração. *Iter criminis*. Tentativa. Tipo autônomo.

1 Introdução

A presente pesquisa teve por escopo enfrentar alguns dos aspectos dogmáticos, técnico-jurídicos e de política criminal que envolvem a tipificação da conspiração criminosa no Brasil, tendo como fio condutor o Projeto de Código Penal, e servindo-se, para contraponto, do Projeto de Lei da Câmara 555, de 2001: contexto social e a necessidade da criminalização do planejamento delitivo; constitucionalidade de eventual lei tipificadora; instituição como figura autônoma ou um novo inciso ao art. 14 do Código Penal; extensão a todas as condutas penalmente relevantes ou não, entre outros temas correlatos.

A doutrina brasileira se acostumou a abordar os textos legislativos somente após a sua promulgação. Pouca ou nenhuma atenção se dá às proposições legislativas durante sua tramitação no Congresso Nacional, quando é ainda possível o seu aprimoramento. Em se

tratando de norma penal, que, mais do que qualquer outra, afeta o exercício das liberdades públicas fundamentais, estudos como esse se apresentam particularmente relevantes. Veja-se que, no País, o controle da constitucionalidade das leis também se opera previamente, pelo Congresso Nacional, sobretudo por meio de suas comissões de constituição e justiça, como também por intermédio do veto presidencial.

Enfim, o estudo tangencia importantes aspectos da matéria, os quais, sem embargo, podem ser reconduzidos a uma única problemática de pesquisa: a criminalização da conspiração seria compatível com a ordem jurídica e em que extensão?

De assinalar-se, igualmente, que o momento não poderia ser mais apropriado para o debate da matéria. Recentemente, a comissão de juristas instituída pelo Senado da República para preparar um anteprojeto de novo Código Penal revelou o resultado de seus intensos trabalhos. De início, porém, é preciso salientar que a comissão não incorporou ao texto nenhuma das propostas ventiladas sobre a matéria.

Durante umas de suas reuniões em que se discutiu a necessidade de alteração da definição de *tentativa*, os membros da comissão debateram os chamados *crimes de mando*. Porém, a maioria entendeu não ser compatível com o ordenamento jurídico pátrio a adoção de tal previsão. Na ocasião, o jurista Luiz Flávio Gomes encerrou o debate ao afirmar que, pela teoria adotada no Direito brasileiro, todo crime de mando fica pendente de algum ato executório por parte do mandatário. Assim, se o mandatário desistir de praticar a conduta, a *simples ideação* do mandante não pode ser punida, pois, nessa hipótese, o bem jurídico não esteve em perigo.

Apesar disso, a comissão buscou emprestar à tentativa sentido mais abrangente com o escopo de que sejam considerados “início de execução” atos que seriam considerados *antefactum* impuníveis, mas que, por si sós, exponham o bem jurídico a perigo.

Contudo, o projeto percorrerá ainda um longo caminho no Congresso Nacional. Assim, a discussão em torno da criminalização do planejamento criminoso não pode ser dada por encerrada. Ademais, a própria comissão abriu caminho para um debate mais profundo e sem subterfúgios.

* Juiz Federal titular da 8ª Vara Federal de Mato Grosso. Pós-graduado em Direito do Estado e Ciências Penais. Autor do livro *Responsabilidade do Estado pela Desconstituição de Contratos Administrativos em Razão de Vícios de Nulidade* (Malheiros, 2008) e diversos artigos publicados em revistas especializadas. Foi professor de curso preparatório para carreiras jurídicas e exame da Ordem.

Em síntese, o tema proposto para a pesquisa é atual, relevante e absolutamente oportuno, eis que o País passará, em breve, pela mais completa revisão de sua legislação penal da história.

Estudar o planejamento criminoso significa estudar o crime organizado, mas com enfoque diferente do que se tem observado. Na perspectiva deste modesto trabalho, a pesquisa parte do estudo das condutas preparatórias e de sua relevância causal para o acontecimento final.

2 Conspiração como violação do bem jurídico

2.1 Situando o planejamento delitivo na teoria do bem jurídico

Todos os institutos e categorias do direito penal moderno de cariz garantista gravitam em torno do conceito de bem jurídico. Por conseguinte, os tipos penais devem ser construídos com base em um bem jurídico certo e determinado. Antes, a decisão de política criminal de trazer, para o âmbito do proibido, dada conduta humana, necessariamente tem em mira a proteção de valor de reputada importância e relevância para o indivíduo, a sociedade ou o Estado.

Por isso, Cezar Roberto Bitencourt assinala que “[...] O bem jurídico constitui a base da *estrutura* e *interpretação* dos tipos penais” e

Oferece um critério material, extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, ‘Será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum.’¹

Francisco Muñoz Conde, nessa mesma linha de pensamento, acentuou que o bem jurídico é a “Chave que permite descobrir a natureza do tipo, dando-lhe sentido e fundamento.”²

Nessa perspectiva, o planejamento delitivo, por si só, produz uma intolerável perturbação da paz social e, ao mesmo tempo, antecipa o abalo contra o bem jurídico tutelado pela norma proibitiva do fato final colimado pelo agente.

Por constituir a conspiração uma ameaça concreta e potencialmente lesiva contra um bem cuja

relevância é reconhecida por um tipo já existente, mas não inteiramente tutelado por ele, recai sobre o legislador o dever político de estender a armadura protetiva da norma.

Uma notícia publicada recentemente pela imprensa sobre a suposta conspiração de um crime de homicídio ilustra a importância do debate proposto:

A Polícia Civil [...] prendeu ontem o pistoleiro conhecido como T., que teria sido o primeiro contratado para matar S. T. teria, supostamente, recebido R\$ 20 mil de D., para matar S., mas teria fugido com o dinheiro, o que teria obrigado a contratação de um segundo bandido [...]. Na manhã de ontem, D., que foi preso na segunda-feira e solto anteontem, se disse “vítima de uma armação” de S. para incriminá-lo. ‘Esse suposto crime que me acusam, de encomendar a morte de alguém, nem é crime. Prenderam-me sem razão porque, se fosse verdade, não há no Código Penal nada que fale sobre um crime de encomendar a morte’, afirmou.³

Casos como este tornaram-se recorrentes no País. Se de um lado, aprimoraram-se os métodos investigativos e os serviços de inteligência policial têm evoluído a cada dia, de outro, os crimes têm sido planejados com maior esmero e cuidado. Os anais policiais registram um número cada vez maior de crimes que, por seu refinamento e nível de organização, tornam-se crimes quase perfeitos, expondo o bem jurídico a risco (dano) ainda maior.

Poder-se-ia citar aqui incontáveis exemplos de crimes que, por sua complexidade e sofisticação, poderiam ser tomados como enredo de ficção. Só para ficar com alguns, podem ser lembrados as extorsões mediante sequestro de Antônio Beltran Martinez

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, V. I, p. 249.

² Aut. cit. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 50.

³ BRASIL. Correio Forense. Disponível em: <http://www.correioforense.com.br/noticia_pdf/id/18445/>. Acesso em: 17/05/2012.

(1986),⁴ Abílio Diniz (1989),⁵ Roberto Medina (1990)⁶

⁴“Terminava ali o mais longo sequestro da crônica policial brasileira, uma operação em que os sequestradores levaram a melhor até sexta-feira passada (sic), saíram com uma fortuna em dólares, paga na última terça-feira por um filho de Beltran, e criaram um caso destinado a ficar entalado na garganta da polícia, que só por sorte o resolverá [...]. O que aconteceu com Beltran durante o trajeto é algo confuso. Segundo versão de sua mulher, Lecy, ele teria sido interceptado a alguns quarteirões de casa por um homem de moto com farda da Polícia Militar e não se lembraria do que veio depois, provavelmente por ter sido dopado. Pode ter sido dopado durante a captura, mas não havia qualquer homem vestido como um PM. Acionada pelo governador Montoro, a polícia desembarcou na casa de Beltran a tempo de presenciar o primeiro sinal enviado pelos sequestradores – um buquê com trinta rosas vermelhas que chegou à família às 11h30 com um bilhete datilografado que chamava a atenção por alguns erros de grafia. ‘O senhor Antonio Beltran Martinez foi sequestrado,’ começada a mensagem. Em seguida prevenia a família: ‘Se enterramos-nos de alguma operação da polícia civil ou militar, nos arredores onde está alojado o senhor Martinez; nos obrigará inexoravelmente a dar-lhe um tiro na cabeça’, finalizava a carta, semeada de erros de português. Assinatura Visível – Numa imitação de detetives de romances de mistério, o delegado Nelson Guimarães, presente à entrega do buquê, usou uma pinça para retirar o bilhete do embrulho. Era uma tentativa de preservar impressões digitais no papel – uma possibilidade fora de cogitação num caso como o de Beltran, manejado por uma quadrilha que cometeu o único deslize em toda a operação, exatamente esse de enviar correspondência através de uma floricultura.” (Revista Veja, Jornada no Purgatório. São Paulo, 24 dez. 1986, p. 28-31).

⁵“Um dos mais espetaculares sequestros ocorridos no país em todos os tempos terminou carregado de emoção na tarde de domingo passado, em São Paulo, no exato instante em que se encerrava a eleição presidencial. A pistola calibre 9 milímetros sacudida no ar em triunfo pelo delegado Oscar Matsuo, do Grupo Especial de Resgate, GER, da polícia paulista, quebrou o silêncio tenso de uma multidão formada por policiais, familiares, repórteres e moradores que acompanhavam o desfecho do caso [...]. O gesto de matsuo comemorava também a interrupção de um período obscuro em que a reputação da polícia esteve minada por uma onda de crimes bem arquitetados, envolvendo a captura de empresários, que nos últimos dois anos renderam aos criminosos pelo menos 6,5 milhões de dólares em resgates [...]. Em menos de uma semana, sem disparar um único tiro letal, a polícia paulista localizou, prendeu sem fazer concessões e autouou em flagrante – sujeitando-os a penas de oito a vinte anos de cadeia – dez criminosos de um bando internacional, formado por dois canadenses, dois argentinos, cinco chilenos [...]. ‘Os sequestradores não se preocupavam em esconder o rosto de Abílio,’ diz Nelson Silveira Guimarães, 43 anos, treze de polícia, o delegado que jamais porta armas e conduziu com fria determinação todo o lento e desgastante processo de negociação com os bandidos. Para os policiais, esse aparente descuido dos sequestradores significava uma condenação para Abílio Diniz. Além disso, para reforçar a imagem da hipótese lúgubre, os policiais encontraram um caixão num dos cômodos do sobrado [...]. O empresário ficou confinado num cômodo subterrâneo a que se tinha acesso por um poço artesiano seco. O cômodo não tinha mais que 1,5 metro por 3 metros e era revestido de madeira, guarnecido de uma cama e um vaso sanitário de campanha. O cárcere privado foi projetado por uma das sequestradoras, Maria Rabkin Bustos, que é engenheira civil [...]” (Revista Veja. O bando se rende. São Paulo, 24 dez. 1989, p. 106).

⁶“Na tarde de quarta-feira, um bilhete escrito à mão pelo próprio Medina foi deixado na banca de jornais em frente à estação de trens de Leopoldina, no centro do Rio. Na mensagem teria se fixado o Aterro do Flamengo, em frente ao Monumento dos Pracinhos, como local para pagamento do resgate. Às 8 e meia da noite da própria quarta-feira, o deputado Rubem Medina e Maria Alice, irmão

e Washington Olivetto (2001),⁷ o furto ao Banco Central em Fortaleza (2005),⁸ e os homicídios de Chico Mendes (1988),⁹ do Prefeito de Santo André Celso Daniel (2002),¹⁰ do Promotor de Justiça Francisco

e mulher do sequestrado, entregaram o dinheiro aos bandidos e ficaram sabendo que o empresário seria libertado em 24 horas.” (Revista Veja. Operação pântano, 27 jun. 1990, p. 28-34).

⁷“Norambuena sempre se destacou como líder versátil, que ali a audácia à frieza das ações terroristas sem se descuidar da doutrina política de seus seguidores”, diz Carlos Basso, jornalista chileno que nos últimos seis anos estudou o grupo terrorista. ‘Ele é frio, calculista e altamente especializado em realizar sequestros’, diz Godofredo Bittencourt Filho, diretor da Divisão Anti-Sequestro de São Paulo, que o interrogou por cinco horas na semana passada [...]. Quem não é parente nem membro do grupo terrorista de Norambuena tende a pensar diferente: que ele aproveitou seu aprendizado na guerrilha para fazer algum dinheiro à custa do sofrimento alheio [...]. (Revista Veja, Norambuena: Terror por dinheiro. São Paulo, 13 fev. 2002, p. 30).

⁸“Pelo menos duas pistas deixadas pelos ladrões que roubaram 164 milhões de reais do prédio do Banco Central de Fortaleza indicam que eles tinham um plano eficiente para praticar o crime, mas passaram a improvisar logo que começaram a gastar o dinheiro. Nas horas seguintes à conclusão do roubo, no sábado 6, os bandidos torraram 980000 reais numa loja de carros usados, comprando um lote de dezenas de veículos, e adquiriram, por mais de 7000 reais, dez passagens para São Paulo no balcão da TAM do aeroporto local [...]. No local em que mantiveram, por três meses, uma falsa empresa de grama sintética, tiveram o cuidado de espalhar gesso em pó por todos os cômodos, para dificultar a localização de impressões digitais. Para manter as aparências, haviam até confeccionado bonés com o nome da loja e distribuído alguns na vizinhança. Organizaram o empreendimento na Junta Comercial antes mesmo de alugar o imóvel e instalaram computador e telefone em nome da empresa. Pagavam em dia as contas do estabelecimento e usavam crachá no horário do ‘expediente’, segundo contam os vizinhos. Dois deles foram convidados para uma festa de travestis, na sauna do outro lado da rua. E foram. Só não toparam sair de frente nas fotografias. Nos fundos da casa, desenvolvia-se a complexa escavação do túnel. Com o teto calçado com escoras de madeira e o chão revestido de plástico grosso, a bora foi baseada num mapa oficial da rede de água e esgoto da cidade, para evitar obstáculos no caminho. O solo de Fortaleza é arenoso, fácil de cavar. Difícil foi passar pelo fundo do cofre, protegido por um sanduíche de concreto entre duas chapas de aço. Nessa operação, os ladrões gastaram horas, utilizando ferramentas que fazem pouco barulho, como serras circulares. Ao longo de todo o túnel, havia pontos de energia elétrica, para lâmpadas, ventiladores, máquinas e interfone. Um potente ar-condicionado, instalado na casa, jogava ar frio para o túnel, por meio de uma mangueira safonada.” (Revista Veja, O maior roubo do Brasil, São Paulo, 17 ago. 2005, p. 96).

⁹A morte de Chico Mendes, presidente do Sindicato dos Trabalhadores do Xapuri, no Acre, foi a mais anunciada do Brasil. Há seis meses que ele é seguido por pistoleiros profissionais e no dia 3 de setembro conseguiu fazer chegar à Polícia Federal um mandado de prisão, emitido no Paraná, dos fazendeiros agora acusados de mandantes do crime: os irmãos Derli e Alvarino Alves da Silva [...]. Os assassinos escolheram o dia e a hora. Escolheram a véspera de Natal e o momento em que grande parte do país está preocupada em saber quem matou Odete Roitman.” (GABEIRA, Fernando. Sindicalista era perseguido por pistoleiros. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 dez. 1988, A-4).

¹⁰“Até sexta-feira à noite não havia uma explicação clara para a morte do prefeito de Santo André, sequestrado quando saía com um

Lins (2002)¹¹ e dos Juízes Alexandre Martins de Castro Filho (2003),¹² Antonio José Machado Dias (2003)¹³ e Patrícia Acioli (2011).¹⁴

amigo de uma churrascaria em São Paulo e assassinado 24 horas depois. Em virtude de outro crime de morte em que a vítima foi um prefeito do Partido dos Trabalhadores, Antonio da Costa Santos, o Toninho do PT, de Campinas, interior de São Paulo, chegou-se a cogitar de uma conspiração política destinada a matar integrantes do partido de Lula [...]. (Revista Veja, O choque e a reação. São Paulo, 30 jan. 2002, p. 72).

¹¹ “O promotor de Justiça da Vara de Defesa do Consumidor de Belo Horizonte José Lins do Rego Santos, 43, foi assassinado a tiros no início da tarde de ontem, momentos depois de parar seu carro no sinal de trânsito de uma movimentada rua da região sul da capital mineira. De acordo com testemunhas, uma motocicleta branca que transportava dois homens – a placa estaria coberta com fita adesiva – emparelhou com o carro de Santos, um Golf verde, ano 1996, momento em que o ocupante da garupa teria sacado uma arma e disparado vários tiros [...]. A principal suspeita levantada ontem é a de que o promotor teria sido morto devido à sua atuação na apuração da existência de uma suposta máfia que estaria adulterando combustível em Minas. (Folha de São Paulo, Promotor é assassinado a tiros em Minas, São Paulo, 26 jan. 2002, p. C 2).

¹² “O juiz da 5ª Vara de Execuções Penais do Espírito Santo, Alexandre Martins de Castro Filho, 32, foi morto com três tiros ontem ao chegar a uma academia. O atentado foi feito por dois homens em uma moto em Vila Velha, região metropolitana de Vitória. Levado ao hospital, o juiz morreu às 8h30. O crime acontece dez dias após o assassinato do juiz-corregedor Antonio José Machado Dias, também morto a tiros, em Presidente Prudente (a 565 km de São Paulo). Suspeita-se que a morte do juiz-corregedor foi a mando do PCC (Primeiro Comando da Capital) como vingança pelo suposto rigor deste nas investigações. O juiz Alexandre Martins de Castro Filho atuava com a força-tarefa enviada ao Estado no ano passado para investigar a atuação do crime organizado [...]. O subprocurador da República Roberto Santoro, responsável pelas investigações do Ministério Público do Espírito Santo, afirmou que Castro Filho vinha sofrendo ameaças de morte havia mais de um ano.” (Folha de São Paulo, Juiz é morto a tiros no Espírito Santo, São Paulo, 25 mar. 2003, p. C 1).

¹³ “O juiz-corregedor Antonio José Machado Dias, 47, foi assassinado ontem a tiros, depois de deixar o Fórum de Presidente Prudente (565 km da capital paulista). Ele era responsável pelos principais líderes presos do PCC (Primeiro Comando da Capital) e pelo traficante carioca Luiz Fernando da Costa, o Fernandinho Beira-Mar, ligado ao Comando Vermelho e detido na vizinha Presidente Bernardes (589 km de SP). O Vectra de Dias foi fechado por um Fiat Uno, por volta das 18h30, no centro da cidade. Da calçada, um homem fez quatro disparos de pistola 9 milímetros [...]. O Uno branco usado pelos assassinos, com placa de Presidente Prudente, foi abandonado logo depois. Provavelmente, a dupla trocou de carro, o que pode indicar planejamento da ação [...]. Desde o ano passado, a polícia tem interceptado planos de atentado contra autoridades que atuaram contra o PCC – policiais, promotores e secretários – represália à criação do CRP de Presidente Bernardes [...].” (Folha de São Paulo, Juiz é morto em Presidente Prudente, São Paulo, 15 mar. 2003, p. C 1).

¹⁴ “Vieram com assinatura as balas que mataram a juíza Patrícia Acioli, 47 anos, no último dia 12, no Rio. Calibre 40, elas pertenciam a um lote comprado pela Polícia Militar e distribuído entre vários batalhões, incluindo o de São Gonçalo, onde atuava a magistrada. Nessa região, viceja um praga que Patrícia se dedicava a combater com especial empenho: as chamadas milícias, quadrilhas que, nascidas das fileiras da polícia com propósitos vagamente bem-intencionados, se convertem rapidamente em bandos de

Em todos esses crimes, que ganharam grande notoriedade, vislumbra-se um traço comum: foram pensados e preparados de forma meticulosa, por um longo período e com divisão de tarefas entre vários agentes. Essa circunstância, a par de evidenciar culpabilidade de maior magnitude, avulta a eficácia da investida criminosa. A ofensividade dos fatos é potencializada. Ao mesmo tempo, garantem-se, de forma quase infalível, a impunidade e o proveito dos delitos.

Igualmente, como consequência direta do planejamento criminoso, o Estado se vê na contingência de dispor de recursos materiais e humanos ainda maiores as ações de repressão, persecução penal e julgamento dos fatos.¹⁵

matadores a soldo dos próprios interesses ou de quem pagar melhor [...].” (Revista Veja, Os bandidos de farda. São Paulo, 31 ago. 2011, p. 138).

¹⁵ Confira-se outro exemplo recente: “Cícero Ferro é suspeito de arquitetar plano para matar dois deputados. Os detalhes ainda são mantidos em sigilo, mas a polícia confirma que descobriu um plano para assassinar os deputados alagoanos Dudu Holanda e Maurício Tavares. O principal suspeito de articular os crimes é o deputado estadual Cícero Ferro, que, segundo a polícia, contratou militares de Pernambuco para matar os dois parlamentares. O plano foi descoberto pela Superintendência da Polícia Federal, de Pernambuco, e informada para a PF em Alagoas, que interceptou os dois veículos, um Vectra e um Gol, que seriam usados no crime.

Segundo as investigações, Dudu Holanda seria assassinado na noite do dia 31 quando saísse de um edifício na orla da Pajuçara. Já Tavares, que estava em Portugal para as comemorações do Réveillon, seria morto logo que retornasse para Alagoas na segunda-feira. Os detalhes da emboscada não foram revelados pela Polícia Federal.

As informações movimentaram toda a cúpula da Defesa Social, da Polícia Civil e da Polícia Federal, em Alagoas. Uma reunião foi realizada na sede da Divisão Especial de Investigações e Capturas (Deic), no bairro do Farol, para revelar o plano ao deputado Dudu Holanda e a Raimundo Tavares, irmão do deputado Maurício Tavares.

Por meio da assessoria, o delegado geral José Edson Freitas confirmou que se reuniu com Holanda e Raimundo Tavares para passar detalhes do plano descoberto. No entanto, o delegado informou ainda não iria se pronunciar novamente sobre o fato, já que está sendo investigado de forma sigilosa pelas polícias Civil e Federal.

O Tudo na Hora conversou com o advogado de Cícero Ferro, Welton Roberto, sobre as suspeitas contra o deputado, mas ele preferiu não se pronunciar, já que também é advogado do deputado Dudu Holanda. “Ainda vou conversar com os dois para saber mais detalhes, mas inicialmente prefiro não falar”, disse.

Na condição de suplente, Cícero Ferro assumiu o mandato de deputado depois que Dudu Holanda se afastou por 120 dias da Assembleia Legislativa Estadual (ALE). Anteriormente, Ferro já havia assumido a cadeira de Maurício Tavares, que se afastou do cargo em agosto.

Cícero Ferro responde a processo por crimes de homicídios, contra o primo Jacó Ferro e do vereador de Delmiro Gouveia, Fernando Aldo. O parlamentar chegou a ter a prisão preventiva decretada, mas foi beneficiado por ter assumido a vaga na ALE, já que deputado

Ao contrário da criminalidade clássica, o crime organizado — assim caracterizado por dedicar força humana, recursos financeiros e tempo de modo incomum para a preparação e execução de suas atividades delituosas — exigiu que o Estado adotasse nos últimos anos uma série de medidas para sua contenção, exigindo um alto preço à sociedade: criação de delegacias especializadas, investimentos em equipamentos de inteligência, treinamento de agentes, instituição do sistema penitenciário federal, com 4 unidades penais de segurança máxima já em funcionamento, para a custódia de chefes de grupos criminosos, especialização de varas criminais, criação de serviços de segurança institucional de autoridades que lidam com ações de enfrentamento às organizações criminosas, entre outros. Impressiona a quantidade de veículos blindados adquiridos nos últimos anos pelos Tribunais do País.

A preocupação em situar o tema da criminalização da preparação delitiva na geografia do conceito de bem jurídico é compreensível. Francisco Muñoz Conde, conquanto centrado na busca pelo fundamento da punição da tentativa, chegou a conclusões consistentes que se aplicam perfeitamente ao planejamento delitivo:

As formas imperfeitas de execução são causas de extensão da pena, que correspondem a uma mesma necessidade político-criminal: estender a ameaça ou cominação penal prevista para os tipos delitivos consumados às condutas que, certamente, não consumam o delito, mas que estão muito próximas da consumação e são realizadas com vontade de obtê-la. Por conseguinte, a colocação em perigo dos bens jurídicos protegidos nos tipos da parte especial (critério objetivo) e a vontade de conseguir sua lesão típica (vontade criminal manifestada) (critério subjetivo) constituem os dois elementos que igualmente fundamentam a punição de todas as formas imperfeitas de execução puníveis.¹⁶

Luiz Flávio Gomes, em sua tese de doutoramento, sublinhou que a missão outorgada ao Direito Penal de tutela de bens jurídicos é uma das “Fundamentais proposições de um programa político-criminal típico

de um Estado Constitucional de Direito, de cariz social e democrático [...]”¹⁷

Para o autor, adepto da corrente de tendência transcendentalista, a teoria do bem jurídico cumpre uma função crítica e limitadora do *ius puniendi*.¹⁸ Ele não corteja a pretensão de que essa construção teórica [já] teria a virtude de oferecer uma enumeração exaustiva de valores mercedores da tutela penal. Luiz Flávio Gomes pauta sua doutrina na aptidão do conceito de bem jurídico de exercer, acima de tudo, uma função negativa. É sua intenção dizer que, no atual estágio de seu desenvolvimento dogmático, a teoria cumpriria muito mais o papel de revelar à instância primária de criminalização o que não pode ser objeto do proibido, sem prejuízo, é claro, do potencial *indicativo-positivo* que ela também desempenha.

Daí o insigne doutor pela Universidade Complutense de Madri arremeter, corretamente, que a teoria do bem jurídico exerce a alta função de garantia, demarcando o âmbito material da atuação do legislador — *nulla lex sine iniuria*.¹⁹

Nessa linha de considerações, o conceito de bem jurídico subtrairia da órbita do poder do legislador a *facultas* de criar tipos penais:

(i) que não visem à tutela direta e imediata de bens jurídicos;

(ii) definidos como uma ofensa exclusiva de uma obrigação ou dever;

(iii) cujos objetos de tutela não sejam uma exigência da vida humana e coexistência social;

(iv) que repilam para o âmbito do proibido o exercício legítimo de direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico;

(v) estruturados em função de “manifestações sintomáticas de personalidade”²⁰ desviante (direito penal do autor);

(vi) cujos bens jurídicos antes protegidos por normas não penais deixem de sê-lo; e,

(vii) cujos bens jurídicos já recebam tutela suficiente por parte do direito penal ou outro ramo do direito.

somente pode ser preso em flagrante de crime inafiançável. (Brasil. Universo on Line. *PF frustra plano de suplente de deputado para matar colegas no Réveillon, maio/2012*. Disponível em: <<http://tudonahora.uol.com.br/noticia/politica/2012/01/04/168569/pf-frustra-plano-de-suplente-de-deputado-para-matar-colegas-no-reveillon/imprimir>>. Acesso em: 06/06/2012)

¹⁶ Op. cit. p. 181.

¹⁷ Aut. cit. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002. pp. 49-50.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 111.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 69.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 120.

Luiz Flávio Gomes discerniu também algumas dessas derivações do princípio que ele denominou de exclusiva proteção dos bens jurídicos:

Com o propósito de compilar tudo quanto foi dito sobre o processo de seleção do objeto de proteção, cabe assinalar:

(a) Que o bem jurídico deve ter como ‘objetos protegíveis’ bens ou interesses existenciais (pessoais) considerados em função de *relações sociais conflitivas*, que se caracterizam: (1º) pela *individualidade* (a pessoa humana está no centro das relações que o legislador seleciona, dando prioridade a uns tipos de interesses emergentes do conflito em detrimento de outros); (2º) pela *dialeticidade* (antagonismo, conflitividade de interesses); (3º) pela *historicidade* (no momento da proteção a relação selecionada representa uma síntese mas depois passa a ser tão só uma tese), e (4º) pela *anterioridade* (as relações conflitivas, segundo uma linha demarcada de forma pioneira por Von Liszt, existem na sociedade e com anterioridade ao momento legislativo; são relações preexistentes, é dizer, não são ‘criadas’ pelo legislador, conforme pretendia Binding) [...]

(b) Que a noção de bem jurídico não está vinculada necessariamente a algo *físico-corpóreo*: ‘O essencial reside no caráter da fundamentalidade do bem para a realização humana em comunidade, não na natureza material ou imaterial; essencial é que as valorações do legislador tenham em conta a vida do homem em sociedade [...]’.

(c) Que se bem é verdade que os valores contemplados na Constituição – em princípio ‘merecedores de proteção’ – não obrigam o legislador a criminalizá-los necessariamente, tampouco pode-se negar o critério, ainda que negativo, da ‘não incompatibilidade do bem jurídico com o quadro axiológico-constitucional [...]’.

A punição do planejamento criminoso concilia-se com o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos. Como tipo remetido, o objeto tutelado será sempre o bem abrigado pela norma subjacente ao tipo que descreve o evento final pretendido pelo agente.

Portanto, os pontos controvertidos *i* e *vi*, citados acima, ficam superados. O crime de conspiração reporta-se a bens jurídicos já tutelados tradicionalmente por outros tipos, e a respeito de cuja essencialidade vigora certo consenso, de sorte que não cabe perquirir sobre a pertinência ou necessidade de tutela penal desses bens. Não se ignora que existem de tipos que caíram em desuso, cuja normatividade obliterou-se com as profundas mudanças sociais e culturais que a sociedade experimentou no século XX. Há também tipos que constituem obra de movimentos punitivistas irracionais

que desafiam os princípios da *ultima ratio*, lesividade e fragmentariedade.

A resposta a essa contingência é elementar: basta que a incriminação do planejamento delitivo esteja limitada às hipóteses em que o agente dirige o programa criminoso com o propósito de cometer crimes graves, como, por exemplo, aqueles cuja pena máxima seja superior a 4 anos. Tomar-se-ia por empréstimo o referencial que orientou o legislador na formulação das regras do art. 44 do Código Penal, e art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal, para a caracterização de crimes graves e, por isso, merecedores da reprimenda e da medida constritiva mais gravosa prevista atualmente.

Lembre-se, ademais, que esse foi também o parâmetro adotado na conceituação de organização criminosa pela recente Lei 12.694, de 2012:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

O último tópico — insuficiência da tutela já conferida ao bem jurídico pelo direito penal ou outros instrumentais do direito — requer uma breve nota discursiva. Como observado, o tipo de conspiração é um tipo remetido. Não se quer com isso dizer que exista uma sobreposição de normas gravitando sobre o bem jurídico e desincumbindo-se da mesma função. Se assim fosse, haveria, fatalmente, *bis in idem*, alvo do sentimento de repugnância por parte da norma penal.

Ao revés, esse fenômeno pode ser descrito como uma imbricação de normas, que incidem sucessivamente, como forma de enriquecer a armadura protetiva do bem jurídico.

2.2 Planejamento delitivo à luz das abordagens finalista e funcionalista

O planejamento afeta desde logo a *relação de disponibilidade* de certos valores reputados caros ao indivíduo, comunidade ou Estado. Dizendo de outro modo, a esfera de liberdade de que desfruta o titular do bem jurídico é reduzida quando outrem põe-se a tramar ataque contra esse bem, mediante atos exteriores e sensíveis.

A afetação da disponibilidade do bem basta para legitimar o exercício do poder punitivo estatal. Ao lado

desse objetivo, de viés repressivo, a pronta atuação da norma penal deve servir também como instrumento de prevenção, punindo desde logo atos lesivos do bem jurídico e que, ao mesmo tempo, representem um *crescendo* delitivo.

Essa ênfase à função preventiva da norma penal encontrou, no funcionalismo teleológico de Claus Roxin, máxima entonação.

De fato, o universo de críticas que podem ser desferidas contra a incriminação da conspiração não resistiria à abordagem funcionalista. Quiçá seja o funcionalismo penal o modelo dogmático mais propício para pavimentar o caminho para que a conspiração delituosa aporte ao âmbito do proibido.

O funcionalismo, ao lançar ao passado as amarras jusnaturalistas e positivistas que impediam a abertura pragmática e consequencialista do Direito Penal, exprime-se como “Um programa flexível e competente para subsidiar decisões diante de situações complexas em sociedades complexas.”²¹ Como pontua Hassemer, “Seu modelo é a prevenção – não só no Direito Penal, mas nele, agora, com uma feição particularmente pretensiosa.”²²

Em outra passagem, o professor catedrático da Universidade de Frankfurt e juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha pondera que o teorema funcionalista

Libera a estratégia da produção de efeitos preventivos – tanto sobre o criminoso condenado (prevenção individual) quanto sobre as demais pessoas propensas ao crime (prevenção geral) – dos obstáculos conceituais apresentados por uma noção tradicional da culpabilidade formulada empiricamente. Enfim, a funcionalização do Direito remove posições jurídicas que põem em perigo o funcionamento da tutela penal.²³

De fato, a abertura do sistema penal ao influxo dos objetivos político-criminais operada pelo funcionalismo torna mais fácil a criação de novos tipos penais que importam na reformulação de paradigmas e postulados tradicionais, como o *cogitationis poenam nemo patitur*. Funcionalismo é, em uma palavra, a superação de barreiras dogmáticas e padrões formais em nome da transformação do Direito Penal em uma ferramenta capaz de resolver problemas sociais reais e concretos.

²¹ HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008., p. 104.

²² *Idem, ibidem*, p. 105.

²³ *Aut. cit.* p. 108.

E, nessa perspectiva, a instituição de um tipo penal que fornece ao Estado a legitimidade para agir desde logo e evitar um dano mais gravoso ao bem jurídico sintoniza-se com os ideais funcionalistas.

Se o Direito Penal não trata como infração penal atos preparatórios de crimes graves, não só a pena — categoria de direito material — como também medidas cautelares previstas na lei processual penal não podem ser legitimamente postas em prática. Interceptação de comunicações ambientais e telefônicas, busca domiciliar, sequestro de bens, prisão, fora a ameaça de imposição de prisão-pena, enfim, todas as providências que poderiam impedir o mal maior ao bem jurídico deixam de ser manejadas pelo Estado-juiz.

A omissão do legislador é, sem dúvida, um estímulo a que o agente prefira uma longa e meticulosa preparação do fato à prática impulsiva e possivelmente atabalhoada do delito. Isso, por si só, eleva sua eficácia lesiva e reduz as possibilidades de apuração e punição do autor. Não fossem as manobras realizadas por forças policiais para enquadrar algumas das condutas preparatórias de delitos graves em alguma tipologia penal existente, como o crime de quadrilha ou bando, muitos casos de planejamento criminoso interrompido a tempo de salvaguardar o bem jurídico de um maior ataque teriam seguido seu curso.

O funcionalismo assinala à pena funções essencialmente preventivas, quer de caráter geral e especial, que a título de proteção individual. Nisso, pois, a punição da tentativa encontra porto seguro na doutrina funcionalista.

Tradicionalmente, o funcionalismo atribui ao Direito Penal a missão de tutela de bens jurídicos

Em um sentido retrospectivo, face um crime já verificado, mas com um significado prospectivo, corretamente traduzido pela necessidade de tutela da confiança.²⁴

Contudo, nada impede que a esse significado prospectivo também seja adicionado um sentido, um efeito retrospectivo, obviamente dentro da “moldura consentida da culpabilidade”²⁵, freio interno instituído pelos normativistas para que um direito penal reconduzido a fins político-criminais não descambe para o abuso e barbárie.

²⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 130.

²⁵ Expressão de Figueiredo Dias. *Op. cit.*, p. 135.

Como se nota, o funcionalismo agasalha a proposta.

O finalismo não é refratário a que a norma penal também cumpra o desiderato preventivo. A construção doutrinária de Welzel confere primazia ao tipo subjetivo. Isso se revela na defesa da teoria subjetiva — combate à vontade criminosa — como fundamento da punição da tentativa.²⁶ Assim sendo, considerando que os crimes de preparação ou *inchoete crimes* (crimes incipientes), a exemplo da tentativa,²⁷ caracterizam-se pela *determinação* ou *resolução* do agente em direção à prática delitiva (vontade criminosa), haveria aqui, de acordo com o discurso finalista, matéria suficiente para a formulação do juízo de censura.

De maior relevo é o fato de que, para o finalismo, as normas de determinação cumprem função preventiva, nisso se contrapondo à visão normativista. Esta, como se sabe, reservaria a função de prevenção à pena. Na doutrina welzeliana, a prevenção opera *ex ante*.

A teoria de Hanz Welzel segue essa linha por defender que a pena, por atuar posteriormente à perturbação, exerce papel secundário.²⁸

Em suma, o finalismo confere primazia às categorias que garantem a prevenção primária, antes que se frustrate expectativa de vigência da norma.²⁹

Lembre-se de que a vontade final, como dado ontológico e vinculante, está na base na teoria finalista. De conformidade com a lição de Érika de Carvalho,

O método do finalismo consiste na vinculação do Direito às estruturas lógico-objetivas da matéria de regulação em seu estado mais puro, a saber, livre de qualquer contaminação de índole normativa.³⁰

Quando se lança o olhar finalista sobre o fato e a norma incriminadora, convence-se de que as normas penais devem ser concebidas em função da capacidade de o agente conhecer o caminho que deverá percorrer

para alcançar seu objetivo último e decidir-se por insistir na trilha ou adotar postura conforme a norma.

Daí asseverar-se que o discurso finalista está em linha de compasso com as teorias da prevenção, com a nota distintiva de que apraz não à pena, mas às normas de proibição cumprir essa função dissuasiva sobre o sujeito.

Assim, na medida em que, aqui, o Direito Penal é vocacionado como sistema de prevenção, reservando-se, contudo, à norma penal incriminadora presidir esse papel, a projeção do âmbito do proibido para uma etapa ainda anterior à tentativa, robustecendo a proteção *ex ante* do bem jurídico, vem, pois, ao encontro da concepção finalista da ação.

A incriminação de atos preparatórios, tanto quanto a atribuição à norma de determinação da função preventiva, possui a virtude de permitir uma atuação *ex ante*. As abordagens metodológicas que, contrariamente ao finalismo, reservam à pena a função preventiva, são reativas e, portanto, operam *ex post facto*.

Desse modo, a perspectiva alvissareira de que a tipificação da conspiração milita em favor do fortalecimento de um sistema preventivo *ex ante* — sem olvidar que os atos preparatórios provam que o sujeito controla o curso causal segundo uma finalidade — a proposta se apresenta atrativa à visão finalista, de sorte que a formulação de um juízo de censura desde logo não é incompatível com tal teoria.

Como se observa, o finalismo tanto quanto as modernas escolas funcionalistas oferecem ambiente favorável à tipificação da conspiração.

3 Conspiração como crime

3.1 Escorço histórico — experiência do direito estrangeiro

O princípio liberal *cogitationis poenam nemo patitur* jamais foi acolhido em sua plenitude pelos ordenamentos jurídicos. Entretanto, a formulação de tipo penal específico é relativamente recente, remontando ao sistema inglês dos séculos XIII e XIV, sob o reinado de Eduardo I.

Os estatutos penais ingleses se restringiam a cominar penas a somente dois tipos de condutas preparatórias, ambas relacionadas à administração da Justiça: falso indiciamento e falsa acusação. A inserção desses delitos no rol de tipos de planejamento se justifica por serem punidos independentemente da prática de atos exteriores. Bastava a confluência de

²⁶ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 33.

²⁷ Uma distinção entre tentativa e preparação delitiva repousa no dolo: inexistente dolo de tentativa. A vontade consciente é a mesma do crime visado. Na conspiração, há um dolo específico e independente dirigido a uma preparação relativamente mais elaborada do crime colimado, embora este sempre esteja presente na mente do sujeito a orientar a produção do resultado.

²⁸ CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e delicto*. São Paulo: RT, 2008, p. 343.

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 342.

³⁰ *Idem, ibidem*, pp. 25-26.

vontades, isto é, o acordo com o propósito de falsear a verdade para que a conduta atraísse para si juízo de censura.

No século XVII, os tribunais ingleses emprestaram interpretação extensiva aos estatutos penais, então em vigor, e passaram a punir a conspiração de qualquer delito.

É preciso admitir que, mesmo nos países que adotam o *common law*, sempre reinou uma preocupação severa sobre as ambiguidades e vagueza dos preceitos descritivos da conspiração. Na verdade, esse tema constituía o principal ponto de discórdia na matéria. Assim, por meio da codificação, buscou-se amenizar o problema. Nos EUA e Reino Unido, como as propostas legislativas não ficaram isentas de expressões equívocas, outorgou-se ao Judiciário a missão de clarear as ambiguidades e colmatar as lacunas das normas.

Embora haja uma permanente busca pela formulação do tipo com elementos mais objetivos, há que se admitir que a punibilidade da conspiração é tema sedimentado no sistema de direito comum.

Nota-se, também, que vários países democráticos que reformaram seu arcabouço legislativo penal recentemente criminalizaram a conspiração. Exemplo marcante é o Código Penal espanhol de 1995, amplamente reformado há menos de dois anos, cujos arts. 17, 141, 151, 168, 177, 269, 304, 373, 477, 488, 519, 548, 553, 579, 585 e 615 trazem punições para quem conspira, provoca ou propõe a prática de delitos.

Muñoz Conde, comentando o Código Penal espanhol anterior, defendia que a conspiração era uma forma de coautoria antecipada:

O art. 4º desenvolve o contido no parágrafo 1º do art. 3º do seguinte modo: a) *Conspiração*. Diz o art. 4º, parágrafo 1º: ‘A conspiração existe quando duas ou mais pessoas se acordam para a execução de um delito e resolvem executá-lo’. Trata-se de uma forma de ‘coautoria antecipada’ [...]. Portanto, só os que pensam em intervir como autores na fase executiva do delito e reúnem as condições requeridas para isso podem ser conspiradores. Trata-se de uma forma antecipada de acordo comum necessário para a coautoria.

Os Estados Unidos tipificam a conduta em sua legislação penal atual. Nas seções 371 a 373 do título 18 do *US Code*, há três tipos penais: conspirar o cometimento de crime contra o Estado; conspirar a coação ou lesão contra servidor público federal; e, por fim, persuadir outrem a cometer um crime violento. Alguns Estados federados também possuem legislação própria criminalizando a conduta.

Em 2008, por meio de modificações na Lei 52/2003, de 22 de agosto, Portugal criminalizou duas condutas relativas ao planejamento delitivo de atos de terrorismo:

Art. 5º-A.

1 - Quem, por quaisquer meios, directa ou indirectamente, fornecer, recolher ou detiver fundos ou bens de qualquer tipo, bem como produtos ou direitos susceptíveis de ser transformados em fundos, com a intenção de serem utilizados ou sabendo que podem ser utilizados, total ou parcialmente, no planeamento, na preparação ou para a prática dos factos previstos no nº 1 do artigo 2.º, ou praticar estes factos com a intenção referida no nº 1 do artigo 3.º ou no nº 1 do artigo 4.º, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos.

Art. 2º.

4 - Quem praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

A Alemanha e a França, à semelhança de grande parte dos países integrantes do sistema romano-germânico, não puniam os atos preparatórios, salvo a “associação criminosa”. Como aqui, essa figura exige elementos específicos que restringem consideravelmente a sua incidência a condutas conspiratórias, como a união de várias pessoas (concurso necessário), estabilidade e durabilidade do agrupamento e finalidade dirigida ao cometimento de um número indeterminado de delitos.

Todavia, recentemente, tais países editaram leis inspiradas no modelo do *common law*, criminalizando o acordo ou concerto entre duas pessoas com o objetivo de praticar um único delito. O Direito Penal alemão possui regras ainda mais rigorosas sobre o tema. A seção 138 do Código Penal germânico pune a omissão em relatar às autoridades ou à pessoa em situação de risco o planejamento de certos tipos de crimes, como agressão militar, tráfico de pessoas, moeda falsa, homicídio, roubo, extorsão e genocídio, de que se teve notícia de qualquer modo.

O tipo geral de conspiração do *Strafgesetzbuch* consta na seção 30, com o *nomen iures de Versuch der Beteiligung* (participação tentada), cuja conduta está assim descrita:

Participação tentada

(1)

(2) Quem manifestar disposição em cometer um crime grave, quem aceitar a oferta de outrem de praticar um crime grave; ou quem concertar com outrem o cometimento ou a instigação da prática de

crime de mesma natureza incorrerá na pena a este cominada.

Consoante a seção 12 do novo Código Penal tedesco, crime grave (*verbrechen*) é assim considerado aquele cuja pena mínima é igual ou superior a um ano, sendo irrelevantes, para essa definição, as causas de aumento e diminuição previstas tanto na parte geral, como na parte especial do Código. Sobressai nítido o propósito do parlamento alemão, com essa limitação do tipo incriminador às infrações graves, de prestigiar o princípio da proporcionalidade.

3.2 Experiência do Direito brasileiro

A conspiração ainda não constitui infração penal no Brasil. O planejamento e a preparação da prática de crimes, mesmo graves, constituem indiferentes penais. São, no conceito técnico, *antefactum* impunível.

O Código Criminal do Império, em seu art. 107 e sob a rubrica Conspiração, trazia o seguinte preceito incriminador, cuja ofensa importava na aplicação de pena de desterro:

Art. 107. Concertarem-se vinte pessoas ou mais, para praticar qualquer dos crimes mencionados nos artigos sessenta e oito, sessenta e nove, oitenta e cinco, oitenta e seis, oitenta e sete, oitenta e oito, oitenta e nove, noventa e um, e noventa e dois, não se tendo começado a reduzir a acto.

Penas - de desterro para fóra do imperio por quatro a doze annos.

Art. 108. Se os conspiradores desistirem do seu projecto, antes d'elle ter sido descoberto, ou manifestado por algum acto exterior, deixará de existir a conspiração, e por ella se não procederá criminalmente.

Art. 109. Qualquer dos conspiradores, que desistir do seu projecto nas circumstancias do artigo antecedente, não será punido pelo crime de conspiração, ainda que esta continue entre os outros.

O Código Criminal republicano de 1890 continha disposições semelhantes, também restritas ao planejamento de fatos atentatórios às instituições e organização política do Estado:

Art. 115. É crime de conspiração concertarem-se vinte ou mais pessoas para:

§ 1º Tentar, directamente e por factos, destruir a integridade nacional;

§ 2º Tentar, directamente e por factos, mudar violentamente a Constituição da Republica Federal, ou dos Estados, ou a forma de governo por elles estabelecida;

§ 3º Tentar, directamente e por factos, a separação de algum Estado da União Federal;

§ 4º Oppor-se, directamente e por factos, ao livre exercicio das attribuições constitucionaes dos poderes legislativo, executivo e judiciario federal, ou dos Estados;

§ 5º Oppor-se, directamente e por factos, á reunião do Congresso e a das assembléas legislativas dos Estados:

Pena – de reclusão por um a seis annos.

Art. 116. Si os conspiradores desistirem do seu projecto, antes de ter sido descoberto, ou manifestado por algum acto exterior, deixará de existir a conspiração, e ficarão isentos de culpa e pena.

Art. 117. Qualquer dos conspiradores que desistir do projecto criminoso, antes de descoberto ou manifestado por algum acto exterior, não será passivel de pena, ainda que a conspiração continue entre os outros.”

O Código Penal atual não reproduziu tais preceitos. Setenta e dois anos após a sua publicação, e a despeito do recrudescimento da violência e do advento de grupos e organizações concebidas para unicamente para a prática reiterada de crimes, o estatuto em vigor continua prevendo, em seu art. 31, que

O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

Tem-se aí um dos dogmas mais arraigados do direito penal clássico. O fetichismo de princípios de forte carga ideológica, como o da lesividade ou ofensividade, impede que o direito penal rompa com sua tradicional vocação repressiva e opere quando a progressão criminosa não tiver atingido a máxima violação do bem jurídico.

Várias foram as fórmulas discutidas — algumas das quais convoladas em projetos de lei — para suprir a lacuna legislativa. Entretanto, nenhuma proposta prosperou. No que se refere ao Projeto de Lei do Senado PLS 555, de 2011, uma das mais recentes, optou-se por uma técnica legislativa simples, mas não necessariamente eficiente. Se aprovada a proposição, introduzir-se-á um inciso ao art. 14 do Código Penal, prevendo, ao lado do crime consumado e da tentativa, a figura do “crime planejado”. Eis a redação proposta:

Planejamento

III – planejado, quando, embora não iniciada a execução, atos preparatórios tenham sido praticados com propósito inequívoco e potencial eficácia para, em breve, consumá-lo.

Pena do planejamento

§ 2º A punição do crime planejado depende de expressa previsão legal, e levará em conta a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de dois terços.

O projeto de Código Penal — PLS 236/2012 — dá solução diferente ao tema. A proposta consiste em ampliar o âmbito da tentativa para atos anteriores ao início da execução, mas que tenha aptidão de expor o bem jurídico a perigo concreto. Confira-se como ficou o texto do anteprojeto:

Consumação e tentativa

Art. 22. Diz-se o crime:

I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena de tentativa

Art. 23. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Início da execução

Art. 24. Há o início da execução quando o autor realiza uma das condutas constitutivas do tipo ou, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo, que exponham a perigo o bem jurídico protegido.

Parágrafo único. Nos crimes contra o patrimônio, a inversão da posse do bem não caracteriza, por si só, a consumação do delito.

3.3 Compatibilidade do crime de conspiração com o ordenamento jurídico brasileiro

A reprovação penal dos atos preparatórios não é estranha ao Direito brasileiro. Inúmeros são os exemplos de criminalização de condutas que se apresentam como meio para a prática de outros delitos. Até mesmo a proibição da tentativa em todos os códigos penais brasileiros e dos crimes de exaurimento, como a receptação e, mais recentemente, a lavagem de dinheiro, constitui prova iniludível de que o âmbito do penalmente proibido pode desbordar para quem e além do crime de dolo de primeiro grau.

Podem ser citados ainda os seguintes tipos penais que, na essência, traduzem incriminação independente do planejamento delitivo: arts. 8º, 10, 12, 13, 15, 16, 24 e 25 da Lei 7.170, de 1983 — Lei de Crimes contra a Segurança Nacional, a Ordem Política e Social; art. 4º, inciso II, da Lei 8.137, de 1990 — Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra

as Relações de Consumo; arts. 140, 141, 152, 165, 191, 360, 368 e 369 do Código Penal Militar; 207, 234, quarta figura, 288, 288-A, 291, 294, 335, 343 e 358 do Código Penal; 34 a 37 da Lei 11.343, de 2006 — Lei sobre drogas; arts. 24 e 25 da Lei de Contravenções Penais; e, arts. 12, 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento.

Todas essas figuras típicas, inegavelmente, contemplam formas específicas ou aproximadas de conspiração.

De assinalar, nessa toada, que o Supremo Tribunal Federal, há muito, sufragou o entendimento de que pedidos de extradição de estrangeiros relativos à acusação da prática de crime de conspiração satisfazem ao princípio da dupla tipicidade, ante a correspondência ao crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288). Nesse sentido: Ext 1.259, relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, acórdão eletrônico DJe-112 divulg 08/06/2012 public 11/06/2012; Ext 1.212/EUA, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 13/09/2011; Ext 966/EUA, Tribunal Pleno, relator o Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º/09/2006; Ext 912/EUA, Tribunal Pleno, relator o Min. Joaquim Barbosa, DJ de 29/04/2005.

Se a punição da tentativa representa uma evolução do sistema, na medida em que a tônica se desloca da causação para o querer final – veja que na tentativa, o tipo subjetivo se apresenta completo –, é inegável que a extensão da proibição aos atos preparatórios constitui um passo a mais nesse processo de evolução ética da sociedade. Pode-se afirmar que os sistemas jurídicos que punem o planejamento delitivo são sistemas de terceira geração, contrapondo-se aos sistemas causalistas clássicos, marcados fortemente pela doutrina de Von Liszt e Binding, que exigem o resultado naturalístico, e aos modelos que, avançando no campo ético, passaram a reprovar a tentativa, mesmo imperfeita e sem qualquer resultado naturalístico.

Esses sistemas de primeira e segunda geração se caracterizam, como se nota claramente, pelo regime de castigo. O de terceira geração, ao revés, tem na política de prevenção e proteção eficiente do bem jurídico o timoneiro de sua construção dogmática.

Causação ⇔ Tentativa ⇔ Planejamento Criminoso
[Doutrina de Von Liszt] ⇔ [Finalismo] ⇔ [Funcionalismo criminal]

—————▶
Evolução dogmática

Ao contrário do que se pensa, o tipo de conspiração não aumenta o espectro interventivo do Direito Penal. Essa proposta não integra o folhetim do discurso punitivista. O efeito é oposto. A atuação

do Direito Penal no início da trajetória do crime, além de preservar o bem jurídico de uma agressão mais acentuada, envilecerá os custos sociais e individuais ínsitos ao delito, pois a pena do planejamento, face ao princípio da proporcionalidade, deve necessariamente ser inferior ao do crime colimado.

Por conseguinte, a impunibilidade dos atos preparatórios de crimes graves contrasta com o princípio constitucional da proibição da proteção deficiente dos bens jurídicos. Luciano Feldens teceu os seguintes comentários sobre esse postulado:

A proibição de proteção deficiente relaciona-se diretamente, pois, à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (na realidade, lhe é complementar), notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção. Sob essa perspectiva, opera como ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a exercer um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, sendo, portanto, irrecusável sua dignidade constitucional.

De fato, a inexistência de instrumental jurídico que permita ao Estado-juiz punir o planejamento criminoso constitui, claramente, uma falha inconcebível da proteção aos bens jurídicos, sobretudo os de maior relevo. Por isso, Luciano Feldens assinalou que

As obrigações positivas desdobram-se nos planos substantivo e procedimental, impondo aos Estados a elaboração de uma legislação adequada a promover a dissuasão de atos atentatórios às liberdades fundamentais [...].

A resposta a esta pergunta põe em evidência a oportunidade do debate: de que adianta ao Estado aguardar a consumação da conduta almejada pelo agente para intervir?

Não é demais ressaltar que há um mandado constitucional implícito de penalização da conspiração, ditado por razões fáticas. Se o Estado detém o monopólio do uso da força e nega ao cidadão o direito de antecipar-se contra uma ameaça real, mas não atual ou iminente (CP, art. 25), como é ínsito ao planejamento delituoso, e neutralizar *motu proprio* aquele que conspira infundir-lhe mal, cabe a este Estado criar mecanismos eficazes para interromper o curso do acontecimento.

Nesse horizonte, a punição do planejamento delitivo decorre do princípio constitucional da proibição da proteção deficiente, enquanto “imperativo de tutela” inafastável de proteção dos direitos fundamentais.

4 Conspiração como tipo penal

O crime não é resultado de um único ato. É o desfecho de um encadeamento de atos que se sucedem no tempo, em um processo contínuo e crescente, mas que, ao observador, apresentam-se muitas vezes com um todo único.

A esse processo dá-se o nome de *iter criminis* ou trajetória do crime. Define-o Zaffaroni e Pierangeli como o “Conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do delito.”

Esses mesmos autores apontam os seguintes estágios de desenvolvimento do delito: cogitação, decisão, preparação, começo de execução, culminação da ação típica, surgimento do resultado típico e exaurimento do fato. Estudar conspiração criminosa, qualquer que seja a sua inserção geográfica na dogmática penal, importa fazer um recorte no *iter criminis* e tomar a preparação delitiva como objeto de investigação.

A exemplo de outras modalidades de *inchoete crimes*, entre as quais a tentativa, o falso testemunho, o porte ou a posse ilegais de armas de fogo e o crime de quadrilha ou bando, bem assim de crimes de exaurimento, como a lavagem de dinheiro, a tipificação do planejamento criminoso importa outorgar relevância penal a condutas tradicionalmente consideradas *antefactum* ou *postfactum* impuníveis. De uma maneira ou de outra, a criminalização dessas condutas preparatórias ou de exaurimento implicam ampliação, para alguém ou além, do campo do que é proibido, reforçando, por conseguinte, a tutela do bem jurídico.

Os ordenamentos jurídicos, em geral, punem tão somente os atos que representem início de execução do delito que, aqui, poderíamos denominar de crime de dolo de primeiro grau (ou delito final). Contudo, por razões de política criminal, pode optar o legislador por punir os atos preparatórios, que constituem o estágio imediatamente anterior ao início da atividade executiva. E assim sendo, abrem-se-lhe duas alternativas: (i) ampliar o raio de alcance dos domínios do proibido, alargando a definição de tentativa, nela incluindo condutas anteriores aos chamados atos executórios; e (ii) tipificação do ato preparatório, na parte especial do Código Penal ou em lei extravagante, como crime autônomo.

As principais distinções entre uma e outra técnica se refere ao cabimento da tentativa: na hipótese *ii*, a conduta instaura um *iter criminis* independente, de modo que a não consumação do crime por razões

alheias à vontade do agente pode implicar em sua punição a título de tentativa. Essa distinção foi muito bem apreendida por Zaffaroni e Pierangeli:

[...] A regra geral é a de que o iter criminis começa a ser punível quando começa a atividade executiva, por serem atípicos os atos preparatórios, embora, às vezes, o legislador transforme esses atos em tipos penais especiais, quebrando a regra. Para isso pode seguir dois caminhos diferentes, consistindo o primeiro em estender o proibido para além do âmbito da tentativa, para abranger uma parte da atividade preparatória, ou seja, alterar o alcance que possui a fórmula geral do art. 14, II, do CP, dando-lhe a função de dispositivo ampliador da tipicidade. Este primeiro método não dá lugar a qualquer tipicidade independente, mas tão-só a uma exceção da regra do art. 14, II, do CP. O outro método adotado pela lei é a tipificação independentemente de certos atos preparatórios, que dá lugar a uma tipicidade própria, ou, por outras palavras, a um delito independente, com a consequência de que, por sua vez, este admitirá a tentativa, o que não pode ocorrer na hipótese anterior. O primeiro grupo de casos de punição dos atos preparatórios compõe-se de delitos incompletos, mais amplos que a tentativa; o segundo, de delitos completos, que, por sua vez, admitem a tentativa.

A par da diferenciação quanto ao cabimento da figura tentada, esta compossível apenas na hipótese de tipicidade independente, as duas formas de criminalização dos atos preparatórios distinguem-se pela possibilidade de concurso: enquanto se mostra plenamente cabível o concurso entre o *inchoete crime* (i.e., com tipicidade independente) e o delito de dolo de primeiro grau, não se admite a imputação simultânea entre a fórmula ampliada da tentativa e o crime visado.

Entretanto, é preciso fazer uma ressalva importante: só haverá concurso entre o crime preparatório autônomo e o delito de dolo de primeiro grau se a conduta exceder o conteúdo do injusto típico deste último. Em outros termos, se a eficácia lesiva da conduta se exaurir no delito final, quer na forma tentada ou consumada, o ato preparatório, mesmo que encontre adequação típica autônoma, será *antefactum* impunível. Há que se indagar se a conduta ofende ambos os bens jurídicos tutelados pelos tipos penais. Por isso, a análise a cargo do juiz deve ser feita de modo inverso, partindo do crime objetivado e seguindo-se retrospectivamente ao crime de preparação. Trata-se, em síntese, da aplicação do princípio da consunção (ou, para alguns, subsidiariedade).

Essa distinção também foi observada por Zaffaroni e Pierangeli:

As diferenças entre a ampliação da tipicidade para abranger os atos preparatórios e a tipificação independente deste refletir-se-ão também em que, se se chegar a tentar ou consumir o fato, se o apenará tendo em conta a tentativa ou o delito consumado, conforme o caso, sempre que se tratar de uma ampliação da tipicidade, sem que possa, em hipótese alguma, concorrer com o delito tentado ou consumado. Ao contrário, tratando-se de um tipo independente, a tipicidade do mesmo será fixada com a sua consumação ou com a tentativa, permanecendo como fato precedente não punível só no caso em que o seu conteúdo injusto não exceda, em sentido algum, o conteúdo injusto da tentativa ou da consumação.

Assim, em nossa legislação, um exemplo muito claro em que a ampliação se estende para abranger os atos preparatórios é o do art. 152 do COM – conspiração para a prática de motim. Neste caso, tentado ou consumado o motim, a sua apenação está coberta pelo crime de motim. Contrariamente, temos tipificação independente dos atos preparatórios nos casos de alguém possuir ‘substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfíxiante, ou material destinado à sua fabricação’ (art. 253 do CP); ‘fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda’ (art. 291; também art. 294); ou de quadrilha ou bando (art. 288). Nestes casos, as condutas já constituem, em si, um perigo para os bens jurídicos. Assim, no caso de se praticar ou tentar o crime do qual a conduta foi preparatória, ela será típica e, além disso, será punível quando ofender outros bens jurídicos que não forem atingidos pela tentativa ou pelo crime consumado. A prática de um dos crimes que tem por finalidade a quadrilha ou bando concorre idealmente com o crime do art. 288 do CP, porque a ação do art. 288 cria perigo para um número maior de bens jurídicos, pela indeterminação dos crimes que tem por objetivo praticar. Diferente é o caso dos arts. 253 e 291, porque, neste casos, o crime é punível unicamente quando exceder o conteúdo dos crimes de explosão ou falsificação, tentados ou consumados, como ocorreria se se tivesse em mira um maior número de explosões ou de falsificações.

Como visto, o Projeto de Lei do Senado PLS 555, de 2011, não estabelece a criação de um tipo independente na parte especial do Código Penal. Pretende o legislador, com a proposição, introduzir um inciso ao art. 14 do Código Penal, prevendo, ao lado do crime consumado e da tentativa, a figura do “crime planejado”:

Planejamento

III – planejado, quando, embora não iniciada a execução, atos preparatórios tenham sido

praticados com propósito inequívoco e potencial eficácia para, em breve, consumá-lo.

A técnica utilizada no projeto padece de sérios equívocos. É indisfarçável que a proposta remete à fórmula adotada pelo Código Penal italiano (art. 56) e que representou um breve triunfo da teoria negativista. Basear a distinção entre ato preparatório impunível e aquele que merece a intervenção do Direito Penal na inequívocidade do ato significa entregar, ao agente, o poder de decidir os “limites do proibido.” O fator determinante para demarcar o momento a partir do qual um indiferente penal se torna um fato típico não seria um critério objetivo ou uma circunstância apreendida pelo juiz, mas única e exclusivamente a perspectiva individual do sujeito ativo. Ou seja, “o critério do autor será o único a determinar a tipicidade.”

Zaffaroni anota também que uma distinção fundada nos postulados da teoria subjetiva, que certamente serviu como fonte de inspiração para o projeto, constitui um critério de conotação eminentemente probatória. É uma amálgama entre um instituto de direito material e uma fórmula tomada dos domínios do direito processual.

As falhas da proposta não cessam aqui. A expressão “em breve” denota intervalo cronológico entre o ato preparatório e o executório, ao passo que, entre um e outro, pode não mediar espaço temporal. Além disso, para saber se uma determinada sucessão de atos cruzou a linha do proibido, o fato tempo é de somenos importância. Entre a resolução do agente e o primeiro ato concreto de planejamento pode transcorrer um minuto, uma hora ou vários dias, o que, de modo algum, influirá na determinação do caráter criminoso da conduta.

“Potencial eficácia” também não está isenta de problemas interpretativos. Trata-se de construção linguística excessivamente aberta e equívoca, incapaz de oferecer a segurança e objetividade necessárias para a solução de causas de natureza penal, em que o *status libertatis* e *dignitatis* da pessoa estão em jogo.

Melhor sorte não tem a proposta contida no projeto de Novo Código Penal, cujo teor é o seguinte:

Art. 24. Há o início da execução quando o autor realiza uma das condutas constitutivas do tipo ou, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo, que exponham a perigo o bem jurídico protegido.

Em primeiro lugar, o projeto não se propõe, propriamente, a criminalizar a conspiração. Como já mencionado, a fórmula escolhida é apenas a ampliação do conceito de tentativa a fim de que este instituto

alcance atos que, segundo uma perspectiva formal-objetiva, não seriam considerados início de execução.

Contudo, a proposta é tecnicamente inconsistente e até mesmo inócua. Basicamente, podem-se apontar os seguintes defeitos de que padece o projeto:

(i) os atos imediatamente anteriores ao tipo e que expõem a perigo o bem jurídico protegido já são abrangidos pela concepção atual de tentativa;

(ii) se se quer apenas ampliar o raio conceitual da tentativa, sem implicar na criminalização autônoma da conspiração, não deveria ser empregada a expressão “plano delitivo”, eis que, nem sempre, o ato propriamente executório é precedido de atos concatenados e organizados de maneira que se presuma haver um “plano” criminoso, mesmo tomando-se este em um sentido “profano”. Basta terem em conta os chamados “crimes de ímpeto”, que podem ser antecedidos de atos preparatórios mas não necessariamente inseridos em um plano minimamente organizado de ação;

(iii) a vinculação da punibilidade do ato antecedente punível à periculosidade da conduta constitui critério insuficiente, eis que o perigo ao bem jurídico surge do primeiro ato preparatório e subsiste até a consumação. Assim, não se presta como critério distintivo;

(v) a proposta menospreza todo o esforço empreendido pela doutrina e jurisprudência, ao longo de mais de um século, para se desincumbir do árduo desafio de definir os contornos do instituto da tentativa.

Por obra da jurisprudência, há muito o Direito brasileiro abandonou a teoria formal-objetiva como critério de distinção entre atos preparatórios e atos executórios. Segundo o testemunho de Zaffaroni e Pierangeli,

O começo de execução do delito’ não pode ser o começo da ação típica, no sentido próprio do verbo típico, e, por outra parte, nunca os nossos Tribunais o entenderam com esse critério, porque jamais teriam dúvida em condenar por tentativa de furto aquele que é detido ao saltar os muros de uma casa, sem ter em conta que, nos delitos de ‘pura atividade’, a tentativa seria quase inimaginável.

Desse modo, a proposição é inútil e só servirá para provocar intermináveis discussões sobre o sentido e alcance da “inovação” que, na prática, não é novidade alguma. A proposta, nesse ponto, possui valor eminentemente acadêmico e tem muito pouco a oferecer para a solução dos problemas concretos que afligem a sociedade moderna.

A necessidade atual de apelar-se ao denominado “prudente arbítrio do juiz” para a imposição de temperamentos à teoria formal-objetiva será apenas substituída pela necessidade de se recorrer à mesma ponderação do magistrado para a definição do que deve ser compreendido por “plano delitivo,” “atos imediatamente anteriores” e “ato perigoso.” Só que, agora, caberia ao juiz explicitar o sentido de um número maior de elementos normativos.

Acerca do item *iii*, vale novamente ouvir os sempre atuais ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli:

Paralelamente, tentou-se também complementar o critério objetivo-formal através de um apelo ao ‘perigo imediato’, mas o certo é que o perigo é um componente eventual da tentativa, que, quando se faz presente, começa com o primeiro ato preparatório e permanece até o último ato anterior à consumação, o que nos impede de nos valeremos dele como critério suficiente.

Como o perigo não tem utilidade como critério, pois que desde a preparação até a consumação apresenta um aumento contínuo, em que não se podem assinalar limites, pensou-se que o ponto terminante será o da decisão que tiver feito perigar de forma imediata o bem jurídico, desde que conforme com a representação que da realidade tivesse o autor.”

Poderiam ser mencionadas outras falhas que acometem o projeto. Aquelas postas em relevo bastam para demonstrar que, definitivamente, a distensão da concepção da tentativa não é a técnica mais indicada para que se coloque em prática uma nítida decisão de política-criminal que orientou a comissão de juristas: ampliar o espectro de proteção do bem jurídico.

Indubitavelmente, a melhor alternativa é a criminalização da conspiração como tipo penal autônomo. Fixada tal premissa, insta examinar como poderia ser aviado o preceito incriminador.

A definição do verbo que exprimirá a ação proibida e do objeto sobre o qual incidirá a ação é exigência básica para a concepção de qualquer tipo penal. Ademais, urge sejam evitados termos linguísticos ambíguos e elementos normativos, optando-se, tanto quanto possível, por parâmetros objetivos e sensíveis, isto é, que sejam perceptíveis pelo *extraneus*.

As descrições típicas centradas no acordo de vontades são algo reducionistas, pois, naturalmente, não de pressupor a convergência das condutas de pelo menos dois agentes — concurso necessário. Uma figura delitiva vazada nesses termos não satisfaria, em sua plenitude, o princípio da proibição da proteção

deficiente, conforme amplamente discutido neste texto.

Tomar por empréstimo o verbo associar, núcleo dos tipos de quadrilha ou bando (CP, art. 288) e associação para o tráfico (Lei 11.343 de 2006, art. 35), ressentir-se-ia do mesmo déficit. A *societas delinquendi*, a par de transmitir uma ideia de continuidade e permanência, exigiria ao menos dois sujeitos.

Convém, pois, que o núcleo do tipo seja constituído por verbos que contemplem a ação de um único sujeito, mas funcionem, com ou sem a adição de termos descritivos, como uma garantia de que somente atos externos concretos darão azo à atuação da norma penal incriminadora.

Os verbos propor, acordar, aceitar, instigar, induzir, determinar, auxiliar e dispor-se encerram essas características. Além de serem largamente utilizados na legislação penal, o que facilita a definição de seu sentido e alcance, tais verbos exprimem ações objetivamente sopesáveis. Não é demais ressaltar que a mera decisão de delinquir não pode ser alvo de censura penal, não só face à impossibilidade absoluta de se provar o que se passa na mente do sujeito, mas também para que não se instaure um inadmissível Direito Penal anímico.

De mais a mais, a norma de determinação de reservar-se a casos de maior gravidade, tendo como referencial o paradigma já consolidado no sistema jurídico penal para a aplicação de diversos institutos penais.

Assim sendo, o delito de conspiração, a ser incluído no capítulo IV – “De outros crimes contra a paz pública”, poderia ter a seguinte descrição típica:

Conspiração

Propor a outrem ou com ele acordar o cometimento de fato típico cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 anos de prisão.

Pena – a cominada ao tipo que se pretende praticar, reduzida de um a dois terços, atendendo-se à gravidade do perigo a que se expôs o bem jurídico.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem, em relação a tipo ao qual seja cominada pena equivalente à descrita no caput:

I – Aceita proposta de outrem, a qualquer título, para a prática do crime;

II – Tenta instigar, induzir, determinar ou auxiliar outrem, por qualquer meio, à prática do fato típico, se a conduta não constitui crime mais grave; e,

III – Dispõe-se à prática do crime, iniciando a preparação dos meios destinados à sua execução.

Interessante notar que essa estrutura típica seria prospectiva, partindo do indiferente penal (decisão de delinquir) e dirigindo-se rumo ao crime projetado, em um crescendo. A proposta da tentativa ampliada, prevista no projeto de código, é retrospectiva, eis que parte do início dos atos executórios, como referencial, e retroage aos denominados atos de exposição do bem jurídico a perigo, mediante um exercício hipotético.

Poderiam ser enumerados diversos outros argumentos em defesa da acurácia da proposta e sua redação, entre os quais os seguintes:

(i) o texto é inspirado em códigos modernos, como o Espanhol de 1995 (e reformado em 2010) e Alemão;

(ii) o tipo abarca as condutas do conspirador, provocador e determinador (ou, como prefere o Direito espanhol, proponente);

(iii) evita-se o risco de controvérsia acerca da aptidão de a instigação, induzimento, provocação e determinação influírem concretamente no *animus* do sujeito alvo da incursão do agente, como ocorre nos crimes de constrangimento ilegal e extorsão, em relação à vítima, induzimento a suicídio, em relação ao suicida, e ao sujeito inculpável, na autoria mediata. Nessas hipóteses, se a vítima não se sujeita à vontade do agente, não haveria crime ou, no máximo, o fato constituiria mera tentativa (cf. HC 95389-SP, DJe 23/11/2009. REsp 1.094.888-SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 21/08/2012). Assim, como na proposta fala-se em “Tentar instigar, induzir ou determinar”, o imbróglio fica superado;

(iv) seria incriminado apenas o planejamento delitivo de crimes graves, em respeito ao princípio da proporcionalidade;

(v) propõe-se punir, a título de conspiração, a conduta praticada por um único agente, distanciando-se do modelo norte-americano, que prevê apenas a hipótese de concurso necessário;

(vi) A opção por “fato típico” no *caput* e parágrafo único II, em lugar de crime, visa a abranger a hipótese de autoria mediata, em que o agente se serve de executor inculpável (ex: menor, doente mental etc.) para a materialização do delito. Além do mais, para quem entende que conspiração deve ser estudada como forma de participação tentada ou forma preparatória punível de participação (vide, Muñoz Conde, 1988, p. 207), a providência atende aos postulados da teoria da acessoriedade limitada; e,

(vii) a técnica da subsidiariedade acolhida no inciso II do parágrafo único, objetiva facilitar

o julgamento dos casos em que a instigação ou induzimento são praticados, por exemplo, no contexto de atos de terrorismo.

De arremate, em resposta às sentinelas das teorias negativistas, que insistem de dizer que é impossível traçar uma linha divisória entre planejamento delitivo e tentativa, nada como recordar a lição de Zaffaroni e Pierangeli:

A tese que tem afirmado ser impossível estabelecer-se distinção entre atos preparatórios e executórios só pode ser sustentada de *lege lata*, mas não de *lege ferenda*.

Alberto Marques, escudado na doutrina de Luiz Alberto Machado, oferece critérios infalíveis para a distinção entre *cogitatio*, atos preparatórios concretos e atos executórios, como a retratabilidade do ato de planejamento:

Os atos preparatórios (sinonímia: preparação, conatus remotus) são todos aqueles que o agente pratica, antes de iniciada a execução do delito, para facilitar, possibilitar, instrumentalizar ou tornar mais eficiente a execução do delito. Inclui a escolha do meio, do local, da oportunidade.

A distinção entre a fase de cogitação e a fase de preparação é simples. A primeira pertence ao foro interno do agente, realiza-se internamente. A segunda, a preparação, é externa, exteriorizada em atos, ou seja, em condutas realizadas no mundo dos fatos. Na cogitação, pensamentos; na preparação, atos. Os atos preparatórios já são condutas, para os fins do Direito Criminal, embora sejam, ordinariamente, irrelevantes.

A distinção entre atos preparatórios e atos executórios é questão das mais tormentosas, mas dela trataremos adiante [...]. Mas, por ora, importa saber que ato preparatório é todo ato praticado pelo agente para tornar possível, mais fácil ou mais eficaz a realização do delito, desde que esse ato já não caracterize execução do delito. O ato preparatório possibilita, mas não constitui, ainda, a execução. A fase de preparação *ainda é uma fase retratável* [...].

Aludiu-se linhas atrás que, por se tratar de tipo independente, não haveria incompatibilidade entre o crime de planejamento e o delito colimado. Se este for concretizado, de forma tentada ou consumada, haverá concurso material de crimes.

Contudo, é importante ressaltar, evidentemente, a hipótese de aplicação do princípio da consunção. Por efeito desse princípio, o crime de conspiração, por constituir etapa ou normal fase de preparação do crime de dolo de primeiro grau, não será punível se o delito pretendido for praticado. O concurso material de crimes, assim, dependeria da subsistência de potencialidade

lesiva residual, como ocorre, por exemplo, na seguinte situação hipotética: o agente planeja meticulosamente a morte de A. Porém, vislumbrando a possibilidade de que B esteja em companhia daquele, aplica reforço ao aparelhamento da empreitada a fim de que esteja preparado para dar cabo de B, se assim lhe convier no momento da execução do crime pretendido.

De resto, é importante frisar que a sugestão de alteração do projeto de Código Penal aqui alinhavada precisa ser acompanhada pela exclusão do art. 40, da proposição — que praticamente reproduz o art. 31 do Código vigente — ante sua manifesta incompatibilidade com um tipo geral de conspiração.

Finalmente, também na linha de uma política criminal que visa a aumentar o campo de proteção do bem jurídico, sem que resvale para uma expansão excessiva do âmbito de intervenção jurídico-penal, urge que a proposta seja acompanhada de outras providências, como a institucionalização da recompensa. E essa medida de cunho premial deve ser destinada não só às pessoas da comunidade em geral que colaboram com as autoridades prestando informações valiosas sobre crimes ou planejamentos delitivos em curso, como também ao próprio preso colaborador.

Desse modo, convém que, ao lado do tipo de conspiração, o novo estatuto repressivo-preventivo penal traga disposição que confira ao juiz criminal e ao juiz de execução penal o poder-dever de impor o pagamento de recompensa, à conta do Funpen – Fundo Penitenciário Nacional, e sem necessidade de precatório (a exemplo requisições de pagamento no âmbito dos Juizados Especiais Federais Cíveis), entre outros benefícios não pecuniários, em favor daquele que presta informações que levem à prisão de suspeitos, libertação e proteção de vítimas, apreensão de instrumentos de crime, recuperação do produto de crime e, sobretudo, que possibilitem a interrupção do planejamento delitivo antes de uma agressão maior ao patrimônio, à liberdade, à vida.

5 Considerações finais

Cumpra, pois, enunciar a síntese das principais premissas e conclusões deste breve estudo:

1. O projeto de Código Penal contém proposição que visa a emprestar à tentativa sentido mais abrangente com o escopo de que sejam considerados “início de execução” atos que, presumivelmente, seriam considerados *antefactum* impuníveis, mas que exponham desde logo o bem jurídico a perigo.

2. Todos os institutos e categorias do Direito Penal moderno de cariz garantista gravitam em torno do conceito de bem jurídico.

3. O planejamento delitivo, por si só, produz uma intolerável perturbação da paz social e, ao mesmo tempo, antecipa o abalo contra o bem jurídico tutelado pela norma proibitiva do fato final colimado pelo agente.

4. O planejamento delitivo, a par de evidenciar culpabilidade de maior magnitude, avulta a eficácia da investida criminosa. A ofensividade dos fatos é potencializada. Ao mesmo tempo, garantem-se, de forma quase infalível, a impunidade e o proveito dos delitos.

5. O finalismo tanto quanto as modernas escolas funcionalistas oferecem ambiente favorável à tipificação da conspiração.

6. A reprovação penal dos atos preparatórios não é estranha ao Direito brasileiro. Inúmeros são os exemplos de criminalização de condutas que se apresentam como meio para a prática de outros delitos.

7. A impunidade dos atos preparatórios de crimes graves contrasta com o princípio constitucional da proibição da proteção deficiente dos bens jurídicos.

8. A punição do planejamento delitivo encontra fundamento no princípio constitucional da proibição da proteção deficiente, enquanto “imperativo de tutela” inafastável de proteção dos direitos fundamentais.

9. A distensão da concepção da tentativa não é a técnica mais indicada para a punição do planejamento delitivo.

10. A melhor alternativa, do ponto de vista técnico-legislativo, é a criminalização da conspiração como tipo penal autônomo.

Referências

- ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. *O método nas ciências naturais e sociais*. São Paulo: Pioneira, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BECKER, Marina. *Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. São Paulo: RT, 1991.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTON, Tomás. *Derecho penal – parte general*. Barcelona: Universitas, 1996.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal e jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Juiz é morto a tiros no Espírito Santo, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 25 mar. 2003.

Juiz é morto em Presidente Prudente, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 mar. 2003.

Promotor é assassinado a tiros em Minas, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 26 jan. 2002.

GABEIRA, Fernando. Sindicalista era perseguido por pistoleiros. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 dez. 1988, A-4.

GOMES, Luiz Flávio. Org. *Direito penal – parte geral*. V. II. São Paulo: RT, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MAGALHÃES, Lúcia Helena; FURTADO, Marcelo Gasque. Da tentativa. *Revista dos Tribunais*, ano 83, jul. 1994, v. 705, p. 435.

MARQUES, Alberto. Consumação e tentativa. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, n. 12, fev./mar. 2002, pp. 24-41.

MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*. Parte Especial. 15. ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 5ta, 1999.

_____. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

PELUSO, Luis Alberto. *A filosofia de Karl Popper*. Campinas: Papirus, 1995.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Cartel e quadrilha ou bando: bis in idem*. *Ciências Penais*, v. 5, pp. 131-143, 2006.

Jornada no Purgatório. *Revista Veja*, São Paulo, 24 dez. 1986.

Norambuena: Terror por dinheiro. *Revista Veja*, São Paulo, 13 fev. 2002.

O choque e a reação. *Revista Veja*, São Paulo, 30 jan. 2002.

O maior roubo do Brasil. *Revista Veja*, São Paulo, 17 ago. 2005.

Os bandidos de farda. *Revista Veja*, São Paulo, 31 ago. 2011.

O bando se rende. *Revista Veja*, São Paulo, 24 dez. 1989.

Operação pântano. *Revista Veja*, São Paulo, 27 jun. 1990.

SCHABAS, William, Conspiracy, in Dinah L. Shelton, editor in Chief, *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, V. 1, Detroit: Macmillan Reference USA, 2005, at pp. 200-202, ISBN: 0028658477 (set), 0028658485 (v. 1), 0028658493 (v. 2) and 0028658507 (v. 3); copy at Bibliothèque University Saint Paul Library - Reference REF HV 6322.7 E53S44 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

Soltura de *balões sem fogo*: a inconstitucionalidade de leis municipais que autorizam essa prática e a tipicidade criminal da conduta

Marcelo Honorato*

Resumo

A prática da soltura de balões sem fogo tem sido autorizada por algumas leis municipais, representando significativa dificuldade para a navegação aérea. Este artigo irá demonstrar que normas municipais que permitem tal conduta incidem em plena inconstitucionalidade formal, na medida em que ingressam na competência legislativa privativa da União. Também será analisada a perfeita subsunção da conduta de soltar balões sem fogo ao crime de atentado contra a segurança do transporte aéreo, na modalidade de dificultar a navegação aérea. Por fim, o artigo apontará as medidas judiciais necessárias para a recuperação da segurança da navegação aérea, em razão da existência de leis municipais que autorizam a prática baloeira sem fogo.

Palavras-chave: Direito Aeronáutico. Delito de atentado contra a segurança do transporte aéreo. Soltura de balões sem fogo.

1 Introdução

A soltura de balões de ar quente, no Brasil, é uma prática com raízes culturais e históricas, que ocorre desde o início da caminhada da humanidade na conquista do espaço aéreo.

No campo histórico, foram vários os brasileiros que se dedicaram, de forma alvissareira, ao desenvolvimento de balões, engenhos que precederam à invenção do avião e apontaram pela possibilidade do voo do homem.

Ainda no século XVIII, foi sob os olhos do Padre Bartolomeu de Gusmão que bolhas de sabão ganharam impulso vertical, ao aproximarem-se da chama de uma vela, quando então o padre brasileiro despertou-se pela possibilidade do voo do *mais leve que o ar*. Bartolomeu de Gusmão, em 8 de agosto de 1709, após duas tentativas frustradas, apresentou à Corte Portuguesa, no pátio da Casa da Índia, um

engenho que alcançaria o voo vertical, inaugurando o primeiro voo do *mais leve que o ar*, invento batizado de *passarola*.

A dirigibilidade dos balões teve como um de seus precursores o também brasileiro Júlio César Ribeiro de Sousa, paraense que concebeu o balão de forma assimétrica e com centro de gravidade deslocado à frente, proporcionando, assim, dirigibilidade aos balões. Em 12 de julho de 1884, fabricou seu grande balão, denominado de Santa Maria de Belém, mas que acabou incendiando-se; porém, em 1886, construiu o balão Cruzeiro, na França, artefato que foi objeto de várias demonstrações públicas.

Alberto Santos Dumont, brasileiro mais notável na história da aviação mundial, além da construção dos primeiros balões dirigíveis com motor a gasolina, tendo obtido, inclusive, a conquista do Prêmio *Deustsch*, em 1901, ao voar e contornar o mais famoso monumento europeu, a Torre Eiffel, ainda fez a conexão da dirigibilidade dos balões com suas invenções do voo do *mais pesado que o ar*: o avião.

A operação de balões de ar quente dirigíveis manteve-se no mundo contemporâneo como prática desportiva e turística, os chamados balonistas ou piloto de balão livre, operação essa que requer piloto habilitado, nos termos do Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica 61¹.

Porém, dentre as várias modalidades de balonismo, permaneceu no seio cultural brasileiro a prática de soltura de balões não dirigíveis e dotados de chama como fonte de sustentação, os chamados de baloeiros, conduta ainda mais adensada quando das festividades juninas.

Ocorre que a soltura de balões não dirigíveis tornaram-se incompatíveis com o uso seguro do espaço aéreo, tanto pela fragilização que produz no controle das aeronaves em voo, como também pelo risco à flora nacional e indústrias petrolíferas, nos casos

* Juiz federal substituto (JFPA). Especialista em Direito Processual (Unama), Direito Constitucional (IDP), Direito do Estado (Uniderp). Bacharel em Direito (UFPA). Bacharel em Ciências Aeronáuticas (AFA).

¹ Agência Nacional de Aviação Civil (Brasil). *Regulamento Brasileiro de Aviação Civil (RBAC) 61: Licenças, habilitações e certificados para pilotos*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbac/RBAC%2061.PDF>>. Acesso em: 27 maio 2013.

em que, além da não controlabilidade, emprega-se o balão sustentado com fonte de fogo.

Com o advento da Lei 9.605/1998, a conduta de soltar balões dotados de chama e não dirigíveis passou a ser tipificada, nos termos de seu art. 42, situação que criou um freio social a esta perigosa prática; porém, a capacidade inventiva humana ultrapassou o requisito da necessidade de uma fonte de chama na estrutura dos balões, quando então se desenvolveram os chamados *balões sem fogo*.

Os balões sem fogo são sustentados pela energia solar, que aquece a parte superior do balão, geralmente pintada em cores escuras, de forma a manter o ar interno aquecido. Tal classe de balões mantém incólume a sua mais perigosa característica para a segurança da aviação: a não controlabilidade.

Este artigo irá abordar a questão da constitucionalidade de normas municipais que autorizam a conduta de soltar balões sem fogo, especialmente quanto ao seu aspecto formal, ou seja: o fiel respeito às regras constitucionais que condicionam o exercício legislativo.

Além disso, será também analisada a conduta de soltura de balões sem fogo, essencialmente quanto aos reflexos na segurança da aviação e à tipicidade delitiva de tal prática, sob o escol de dificultar a navegação aérea.

2 Da inconstitucionalidade formal de leis municipais que legislem sobre Direito Aeronáutico

As constituições de estados federados sempre trazem em seu âmago regras que distribuem poderes e competências entre os entes que os compõe: união, estados e municípios (esses últimos nem sempre previstos com autonomia em ordenamentos jurídicos estrangeiros), trato político então denominado de pacto federativo.

A Constituição Federal de 1988 tem diversas dessas regras, como a previsão de intervenção federal e estadual e a distribuição de competências administrativas e legislativas. Essa última, a distribuição de competências legislativas, além de formar um pacto de convivência política, ainda procura harmonizar socialmente a Nação.

É que a competência legislativa é distribuída também considerando-se a necessidade de harmonia na vida social dos cidadãos de todo o País, quando o pressuposto fático-legislativo assim o exigir. Como

exemplo, podemos citar as regras trabalhistas, que requerem uniformidade nacional, pois não há razão alguma para que um trabalhador residente no Estado de São Paulo tenha direitos sociais diferentes do trabalhador gaúcho.

Nesse sentido que a Carta Constitucional concedeu a competência de legislar sobre direito trabalhista privativamente à União Federal, já que tal matéria requer harmonia nacional (art. 22, inciso I, da CF/1988). Outras matérias, igualmente carecedoras de uniformidade nacional, foram objeto de exclusividade legislativa à União:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Excepcionalmente, poderá a União Federal, através de lei complementar, permitir que os Estados legislem sobre *questões específicas*, então submetidas à competência exclusiva federal, como prevê o parágrafo único do art. 22 da Carta da República:

Parágrafo Único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Ou seja, a competência suplementar, quanto às matérias previstas no art. 22 da CF/1988 (competência privativa da União), somente é exercitável: *i.* se houver lei complementar federal concedendo tal competência; *ii.* pelos estados; e, *iii.* para questões específicas; portanto, não pode haver tal suplementação de forma geral.

Interessante registrar que ao município cabe legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inciso I, da CF/1988); suplementar a legislação federal e estadual, no que couber (art. 30, inciso II); e promover o ordenamento do uso do solo (art. 30, inciso VIII, CF/1988), no entanto, tais competências não podem ser exercidas em matérias legislativas privativas da União, já que o interesse local deve dar guarida à uniformidade nacional concretizada pela União Federal, no exercício de sua competência legislativa exclusiva, salvo o estado, que, havendo lei complementar, poderá suplementar tais matérias em pontos específicos.

A competência legislativa municipal de suplementar as normas federais e estaduais, considerando o interesse local, somente é exercitável quando se tratar de matérias de competência concorrente (art. 23 da CF/1988), sob pena de se estar contrariando di-

retamente o parágrafo único do art. 22, que permitiu a competência suplementar de matérias privativas da União somente aos estados.

Portanto, a expressão “no que couber”, constante do art. 30, inciso II, da CF/1988 tem justamente a força de limitar tal competência suplementar do município aos assuntos em que exista previsão de competência concorrente, pois, nestes casos, o interesse local foi considerado pela Carta Constitucional como possível de ser harmonizado pela legislação supletiva dos municípios.

Nesse sentido se pronunciou o Supremo Tribunal Federal ao declarar inconstitucional lei municipal que tratava de matéria de competência exclusiva da União, afastando eventual competência genérica suplementar dos municípios:

EMENTA: Recurso extraordinário. - A competência para legislar sobre trânsito é exclusiva da União, conforme jurisprudência reiterada desta Corte (ADI 1.032, ADIMC 1.704, ADI 532, ADI 2.101 e ADI 2.064), assim como é a competência para dispor sobre a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança (ADIMC 874). - *Ora, em se tratando de competência privativa da União, e competência essa que não pode ser exercida pelos Estados se não houver lei complementar - que não existe - que o autorize a legislar sobre questões específicas dessa matéria (artigo 22 da Constituição), não há como pretender-se que a competência suplementar dos Municípios prevista no inciso II do artigo 30, com base na expressão vaga aí constante “no que couber”, se possa exercer para a suplementação dessa legislação da competência privativa da União.* - Ademais, legislação municipal, como ocorre, no caso, que obriga o uso de cinto de segurança e proíbe transporte de menores de 10 anos no banco dianteiro dos veículos com o estabelecimento de multa em favor do município, não só não diz respeito, obviamente, a assunto de interesse local para pretender-se que se enquadre na competência legislativa municipal prevista no inciso I do artigo 30 da Carta Magna, nem se pode apoiar, como decidido na ADIMEC 874, na competência comum contemplada no inciso XII do artigo 23 da Constituição, não estando ainda prevista na competência concorrente dos Estados (artigo 24 da Carta Magna), para se sustentar que, nesse caso, caberia a competência suplementar dos Municípios. Recurso extraordinário não conhecido, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei 11.659, de 4 de novembro de 1994, do Município de São Paulo

(RE 227384, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2002, DJ 09/08/2002, p. 68.)

Pois bem, o direito aeronáutico é uma das matérias em que a Constituição Federal de 1988

concedeu competência legislativa exclusiva à União Federal, compondo então o pacto federativo. Como inexistente lei complementar abrindo a competência suplementar aos estados e a competência municipal suplementar somente é exercitável diante de matérias de competência concorrente, os demais entes políticos não podem legislar sobre tal matéria, pois que interesses regionais e locais devem se curvar à legislação nacional sobre o tema, respeitando, então, o pacto federativo.

Sob essa ótica é que devem ser analisadas as normas municipais que vem autorizando a soltura de balões sem fogo, como a Lei 5.511, de 17 de agosto de 2012, do Município do Rio de Janeiro, portanto, o Poder Legislativo municipal legislando sobre Direito Aeronáutico, competência privativa da União.

É que da simples leitura da Lei Municipal 5.511/2012, observa-se que a norma ingressou em matéria típica de Direito Aeronáutico, pois permitiu a soltura de determinado tipo de balão no espaço aéreo², definiu as dimensões dos balões a figurarem no espaço aéreo³ e, por fim, estabeleceu os horários em que tais objetos poderão voar, ou seja, ingressarem e permanecerem no espaço aéreo⁴.

Logicamente que não se está diante de norma que regula o uso do solo, essa sim, competência do Poder Legislativo municipal. Pelas características acima discriminadas, constata-se que os efeitos da lei municipal são produzidos inteiramente no espaço aéreo, criando direitos e deveres em relação ao uso de tal dimensão espacial, portanto, matéria típica de Direito Aeronáutico.

Além disso, a autorização de soltura de balões e a estipulação de horários para o voo de tais artefatos baloeiros interferem igualmente na operação dos demais vetores aéreos, conseqüentemente, representa inovação às regras de navegação aérea, cuja competência legislativa é também privativa da União Federal (art. 22, inciso X, da CF/1988).

² Art. 1º Fica permitida a soltura de balões artesanais e ambientais sem fogo, no Município do Rio de Janeiro.

³ Art. 4º Os modelos citados abaixo devem obedecer as seguintes medidas:
I - Truff, Modelado, Lapidado, Mixirica e Hally:
Tamanho mínimo cinco metros;
Tamanho máximo dez metros;
II - Pião Carrapeta e Careca:
Tamanho mínimo oito metros;
Tamanho máximo doze metros.

⁴ Art. 5º Ficam estabelecidos os horários de cinco às dez horas e de vinte às duas horas para soltura dos balões.

No que tange a eventual interesse local em matéria de Direito Aeronáutico, possível fundamento para sustentar a emissão de norma municipal sobre a soltura de balões, alguns elementos devem ser destacados: *i.* a norma editada produz seus efeitos inteiramente no espaço aéreo, logo, está-se diante de matéria restrita à competência exclusiva da União: Direito Aeronáutico e navegação aérea; *ii.* tanto Direito Aeronáutico como a navegação aérea não foram objeto de concessão de suplementação legislativa, pois inexistente lei complementar federal sobre a matéria; *iii.* a competência suplementar dos municípios é aplicável somente em matérias de competência concorrente, não sendo o caso do Direito Aeronáutico e da navegação aérea, competências privativas da União; e, *iv.* ainda que houvesse a abertura de competência suplementar, essa capacidade legislativa é restrita aos estados, não havendo previsão para atuação dos municípios.

Quando um ente federado legisla sobre matéria em que não possui competência, está-se diante de uma inconstitucionalidade formal orgânica, como bem pontua o constitucionalista Pedro Lenza⁵:

A inconstitucionalidade formal orgânica decorre da inobservância da competência legislativa para a elaboração do ato.

Nesse sentido, para se ter um exemplo, o STF entende como inconstitucional lei municipal que discipline sobre o uso de cinto de segurança, já que se trata de competência legislativa da União, nos termos do art. 22, XI, legislar sobre trânsito e transporte.

Sendo assim, o município ou o estado, esse último se inexistente lei complementar concedendo competência suplementar, ao legislar sobre matérias privativas da União, incide em imediata usurpação de competência, casos em que a Suprema Corte brasileira tem declarado a inconstitucionalidade formal de tal norma, como leis municipais que legislem sobre direito penal, de trânsito, do trabalho, matérias essas que necessitam de uniformidade nacional, tal qual o Direito Aeronáutico. Abaixo, vários precedentes bem ilustram a entendimento do Pretório Excelso:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ARTS. 10, § 2º, ITEM 1; 48; 49, CAPUT, §§ 1º, 2º E 3º, ITEM 2; E 50. CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO.

[...]

2. A definição das condutas típicas configuradoras do crime de responsabilidade e o estabelecimento de regras que disciplinem o processo e julgamento das agentes políticos federais, estaduais ou municipais envolvidos são da competência legislativa privativa da União e devem ser tratados em lei nacional especial (art. 85 da Constituição da República).

Precedentes. Ação julgada procedente quanto às normas do art. 48; da expressão “ou nos crimes de responsabilidade, perante Tribunal Especial” do caput do art. 49; dos §§ 1º, 2º e 3º, item 2, do art. 49 e do art. 50, todos da Constituição do Estado de São Paulo. 3. Ação julgada parcialmente prejudicada e na parte remanescente julgada procedente. (ADI 2220, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2011, Acórdão Eletrônico DJe-232, Divulg. 06/12/2011, Public. 07/12/2011.)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] DISPENSA DO EXAME TEÓRICO PARA OBTENÇÃO DA CARTEIRA DE MOTORISTA. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. OFENSA AO ART. 22, XI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

[...] 3. Inconstitucionalidade de artigo que dispensa do exame teórico para obtenção de carteira nacional de habilitação os alunos do segundo grau que tenham obtido aprovação na disciplina, sob pena de ofensa à competência privativa da União prevista no art. 22, XI, da Constituição do Brasil.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 1991, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2004, DJ 03/12/2004 p. 12 Ement. Vol-02175-01 PP-00173 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 44-51 RTJ Vol 00192-02 PP-00550)

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE.

Ação direta. Lei 2.769/2001, do Distrito Federal. Competência Legislativa. Direito do trabalho. Profissão de motoboy. Regulamentação. Inadmissibilidade. Regras sobre direito do trabalho, condições do exercício de profissão e trânsito. Competências exclusivas da União. Ofensa aos arts. 22, incs. I e XVI, e 23, inc. XII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei distrital ou estadual que disponha sobre condições do exercício ou criação de profissão, sobretudo quando esta diga à segurança de trânsito.

(ADI 3610, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 1º/08/2011, DJe-182, Divulg. 21/09/2011, Public. 22/09/2011, Ement. Vol-02592-01, p. 77, RTJ V. 219, p.180.)

De tudo até então exposto, relevante registrar que a inconstitucionalidade formal incidente a leis municipais que tratem de Direito Aeronáutico não decorre de qualquer fundamento quanto ao conteúdo

⁵LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

de tais normas, ou seja, se são normas boas ou ruins. Longe disso, a inconstitucionalidade formal decorre do simples vício de ausência de competência do órgão emissor em legislar sobre determinada matéria.

Alguns municípios, no passado, legislaram sobre regras de trânsito, no intuito de prover maior segurança ao transporte urbano rodoviário, logo, contribuindo positivamente para a defesa da vida e dos sistemas de saúde, como o caso julgado no Recurso Extraordinário (RE 221384) acima destacado, em que o Município de São Paulo obrigava o uso de cinto de segurança e proibia o transporte de crianças até 10 anos no banco dianteiro dos veículos, medidas salutares. Porém, em virtude de tal matéria ser de competência legislativa exclusiva da União, concluiu o STF por sua inconstitucionalidade formal, pois o vício de competência aniquila por completo a norma, sem que seja possível sequer analisar o mérito da norma legal criada.

No mesmo sentido, o julgado abaixo transcrito, em que o Estado do Rio Grande do Sul legislou sobre trânsito, sem lei complementar que permita tal suplementação, ainda que objetivando medida positiva ao meio social — a notificação pessoal dos motoristas quando flagrados pela não utilização do cinto de segurança:

EMENTA: - Recurso extraordinário. Lei estadual que determina o uso obrigatório de cinto de segurança nas vias públicas do Estado. Inconstitucionalidade. - O Plenário desta Corte, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade nº 2101, declarou a inconstitucionalidade de Lei estadual que tornava obrigatória a notificação pessoal dos motoristas pela não utilização de cinto de segurança, *por cuidar ela de matéria específica de trânsito, invadindo competência exclusiva da União, salientando, ainda, que, enquanto não editada a lei complementar prevista no parágrafo único do artigo 22 da Carta Federal, não pode o Estado legislar sobre trânsito*. - Em sentido análogo, o julgamento da ADIMEC 874. Recurso extraordinário não conhecido, e declarada a inconstitucionalidade da Lei 10.521/95 do Estado do Rio Grande do Sul.

(RE 215325, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2002, DJ 09/08/2002, p. 67, EMENT V. 02077-01, p. 155.)

Portanto, a inconstitucionalidade formal em que incide a Lei Municipal 5.511/2012 não decorre da análise sobre eventual perigo que a soltura de balões possa gerar a aviação. Neste momento, não se está analisando o acerto ou equívoco quanto à prática da soltura dos balões sem fogo, mas apenas que o ente municipal não possui competência para legislar sobre

Direito Aeronáutico e interferir na navegação aérea, matérias privativas da União Federal, pois insertas no inciso I do art. 22 da Constituição do Brasil de 1988, assunto, aliás, que requer uniformidade nacional, sem a possibilidade de exercício suplementar legislativo pelos municípios, que apenas suplementa matérias de competência concorrente.

Com base nos fundamentos acima, conclui-se que a Lei Municipal 5.511/2012 incidiu em vertente inconstitucionalidade formal pelo vício de competência do órgão legislativo, editor da norma, já que os municípios não possuem competência para legislar sobre direito aeronáutico e navegação aérea, matérias privativas da União.

3 Da tipificação penal da conduta de soltar balões sem fogo

A conduta de soltar balões não dirigíveis, no campo da legislação penal especial, é tipificada pela Lei de Crimes Ambientais (art. 42 da Lei 9.605/1998), na parte em que estão elencados os delitos contra a flora:

Art. 42. Fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano:

Pena - detenção de um a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Com o advento dos balões não dirigíveis sem fogo, o elemento normativo do tipo “que possam provocar incêndios [...]” acabou por ser subtraído, tornando a conduta atípica quanto a tal lei especial ambiental.

No entanto, a característica de não dirigibilidade dos balões sem fogo mantém íntegro o risco de acidente aeronáutico, em razão do lançamento de obstáculo no espaço aéreo, sem capacidade de controle humano.

Explico. A soltura de um balão de ar quente não dirigível representa a inserção de objeto perigoso no espaço aéreo, tendo em vista a ausência de controle da rota em que o mesmo irá trafegar, tanto que se emprega o verbo *soltar*, à medida que inexistente controle sob o artefato baloeiro após a sua liberação. Com isso, o Sistema de Controle do Espaço Aéreo tem que redobrar a atenção, assim como os aeronavegantes, no intuito de evitar uma colisão da aeronave com o balão.

O perigo decorre da probabilidade da ocorrência de impacto de um balão de ar quente com uma aeronave. Ainda que tal artefato tenha baixa densidade, a colisão pode representar situação catastrófica, em razão da velocidade em que geralmente se deslocam

as aeronaves no nível de voo dos balões. O cenário torna-se ainda mais crítico se o balão atingir algum dos motores da aeronave, pois que as paletas compressoras de ar possuem alta velocidade circular, imprimindo maior energia à colisão.

Considerando⁶ a média altitude em que os balões de ar quente se deslocam (cerca de 17 mil pés) e a velocidade em que as aeronaves operam em tal nível de voo (150 a 250 Kt, ou seja, 270 a 450 Km/h) e, ainda, considerando o diâmetro do corpo (quanto maior a dimensão, menor a densidade corpórea), tem-se que a colisão pode gerar uma força de 2,26 toneladas (balão de 10 Kg) até 100 toneladas (balão de 50 Kg)⁷.

O impacto, pontualmente considerado, não é a única preocupação, mas sim o local que sofrerá a colisão, pois a ingestão do balão e seus acessórios por alguma das turbinas pode provocar desde um simples apagamento de motor até um incêndio no conjunto propulsor, cujas consequências qualquer pessoa é capaz de deduzir.

A quantidade de balões também influi no grau de risco, pois aeroportos como de Guarulhos, em São Paulo⁸, já tiveram notificação da existência de vários balões no espaço aéreo, simultaneamente, quadro a dificultar gravemente a navegação aérea⁹.

Além disso, como os balões têm sua futura rota de deslocamento subordinada às condições meteorológicas, portanto incontornáveis pelo homem, há plena possibilidade de a sua soltura ocorrer em local com boa visibilidade, mas, após deslocar-se a esmo, vir a voar em ambientes de visibilidade restrita, local em que as aeronaves estão operando sob condições instrumentais, ou seja, sem contato visual com obstáculos¹⁰, agravando ainda mais o perigo à navegação aérea¹¹.

Observando-se os dados estatísticos disponíveis na página virtual do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos¹² (Cenipa), constata-se que, no ano de 2012, ocorreram 143 avistamentos de balões pelos aeronavegantes e, neste ano corrente de 2013, já existem 53 reportes; ou seja, a cada três dias uma aeronave é exposta ao perigo baloeiro e, grande parte das vezes, tem que realizar alguma manobra evasiva, como aumentar a rampa de aproximação ou comandar desvios laterais mais agressivos.

No intuito de desviar dos obstáculos baloeiros, alguns pilotos¹³ chegam a reportar o desacoplamento do piloto automático¹⁴ ou o acionamento do alarme de colisão da aeronave com o solo¹⁵, em razão da severidade da manobra evasiva.

Todos estes aspectos demonstram que o perigo baloeiro representa sério problema para aviação, gerando, no mínimo, dificuldade para a navegação aérea, tanto que torres de controle e notificações escritas de aeroportos emitem advertências aos aeronavegantes quanto à ocorrência de balões nas áreas de aproximação de aeroportos de São Paulo e Rio de Janeiro.

Desse modo, observa-se que a conduta de soltar balões relaciona-se à segurança do transporte aéreo e, nesse sentido, o art. 261 do Código Penal Brasileiro traz o seguinte tipo penal:

Art. 261 - Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

⁶ DE DEUS, D. A. A. Balões de ar quente não tripulados. In: *Curso de Segurança de Voo*, 60., 1996, Brasília. *Aulas eletrônicas*. Brasília: 1996. 1 CD-ROM. p. 16-18.

⁷ Fórmula matemática desenvolvida pelo Centro Tecnológico da Aeronáutica – CTA: $F = 3,137 \cdot r \cdot V^2 \cdot (D/2)^2$, sendo $D = [(2 \cdot M) / (p \cdot r)]^{1/3}$ e r = densidade do corpo (kg/m³), M = massa do corpo (kg); D = diâmetro do corpo (m); F = força de impacto resultante (N); V = velocidade do avião.

⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁹ VARIG 155 (PP-CJN), Curitiba-Guarulhos, que reportou, em 14. jan.1999, a existência de 15 balões, entre 17.000 a 4.000 pés, durante a descida e aproximação para pouso em São Paulo.

¹⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹¹ Mensagem Telegrafada ao Cenipa, em 2 jan. 1999, reportou o cruzamento de um mesmo balão por duas aeronaves, nas

proximidades do Aeroporto Internacional do Galeão: o Brasil Central (PT-MRU) às 18h e o Varig (PP-VPU) às 19h28, demonstrando a longa autonomia de voo dos balões e, com isso, a capacidade de deslocarem-se a maiores distâncias.

¹² BRASIL. Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. Estatística do Risco Baloeiro. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/baloeiro/pesquisa>>. Acesso em: 27 maio 2013.

¹³ *Ibid.*, pp. 22-23.

¹⁴ Relatório de Perigo do Cenipa apresentado pelo voo da Varig (PP-VPZ), em 1º jun. 2003, onde o Comandante da Aeronave reportou o avistamento de 12 (doze) balões na Terminal do Rio de Janeiro, ocorrendo a necessidade de desacoplar o piloto automático para efetivar os desvios dos balões.

¹⁵ Relatório de Perigo do Cenipa apresentado pelo voo da Tam (PT-MRO), em 1º jun. 2003, onde o comandante da aeronave reportou o acionamento do GPWS na função “sink rate”, em razão de desvio de balão na final do ILS da pista 09R, em Guarulhos.

Trata-se de um crime que viola a incolumidade pública, cuja conduta torna-se típica em dois tipos penais: a mera violação da segurança, colocando em perigo determinada aeronave (primeira parte), e atos que impeçam ou dificultem a navegação (segunda parte).

Em relação ao núcleo do tipo penal que descreve a conduta de expor a perigo aeronave, exige-se, para sua configuração, a existência de atos que coloquem determinado aparelho aéreo em situação real de perigo, logicamente, trata-se de perigo concreto.

A conduta de soltura de balões sem fogo e não dirigíveis somente preencherá os elementos normativos da primeira parte do tipo penal do art. 261 do CP se tal ato gerar uma situação de risco para determinada aeronave, como, por exemplo, a realização de manobras evasivas, desvio da rampa ideal de aproximação para pouso e desligamento de piloto automático, casos esses até já retratados nas referências deste artigo.

Ou seja, não basta soltar os balões sem fogo, o tipo penal da primeira parte do art. 261 exige a inserção de determinada aeronave em situação de perigo concreto.

Já o segundo núcleo do delito (impedir ou dificultar a navegação aérea) requer apenas a realização de condutas que criem empecilhos à navegação, situação que, por si só, já se deduz o perigo à coletividade, por isso, classifica-se como um crime de perigo abstrato.

Entende o legislador que a simples dificuldade de navegar já detém perigo suficiente para abalar a segurança da aviação, visto tratar-se de transporte altamente sensível a pequenas alterações, como variações meteorológicas, presença de pássaros, complexidade tecnológica, comunicação eficiente e habilidade motora dos pilotos, portanto, o perigo à incolumidade pública é abstrato, dispensada a comprovação de que determinada aeronave tenha sido atingida diretamente por algum balão, pois a dificuldade de navegar já cria perigo suficiente a ser penalizado pela norma criminal.

A configuração de crimes de perigo abstrato em face da segurança da aviação não é novidade. O delito de exploração de rádios clandestinas é um exemplo de tipo penal de perigo abstrato, com repercussão direta na segurança da aviação.

É que a conduta de operação clandestina de rádios representa uma conduta que vilipendia a segurança do espectro eletromagnético e gera sério risco à segurança da aviação, modal de transporte

que depende da confiabilidade dos sistemas de comunicação e de navegação, esse último que também emprega o espectro eletromagnético para a sua orientação.

Nestes casos, a simples ausência de autorização estatal para explorar o campo eletromagnético deduz em risco à segurança das telecomunicações, que tem a aviação como usuária mais exigente. A mera operação clandestina torna despidianda a demonstração de que se produziu situação concreta de perigo em face de determinada aeronave, sendo suficiente a conduta de utilizar o espectro eletromagnético sem autorização estatal. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. EXPLORAÇÃO CLANDESTINA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. ARTIGO 183 DA LEI N. 9.472/1997. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE DANO A TERCEIROS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

1. O delito tipificado no art. 183 da Lei n. 9.472/97 é formal, *de perigo abstrato e dispensa a demonstração de dano efetivo ao bem jurídico tutelado pela norma*, qual seja, a segurança dos meios de telecomunicação, para sua consumação. O crime, pela sua natureza, ocorre com a instalação e utilização do equipamento, sendo desnecessária a realização de perícia *in loco* para aferir a potência do transmissor. 2. Recurso do Ministério Público Federal provido.

(ACR 595820114013000, Des. Federal Hilton Queiroz, TRF1 - Quarta Turma, *e-DJF1* Data: 28/05/2012, p. 254.)

PENAL - PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL DO ACUSADO - ART. 183, DA LEI Nº 9.472/97 - DESENVOLVER CLANDESTINAMENTE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO - CRIME DE PERIGO DE LESÃO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO APLICAÇÃO - RÁDIO COMUNITÁRIA - NECESSÁRIA A AUTORIZAÇÃO - RECURSO DO ACUSADO DESPROVIDO.

[...]

IV - O crime é formal, pois independe de um resultado danoso, bastando a simples conduta do agente, ainda que a norma preveja o resultado. *Também é classificado como crime de perigo abstrato, pois se consuma tão somente com a possibilidade do dano.* É certo que o exercício clandestino da atividade em questão, por si só, expõe a risco a eficiência dos serviços de telecomunicação e por consequência, a segurança da sociedade em geral.

V - Impossível reconhecimento do postulado da insignificância, tendo em vista que o desenvolvimento de rádio comunitária, sem o devido conhecimento pelo Ente Federal, é considerado pelo legislador como forma clandestina de agir, de tal gravidade a ponto de reclamar a

proteção da esfera penal. E com toda razão, já que se trata de *perigo real de interferência em frequências de rádio e na comunicação entre aeronaves e as torres de comando*, o que não pode se incluir no conceito de crime de bagatela.

[...]

(ACR 200951680019031, Des. Federal Messod Azulay Neto, TRF2 - Segunda Turma Especializada, e-DJF2R, Data: 23/11/2012.)

O elemento subjetivo é o dolo, sendo possível ainda a tipificação pelo elemento culpa (art. 261, § 3º, do CP). Interessante que o dolo não está ligado ao *querer* produzir a situação de perigo à aviação, mas sim ao ter conhecimento de que a sua conduta gera um quadro de perigo às aeronaves, pois que o elemento volitivo pode ser preenchido pelo *dolo eventual*. Nesse sentido versa a doutrina penalista¹⁶:

Assim, a conduta do agente deve ser praticada, tendo ele o conhecimento de que, com seu comportamento, cria uma situação de perigo à incolumidade pública.

No que tange ao tipo penal de criar dificuldade à navegação aérea, o dolo está em ter conhecimento de que a soltura de balões sem fogo e não dirigíveis é capaz de causar embarço à navegação aérea, cenário suficiente a gerar o perigo à incolumidade pública, tendo em vista tratar-se de crime de perigo abstrato, onde a mera conduta de dificultar a navegação já detém o lastro necessário a gerar perigo, considerando a extrema confiabilidade que a aviação requer para exercer seu mister.

Portanto, ao soltar determinado balão, mesmo sem fonte de chama, o agente tem ciência de que está inserindo objeto no espaço aéreo capaz de produzir embarços à navegação aérea, os quais requerem alta atenção dos aeronavegantes, por conseguinte, gerando dificuldade à navegação aérea, elemento normativo do tipo.

Ainda que o agente não deseje produzir a situação de perigo, tem conhecimento da dificuldade que impõe à navegação aérea e admite o resultado de perigo, em face de seu prazer pessoal em *soltar o balão*, nada mais que o chamado crime de egoísmo, em que o objetivo pessoal do agente supera os resultados possíveis de serem gerados.

É importante deixar claro que o agente, ao soltar balões sem fogo e não dirigíveis, tem ciência de

estar dificultando a navegação aérea. Ainda que não deseje tal resultado, consente que possa ocorrer tal embarço, incidindo na figura do dolo eventual, como bem salienta a Exposição de Motivos do Código Penal, citado pelo criminalista Cezar Roberto Bitencourt, em seu Tratado de Direito Penal¹⁷:

O dolo eventual é, assim, plenamente equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo; ainda que sem interesse nele, o agente o ratifica *ex ante*, presta anuência ao seu advento.

No que tange ao tipo penal culposo, para a sua completa tipicidade, requer-se a ocorrência de resultado material, como é próprio deste tipo penal, consubstanciado na deflagração de sinistro (art. 261, § 3º). A soltura de balões de forma acidental é rara, mas pode ser exemplificada no ato do técnico meteorologista que, ao aguardar o momento oportuno para soltar o balão meteorológico, descuida-se, e o solta em momento incorreto, gerando um acidente aeronáutico.

Porém, a culpa não é, definitivamente, o elemento subjetivo da conduta de soltar balões sem fogo, pois não se trata de soltura inadvertida ou não intencional, mas realizada conscientemente, cujo resultado de fragilização da navegação aérea é conhecido e aceito pelo agente.

Diante de todos os elementos expostos, deduz-se que o agente que solta, conscientemente, *balão sem fogo* incide no delito de dificultar a navegação aérea, pois tem ciência que seu artefato causa empecilho à navegação aérea, apesar de não visar tal resultado, com ele consente, pois privilegia seu interesse pessoal na prática baloeira, incidindo no tipo penal do art. 261, segunda parte, do Código Penal brasileiro.

4 Da existência de lei municipal autorizando a conduta de soltar balões sem fogo e suas repercussões no Direito Penal

O sistema jurídico brasileiro alberga, em seu alicerce axiológico, o princípio jurídico da presunção de constitucionalidade de leis e atos do poder público¹⁸, princípio esse que mantém o convívio

¹⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009, v. 1, p. 83.

¹⁷ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos ao Código Penal, apud BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1, p. 321.

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed.

social sustentado pelas regras de direitos e deveres emanados dos poderes constituídos.

Sem tal presunção, os cidadãos poderiam negar-se a cumprir as normas e, com isso, o caos social voltaria a imperar na humanidade, pela ausência de segurança jurídica, elemento basilar dos estados politicamente organizados.

Depois de vigente a lei, somente uma atuação direta do Supremo Tribunal Federal é que a presunção de constitucionalidade pode ser afastada, em consequência de decisão que declare a inconstitucionalidade da norma, sem sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Ainda que juízes e tribunais, incidentalmente, possam também exercer o controle abstrato de constitucionalidade, os efeitos de tais decisões são restritos ao caso em apreço, portanto, não afastam a presunção geral de constitucionalidade da norma.

Em decorrência do referido princípio da presunção de constitucionalidade das leis, a Lei Municipal 5.511/2012, que autoriza a soltura de balões sem fogo, dá suporte de licitude ao exercício de tal prática, extraindo o elemento antijurídico da tipicidade da conduta.

Ou seja, ainda que a soltura de balões sem fogo preencha os elementos materiais do crime contra a incolumidade pública, previsto na segunda parte do art. 261, dificultando a navegação aérea, a tipicidade não se completa, pois há norma legal que autoriza tal prática, estando então o cidadão no exercício regular de direito (art. 23, inciso III, segunda parte, do Código Penal).

Não somente a dogmática tradicional da lei substantiva penal brasileira provê lastro legal apto a afastar a tipicidade, mas também a teoria constitucionalista do delito¹⁹, em que a imputação objetiva da conduta requer a presença de um risco proibido e, como visto, inexistente, já que há lei civil que autoriza a conduta.

Também a teoria da tipicidade conglobante²⁰, do jurista Zaffaroni, afasta a tipicidade material, na medida em que essa dogmática retira o caráter delitivo de determinada conduta, se há qualquer outra norma

a permitindo, devendo os atos serem analisados globalmente, ou seja, sob todas as óticas normativas.

Por outro lado, constatou-se, no tópico inicial deste artigo, que a Lei Municipal 5.511/2012 falece de constitucionalidade, em razão do vício de ausência de competência do poder legislativo municipal, que não possui competência legislativa para regular Direito Aeronáutico, nem em sede de competência suplementar, visto que tal assunto é objeto de competência privativa da União e não concorrente, cabendo apenas aos Estados eventualmente a suplementar, isso se houver lei complementar federal permitindo tal exercício legislativo.

Assim, o quadro se desenha da seguinte forma: a conduta de soltar balões sem fogo dificulta a navegação aérea, incidindo no tipo penal do art. 261 (segunda parte), porém, há lei municipal que a autoriza, e, ainda que seja uma norma formalmente inconstitucional, mantém-se a presunção de sua constitucionalidade, até que a Suprema Corte brasileira declare a sua inconstitucionalidade.

Portanto, atualmente, os sujeitos que colocam em risco a navegabilidade aérea no território da cidade do Rio de Janeiro, sob a conduta de soltar balões sem fogo, não respondem por crime algum, ainda que estejam dificultando conscientemente a navegação das aeronaves que operem na cidade carioca, que, aliás, abriga dois grandes aeroportos públicos (Aeroporto do Galeão e Aeroporto Santos Dumont) e um aeroporto militar (Aeroporto Militar do Campo dos Afonsos).

Digno de nota é o fato de que, no ano de 2014, o Brasil sediará evento desportivo mundial, a Copa do Mundo de Futebol²¹, aspecto que gerará um considerável incremento no tráfego aéreo. Sendo o município do Rio de Janeiro, editor de norma autorizadora da soltura de balões sem fogo, uma das cidades-sede dos jogos mundiais, percebe-se que o cenário requer dedicada atenção, especialmente pelo período em que as competições ocorrerão: os meses de junho e julho, justamente o bimestre em que ocorrem as festividades juninas e julinas, eventos que têm a soltura de balões como prática rotineira.

Considerando a necessária segurança que a aviação requer, é salutar que a autoridade aeronáutica represente à Advocacia-Geral da

Salvador: Juspodivm, 2008, p. 398

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal – parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 77.

²⁰ *Ibid.*, p. 89.

²¹ Fédération Internationale de Football Association. Informações para a Copa do Mundo de 2014. Disponível em: <<http://pt.fifa.com/worldcup/matches/matchschedule.html>>. Acesso em: 31 maio 2013.

União, para que a Presidência da República, órgão legitimado para manejar ações diretas de controle de constitucionalidade, ingresse com uma ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei Municipal 5.511/2012, no Supremo Tribunal Federal.

Relevante registrar que não existe monopólio na propositura de ações de controle direto de constitucionalidade, visto que a Carta Política de 1988 também atribui tal legitimação a órgãos, como sindicatos e associações de classe de âmbito nacional (art. 103, inciso IX, da CF/1988) e também o Ministério Público Federal e Militar, esses por intermédio do procurador-geral da República (art. 103, inciso VI, da CF/1988).

Importantíssimo que a ação de controle de constitucionalidade orquestrada também abranja pedido de medida cautelar urgente (art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999), tendo em vista o elevado risco de acidente que a norma inconstitucional imprime à aviação.

Somente após tal manobra processual, quando então a Suprema Corte Constitucional venha a declarar a inconstitucionalidade da lei municipal, mesmo que sob o escopo cautelar, é que os agentes da conduta de soltar balões sem fogo, no território da cidade do Rio de Janeiro, poderão ser penalmente responsabilizados.

5 Conclusão

Diante de todos os argumentos jurídicos e aeronáuticos acima expostos, conclui-se que as normas municipais, autorizadoras da prática da soltura de balões sem fogo, incidem em inconstitucionalidade formal manifesta, em razão da usurpação da competência privativa federal em legislar sobre Direito Aeronáutico (art. 22, inciso I, da CF/1988).

Ainda que houvesse lei complementar federal, autorizando o exercício de competência suplementar em matéria aeronáutica, tal complementação seria restrita aos estados, nos termos do parágrafo único do art. 22 da Carta Constitucional brasileira, logo, sem previsão de exercício complementar aos municípios, que apenas suplementam matérias em que a competência seja concorrente (art. 23 c/c art. 30, inciso II, da CF/1988).

Desse modo, ao se editar a Lei Municipal 5.511/2012, cujos efeitos são produzidos no espaço aéreo, incluindo inovações à navegação aérea, acabou por ingressar em matéria eminentemente de Direito Aeronáutico, incidindo em inconstitucionalidade formal, por vício de competência legislativa.

Por outro lado, demonstrou-se, ainda, que a conduta de soltar balões sem fogo produz dificuldade à navegação aérea, considerando o perigo de colisão de tal artefato baloeiro com as aeronaves, exigindo maior atenção e até manobras evasivas dos aeronavegantes. Desse modo, tal ato tem perfeita subsunção ao tipo penal previsto no art. 261, segunda parte, do Código Penal brasileiro: “praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea”.

Como crime de perigo abstrato, tal delito não requer a comprovação de colisão ou quase colisão do balão com qualquer aeronave, pois completa-se com a simples inserção do balão no espaço aéreo, já que, por si só, produz empecilho à navegação aérea.

No entanto, diante da presunção de constitucionalidade que as normas legais detêm, esteio do Estado democrático de direito, a conduta delitiva tem sua antijuridicidade expulsa, impedindo que ocorra a tipicidade material, pois o agente acaba por atuar mediante o exercício regular de direito, uma conduta permitida e sustentada por norma não penal.

Portanto, é necessário que a presunção de constitucionalidade seja afastada pelo emprego de ações de controle de constitucionalidade, articulada por qualquer dos legitimados a manejarem tal ação constitucional, como a Presidência da República, o procurador-geral da República e sindicatos e associações nacionais, dentre outros elencados no art. 103 da Carta Política de 1988.

Nestes tempos de pleno acesso ao Poder Judiciário, os diversos órgãos reguladores e fiscalizadores da aviação e os prestadores de serviços aéreos também devem se despertar para a operação do direito como ferramenta de prevenção de acidentes aeronáuticos, e este é um dos casos em que tal estratégia é a solução para o resguardo da segurança da navegação aérea.

Referências

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Regulamento brasileiro de aviação civil (RBAC) 61*: licenças, habilitações e certificados para pilotos. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbac/RBAC%2061.PDF>>. Acesso em: 27 maio 2013.

BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. *Balões de ar quente não*

tripulados. Brasília: Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos, 2006.

BRASIL. Constituição (1988).

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei 2.848 de 1940.

BRASIL. Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. *Estatística do Risco Baloeiro*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/baloeiro/pesquisa>>. Acesso em: 27 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Matéria Constitucional. RE 227384, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2002, DJ 09/08/2002, p. 68.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 2220, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2011, acórdão eletrônico DJe-232, divulg. 06/12/2011, public. 07/12/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Matéria Constitucional. ADI 1991, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2004, DJ 03/12/2004, p.12, ement v. 02175-01, p. 173, lexstf v. 27, n. 314, 2005, pp. 44-51 RTJV. 192-02, p. 550.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Matéria Constitucional. ADI 3610, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 1º/08/2011, DJe-182, divulg. 21/09/2011, public. 22/09/2011, ement. v. 2592-01, p. 77, RTJ V. 219, p. 180.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Matéria Constitucional. RE 215325, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2002, DJ 09/08/2002, p. 67, ement. v. 02077-01, p. 155.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Matéria Criminal. ACR 595820114013000, Des. Federal Hilton Queiroz, TRF1 - Quarta Turma, e-DJF1 data: 28/05/2012, p. 254.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Matéria Criminal. ACR 200951680019031, Des. Federal Messod Azulay Neto, TRF2 - Segunda Turma Especializada, e-DJF2R, data: 23/11/2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DE DEUS, D. A. A. Balões de ar quente não tripulados. In: *Curso de Segurança de Voo*, 60, 1996, Brasília. Aulas eletrônicas, Brasília: 1996. 1 CD-ROM.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal – parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Rio de Janeiro (Município). Lei Municipal 5.511, de 2012.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Medida Provisória 656, de 07/10/2014.

Reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep, da Cofins, da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação incidentes sobre a receita de vendas e na importação de partes utilizadas em aerogeradores, prorroga benefícios, altera o art. 46 da Lei 12.715, de 17 de setembro de 2012, que dispõe sobre a devolução ao exterior ou a destruição de mercadoria estrangeira cuja importação não seja autorizada, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 08/10/2014.

Decreto 8.302, de 04/09/2014.

Revoga o Decreto 6.106, de 30 de abril de 2007, que dispõe sobre a prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional, e revoga dispositivos do Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social.

Publicado no *DOU* de 05/09/2014.

Decreto 8.303, de 04/09/2014.

Altera o Decreto 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas.

Publicado no *DOU* de 05/09/2014.

Decreto 8.304, de 12/09/2014.

Regulamenta a aplicação do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras – Reintegra.

Publicado no *DOU* de 15/09/2014.

Decreto 8.315, de 24/09/2014.

Promulga o Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul, firmado pela República Federativa do Brasil, em Belo Horizonte, em 16 de dezembro de 2004.

Publicado no *DOU* de 24/09/2014.

Decreto 8.325, de 07/10/2014.

Altera o Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF.

Publicado no *DOU* de 08/10/2014.

Corte Especial

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0009327-13.2014.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Presidente
Requerentes: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e outro
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
Requerido: Juízo Federal da 4ª Vara – BA
Autor: Empresa de Transportes São Luiz Ltda.
Advogados: Dr. Rafael Alexandria de Oliveira e outros
Embargante: Empresa de Transportes São Luiz Ltda.
Publicação: e-DJF1 de 03/09/2014, p. 2

Ementa

Agravo regimental. Tutela antecipada. Licitação. Leilão 1/2013 – ANTT. Projeto da rede nacional de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Suspensão. Análise restrita. Grave lesão. Agravo desprovido.

I. As alegações da agravante não são suficientes para infirmar ou ilidir as razões que fundamentaram a decisão agravada.

II. A análise relativamente à motivação da tutela concedida pelo juízo de primeira instância não está inserida na competência do presidente do Tribunal, que se restringe à verificação de ocorrência de eventual risco de lesão grave à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, advindo da execução do ato jurisdicional.

III. A suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992 e no art. 15 da Lei 12.016/2009 não tem vocação recursal, nem visa corrigir eventual *error in procedendo* ou *error in iudicando*. Assim, as questões relativamente ao *meritum causae*, a exemplo da existência de supostos vícios formais ou materiais do certame, devem ser debatidas, nas vias recursais ordinárias, pelo juízo natural.

IV. A execução da decisão de primeira instância impede, em princípio, a aplicação da regra geral inserta no art. 175 da Constituição Federal/1988, que exige a prévia licitação para permissão ou concessão de serviço público.

V. A decisão ora agravada deve ser mantida, visto que a paralisação do certame determinada pelo juízo *a quo* acaba por prolongar a situação ilegítima das atuais permissionárias e concessionárias do serviço público de transporte rodoviário interestadual e internacional, bem como o desrespeito à regra de licitação obrigatória, que o Leilão 1/2013 pretende sanar, acarretando, em consequência, grave lesão à ordem pública.

VI. Agravo regimental desprovido.

Acórdão

Decide a Corte, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 21/08/2014.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, presidente.

Relatório

O Exmo Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Trata-se de agravo regimental (fls. 1.069-1.076) interposto pela Empresa de Transporte São Luiz Ltda. contra decisão (fls. 1.055-1.063) do então presidente desta Corte, Des. Federal Mário César Ribeiro, que suspendeu a execução da antecipação de tutela concedida pelo

Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, para

[...] determinar a União e à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT a suspensão de todo e qualquer ato relativo ao procedimento licitatório do Leilão 01/2013, relativos aos Lotes 2 e 4 do Grupo 3 [...] (fl. 702),

sob pena de multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

A requerente sustenta ausência de análise dos fundamentos que levaram o juízo *a quo* a suspender o certame, consubstanciado na identificação dos vícios apontados pela autora, “que teriam interferência *‘de modo marcante na execução do contrato, gerando, então, eventuais modificações’*” (fl. 1.071).

Assevera que, “*da análise do pedido de suspensão, juntamente com a decisão agravada, não se observa a ocorrência de efetivo risco de lesão ao interesse público*” (fl. 1.072), mas, ao contrário, é a manutenção da decisão de primeira instância que preserva a ordem, a economia e a segurança públicas.

Afirma que

[...] *a própria agravada (ANTT) reconhece que, conforme pesquisa realizada junto aos usuários, os serviços de transporte rodoviário vêm sendo prestados com excelência, e, agora, contraditoriamente, alega suposto ‘clamor social’ quanto à modificação do sistema vigente para fundamentar sua pretensão [...]* (fl. 1.073)

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT requer a suspensão da antecipação de tutela concedida, em 15/01/2014, pela MM. Juíza Federal Substituta da 4ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, nos autos da Ação Ordinária n. 46959-04.2013.4.01.3300, nos seguintes termos, que destaco (fls. 700-702):

[...] *concedo a antecipação dos efeitos da tutela para determinar à União e à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT a suspensão de todo e qualquer ato relativo ao procedimento licitatório do Leilão n. 01/2013, relativos aos Lotes 2 e 4 do Grupo 3, até ulterior deliberação deste juízo, sob pena de multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).*

[...]

Alega a Requerente, em síntese, que o Projeto da Rede Nacional de Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros (PRoPASS-Brasil), criado para cumprir mandamento constitucional é de grande importância para o Brasil; que os serviços regulares de transporte rodoviário de passageiros estão sendo prestados em regime de autorização especial, visto que, desde 08/10/2008,

cerca de 98,5% dos contratos de permissões estão vencidos e, portanto, deverão ser licitados.

Assevera que a modelagem estabelecida pela ANTT e pelo Ministério dos Transportes no Plano de Outorgas foi aprovada sem recomendações pelo Tribunal de Contas da União, no Acórdão TCU n. 2.903/2012; que a Agência preocupou-se com a legitimidade social que o processo de licitação deve ter, contando com significativa participação dos usuários e de entidades privadas, inclusive com a realização de audiências públicas; que não seria razoável que a Lei 8.987/1995, aplicável à generalidade da concessão e da permissão dos serviços públicos, previsse todas as peculiaridades inerentes a cada modalidade de delegação; que os lotes rodoviários, objeto do Edital de Permissão n. 001/2013 foram incluídos no Programa Nacional de Desestatização.

Afirma que antes da construção da atual modelagem do PRoPASS-Brasil, a ANTT, inicialmente, desenvolveu estudos de demanda amparados, exclusivamente, em informações repassadas pelas sociedades empresariais que na época (entre 2006 e 2007) operavam o sistema. No entanto, percebeu que havia diversas inconsistências entre as informações que detinha e as entregue pelas operadoras, motivando a necessidade de realização de um estudo amplo e confiável, efetivado em parceria com a Fundação Instituto de Pesquisas Aplicadas – FIPE, que embasou o Plano de Outorga, conforme reconheceu o próprio TCU. Por isso que, as futuras proponentes devem fazer as avaliações complementares que considerem necessárias para participarem da licitação, responsabilizando-se integralmente por suas propostas.

Afiança também, que o transporte rodoviário interestadual é serviço que não é regulado, precipuamente, pela Lei 8.666/93, e que os elementos listados pela Requerida no inciso IX do art. 6º da aludida lei não se aplicam ao presente caso. Não obstante isso, afirma, a ANTT que não se descuidou de prover obrigações a cargo das futuras permissionárias, para que as normas de preservação do meio ambiente sejam observadas, consoante consta no preâmbulo do Edital de Permissão n. 001/2013.

Sustenta, ainda, que a decisão causa grave lesão 1) à ordem pública, pois protela ainda mais a implementação da substituição do atual modelo do sistema de transporte rodoviário interestadual de passageiros, cujo edital contempla ligações entre 2.050 municípios; 2) à economia pública, visto que, com o atraso da licitação, cerca de 36 milhões de passageiros deixam de ser beneficiados com a redução de tarifa decorrente do modelo estabelecido para o mercado de transporte de passageiros, que resultaria economia de quase 410 milhões de reais por ano a esses usuários, adia investimentos da ordem de 4,5 bilhões de reais para a compra de ônibus novos, além dos custos adicionais ao que já foi gasto até aqui, (mais de 44

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, Olindo Menezes, Mário César Ribeiro, Carlos Moreira Alves, José Amílcar Machado, Daniel Paes Ribeiro, Reynaldo Fonseca, Mônica Sifuentes, Néviton Guedes e Novély Vilanova.

milhões de reais) com as diversas etapas do certame; e 3) à saúde e à segurança pública, pois a licitação prevê a implantação de um sistema automatizado de coleta de informações que permite acompanhar o itinerário dos ônibus, identificar desvios do trajeto esperado para o veículo, permitido verificar a ocorrência de assaltos e acidentes, bem como aperfeiçoar a fiscalização do transporte clandestino.

Pois bem, primeiramente, deve-se consignar que recentemente, em 03/02/2014, o Superior Tribunal de Justiça, pelo seu Presidente em exercício, Ministro Gilson Dipp, analisou a Suspensão de Segurança n. 2699/DF, requerida pela ANTT, relativamente ao Mandado de Segurança n. 57127-56.2013.4.01.3400 impetrado pelo Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado de São Paulo, irresignado que estava com algumas regras do certame em questão. Na primeira instância a liminar, indeferida, foi objeto de agravo de instrumento (75141-06.2013.4.01.0000/DF), em cuja sede foi concedida antecipação de tutela para suspender o leilão regido pelo Edital de Licitação n. 01/2013.

O pedido deferido por aquele eminente Ministro encontra-se vazado nos seguintes termos, que destaco:

(...omissis)

Decido.

Conforme legislação de regência o deferimento da suspensão de liminar e de sentença está condicionado a que esteja caracterizada a ocorrência de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde ou à economia públicas, tendo em vista o caráter de excepcionalidade da medida (artigos 15 da Lei 12.016/2009 e 4º da Lei 8.437/1992).

Analisando o alcance da legislação, este Superior Tribunal firmou compreensão no sentido de que o êxito do pedido de suspensão de segurança depende da conjugação dos seguintes requisitos:

“a) decisão proferida no bojo de ação proposta contra o Poder Público;

b) requerimento do Ministério Público ou de outro ente/entidade legitimado;

c) manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade da decisão atacada; e

d) grave lesão a um dos direitos tutelados pela lei, quais sejam – ordem, saúde, segurança e economia públicas.”

É certo que a mera alegação da ocorrência de cada uma dessas situações não se presta ao deferimento da medida, sendo necessária a efetiva comprovação, não só dos requisitos citados, como do dano apontado (AgRg na SLS 1.100/PR, Corte Especial, Rel. Ministro César Asfor Rocha, DJe de 04/03/2010).

Na hipótese, o que se busca é a imediata suspensão da decisão liminar proferida nos autos do agravo de instrumento n. 75141-06.2013.4.01.0000, em curso no Tribunal Regional Federal da 1ª

Região, que determinou a suspensão do Edital n. 0001/2013-ANTT que tem como objeto a licitação – na modalidade permissão – das linhas do sistema de transporte rodoviário interestadual de passageiros no país.

Em sede de cognição sumária, verifica-se que as razões expostas na inicial deste pedido justificam o deferimento da medida. Isso porque, a antecipação dos efeitos da tutela recursal, tal como deferida pela instância a quo, paralisa importante procedimento licitatório para o transporte público rodoviário nacional, gerando grave lesão à ordem e economia públicas, ante a urgência necessária para a implementação destas.

Sem adentrar na questão da legalidade do procedimento licitatório, que será examinada nos autos do processo principal, é importante destacar que o juiz que indeferiu a liminar em primeiro grau de jurisdição entendeu que, não só os requisitos para habilitação dos licitantes atendiam aos rigores legais, como o prazo para a impugnação do edital nada teve de restritivo.

Para tanto, afirmou que o que se deve considerar, não é o termo final, mas a quantidade de dias úteis entre a publicação do edital – marco inicial da contagem de prazo – e a abertura dos envelopes das propostas ou da habilitação.

Tendo o edital sido disponibilizado em 2/09, sendo o prazo final de impugnação em 21/10, os interessados tiveram quase 50 (cinquenta) dias para apresentar as impugnações, prazo mais do que suficiente para os fins a que se prestou.

Impende destacar que o objeto do certame é de relevante interesse público, pois visa licitar serviços englobados pelo PRoPASS-Brasil – Projeto da Rede Nacional de Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros, criado por meio da Deliberação n. 407/2008, cujo objetivo é reestruturar todo o sistema de transporte rodoviário regular internacional e interestadual de passageiros, com distância superior a 75 Km, decorrente da definição da nova rede de transporte, a partir da apresentação dos elementos operacionais.

O novo modelo de outorga foi desenvolvido, segundo documentos apud actus pelo Ministério dos Transportes e da ANTT, a Secretaria de Acompanhamento Econômico da Fazenda do Ministério da Fazenda – SEAE/MF, Controladoria-Geral da União, tendo Ministério Público Federal e Tribunal de Contas da União participado da formatação dos novos parâmetros de outorga.

Nesse ponto, registra-se, inclusive ter sido o novo plano de outorga aprovado pelo TCU – Acórdão n. 2903, publicado no DOU DSE 5/11/2012.

Portanto, o exame das razões veiculadas pela impetrante evidencia que obstar a ocorrência do leilão até sentença singular poderá ocasionar grave dano à segurança pública e à ordem pública e econômica, se destacada a relevância e a importância estratégica desta parte da ação

governamental voltada ao desenvolvimento do país e ao crescimento de sua economia, notadamente se considerada da imprescindibilidade do transporte rodoviário seguro, eficiente e acessível a todos que dele necessita.

Considerando o alcance do empreendimento, o tempo de estudo envolvido na sua viabilização, o alto grau de complexidade técnica do objeto do certame, bem como os atores envolvidos na confecção do edital sub examine, exsurge certo que a manutenção da medida – ainda mais quando se considere a existência de sentença denegatória da segurança –, ocasionará prejuízo a toda a coletividade, afrontando, pois, relevante interesse público.

Sendo assim, ainda que em sede de juízo sumário de deliberação, típico desta via excepcional, nota-se que os prejuízos à ordem pública que advirão da suspensão da licitação serão maiores do que aqueles que, eventualmente, seriam suportados por possíveis participantes do certame, que tenham se mantido inertes entre os 50 (cinquenta) dias que permearam a publicação do edital e o prazo final de impugnação.

(... omissis...)

Em situações excepcionais como a presente, esta Corte Superior de Justiça entende que, finalizado o procedimento licitatório, com a chancela do Tribunal de Contas da União acerca da sua legalidade e a destacada importância de seu objeto, deve prevalecer o interesse da Administração.

Na hipótese ora em exame, embora os motivos possam ser outros, também diz respeito à suspensão do Edital n. 01/2013, de indiscutível interesse administrativo.

Consoante se extrai dos autos, na espécie, a suspensão do leilão decorreu da existência de supostos vícios no Edital 001/2013-ANTT, apontados pelo autor (Empresa de Transportes São Luiz Ltda.), da ação ordinária quais sejam: 1) inconsistências apuradas no estudo de demanda do Projeto Básico, eis que não se levou em conta os meses, semanas e dias em que o movimento é superior ao previsto; foi realizada em 2010, não se computando, portanto, o aumento da demanda no setor aéreo; 2) impossibilidade de se imputar ao licitante a responsabilidade pela inconsistência do Projeto Básico, exigindo declaração dos interessados no certame de que “foram realizados os estudos necessários para comprovar a viabilidade econômica do(s) Lote(s) que pretende arrematar” (fl. 74); 3) ausência de demonstração dos impactos ambientais causados pelo serviço; 4) exigência de frota que não atende aos limites de peso estabelecidos pelas normas em vigor; 5) não observância à Lei 12.619/2013, que trata da jornada dos motoristas, alterando a estrutura de pessoal das empresas e seus custos.

Em que pese não haver registro de impugnação do edital, publicado no DOU em

29/08/2013, na via administrativa no período concedido pela Administração Pública (02/09/2013 a 06/01/2014), a antecipação dos efeitos da tutela foi concedida pela MM. Juíza Federal Substituta da 6ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, nos seguintes termos:

[...] a partir do arcabouço probatório trazido aos autos é possível identificar a comprovação de alguns dos fatos aduzidos pela parte autora, o que interferiria de modo marcante na execução do contrato, gerando, então, eventuais modificações.

Compreende-se da dicção do art. 6º, IX, da Lei 8.666/93 que o Projeto Básico deve conter um “[...] conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado...”, o que não parece ocorrer no caso em questão, uma vez que, como se vê nos documentos apresentados, o próprio edital, em diversas passagens faz menção à demanda estimada do projeto básico com caráter meramente indicativo (fl. 224, item 104.3.2 e fl. 224 v, item 104.5.1), prejudicando a “precisão adequada”. Ademais, o estudo da demanda englobou os meses de dez/09 a abril/2010 (fl. 239), desconsiderando a sazonalidade da demanda inerente ao serviço de transporte que impacta necessariamente o preço a ser ofertado.

Observe, ainda, que a falta de demonstração dos impactos ambientais, também comprovada pelos documentos até então acostados, vai de encontro ao mesmo dispositivo apontado, que prevê sejam asseguradas a viabilidade técnica e o *adequado tratamento do impacto ambiental*, que sequer foi demonstrado no bojo do Projeto Básico.

Presente também o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, na medida em que o prosseguimento do procedimento licitatório poderia ser eventualmente anulado, quando da cognição exauriente, causando maiores percalços que podem ser evitados com a suspensão dos atos a ele relativos.

É certo que a existência ou não dos supostos vícios serão devidamente examinados na ação ordinária, pelo juízo natural, já que, em suspensão de segurança, não cabe, em princípio, a análise do mérito da decisão impugnada.

Não obstante isso, não é despidendo anotar que, segundo consta da complementação à Nota Técnica n. 58/GEROT/SUPAS/ANTT, de 23/12/2013, o estudo da demanda, obtida por meio de pesquisa operacional, a que aludiu a decisão impugnada, foi realizada no intuito de *verificar a consistência dos dados de demanda informados pelas empresas permissionárias*, ajustando-se “aspectos relevantes, como tempo de viagem, Índice de Aproveitamento (IAP) e frota” (fl. 874) e minimizando os riscos de informações imprecisas relacionadas à demanda e a oferta existente.

Concluídos os estudos, foram realizadas diversas audiências públicas com a participação de todos os setores interessados e todas as

contribuições apresentadas foram recebidas e analisadas pela equipe técnica da ANTT (fl. 879), propiciando o aperfeiçoamento do Plano de Outorga, que, submetido à apreciação do Tribunal de Contas da União (TC n. 015.419/2012-6), foi integralmente aprovado, consoante se constata do Acórdão n. 2903/2012-TCU-Plenário (DOU 05/11/2012), do qual extraio o seguinte escólio (fl. 880):

(...omissis...)

265. Este Tribunal, em outras oportunidades, já chamou a atenção para estudos de viabilidade mal formulados e as possíveis conseqüências que pode ocorrer nesses casos. No entanto, verifica-se que os estudos ofertados pela ANTT na outorga de permissão para a prestação dos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros, operados com ônibus do tipo rodoviário, estruturaram-se de forma coerente e consistente com as melhores práticas desenvolvidas no país. A elaboração do Plano de Outorga (peça 52) contendo as premissas básicas, aspectos metodológicos do modelo funcional, aspectos metodológicos do modelo de remuneração e apresentação dos projetos básicos dos lotes a serem licitados sintetiza o esforço produzido pela ANTT no aprimoramento da regulação econômica no segmento de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

(...omissis...)

284. Em face do exposto, entende-se que os estudos apresentados pela ANTT são robustos, consistentes e coerentes com a proposta apresentada no Plano de Outorga. Frise-se, ainda, que as medidas adotadas pela Agência Reguladora atendem às determinações constantes no Acórdão 1.926/2004-TCU-Plenário, conforme seção 6 desta instrução. Conclui-se, portanto, que o primeiro estágio de fiscalização da outorga de permissão de serviços regulares de transporte rodoviário interestadual de passageiros, operados com ônibus do tipo rodoviário, previsto na IN-tcu 27/1998, ART. 7º, INCISO i, PODE SER APROVADO, SEM NECESSIDADE DE DETERMINAÇÃO E/OU DE RECOMENDAÇÃO POR PARTE DESTA Corte de Contas.

(...omissis...)

Feitas essas considerações, segundo assinalou o Ministro Gilson Dipp na mencionada decisão, a suspensão do certame em tela afronta relevante interesse público e acarreta grave lesão à ordem, à segurança e à economia pública.

Com efeito, além de o Edital 01/2013 ter sido elaborado com todas as cautelas que o caso requer, o certame é de extraordinária envergadura, não somente pela sua complexidade e ineditismo, mas também pela abrangência territorial e importância estratégica, no que diz respeito à infraestrutura de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, assegurando a unidade nacional, a

integração regional e a proteção aos interesses dos usuários.

A realização da licitação em tela, com efeito, vem ao encontro às expectativas de diversos setores, e tende a cumprir importante etapa no gerenciamento desse serviço público, a fim de cumprir dever há décadas estabelecido constitucionalmente ao Poder Permitente, voltado a ofertar serviço adequado aos usuários desse modal de transporte, com observância aos princípios da regularidade, eficiência e da modicidade, promovendo a interligação entre milhares de municípios e a integração entre os demais meios de transporte existentes.

O atual sistema, é do conhecimento público, opera de forma precária, com linhas voltadas a um mercado isolado e voltadas para a rentabilidade do prestador do serviço. Assim, guiados por interesses fundamentalmente privados, muitas das empresas que já exploram o serviço, de tudo fazem para adiar a tão aguardada licitação, mantendo, assim, o “quadro inconstitucional e lesivo ao patrimônio público”, a que se referiu o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Mendes, na decisão proferida na STA 357 14/01/2010.

Isso posto, *defiro* o pedido de suspensão ora formulado.

Comunique-se, com urgência, ao juízo a quo.

Intimem-se. Publique-se. Após os trâmites legais, não havendo recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 05 de março de 2014.

As alegações da agravante não são suficientes para infirmar ou ilidir as razões que fundamentaram a decisão agravada.

A análise pretendida pela agravante, relativamente à motivação da tutela concedida pelo juízo de primeira instância não está inserida na competência do presidente do Tribunal, que se restringe à verificação de ocorrência de eventual risco de lesão grave à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, advindo da execução do ato jurisdicional.

A suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992 e no art. 15 da Lei 12.016/2009 não tem vocação recursal, nem visa corrigir eventual *error in procedendo* ou *error in iudicando*. Assim, as questões relativamente ao *meritum causae*, a exemplo da existência de supostos vícios formais ou materiais do certame, devem ser debatidas nas vias recursais ordinárias, pelo juízo natural.

Não se pode olvidar, ademais, que a execução da decisão de primeira instância impede, em princípio, a aplicação da regra geral inserta no art. 175 da Constituição Federal/1988, que exige prévia licitação

para permissão ou concessão de serviço público. Sobre a questão, na STA 357, em 14/01/2010, asseverou o Min. Gilmar Mendes, então presidente do Supremo Tribunal Federal:

[...]

Não obstante a complexidade que caracteriza o referido programa de licitações — haja vista a quantidade de linhas a serem licitadas e a necessidade de se conferir racionalidade ao sistema —, entendo restar caracterizado, na espécie, quadro de flagrante omissão administrativa, pois, em verdade, passados mais de vinte anos da edição da Constituição de 1988, que, seu art. 175, expressamente exige que toda e qualquer permissão ou concessão de serviço público seja precedida de licitação, permanecem em vigor concessões, permissões e autorizações

outorgadas sob a realidade constitucional pretérita e não precedidas de licitação.

[...].

Nesse contexto, a meu sentir, a decisão ora agravada deve ser mantida, visto que a paralisação do certame determinada pelo juízo *a quo* acaba por prolongar a situação ilegítima das atuais permissionárias e concessionárias do serviço público de transporte rodoviário interestadual e internacional, bem como o desrespeito à regra de licitação obrigatória, que o Leilão 1/2013 pretende sanar, acarretando, em consequência, grave lesão à ordem pública.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Corte Especial

Mandado de Segurança 0031803-79.2013.4.01.0000/MT

Relator:	Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Impetrante:	Centrus – Instituto Mato Grosso de Seguridade Social
Advogados:	Dr. Ademar Francisco de Carvalho e outros
Impetrado:	Presidente do TRF 1ª Região
Interessado:	Banco Central do Brasil – Bacen
Publicação:	e-DJF1 de 30/09/2014, p. 172

Ementa

Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança. Precatório. Presidente do Tribunal. Atuação eminentemente administrativa. Competência do juízo da execução.

I. Consoante o entendimento desta Corte, a decisão do presidente do Tribunal em sede de precatório possui natureza eminentemente administrativa e que dá cumprimento a ato jurisdicional transitado em julgado. Assim, determinada a expedição do precatório pelo juízo da execução de forma parcelada, não pode o presidente alterar-lhe a natureza e determinar o pagamento de forma integral. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

II. “Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional.” (Súmula 311/STF.)

III. Ato impugnado que está fundamentado na Resolução 168/2009 do Conselho da Justiça Federal, de caráter vinculante e que, em seu art. 60, determina que o parcelamento dos precatórios expedidos até 2011 subsistirá até julgamento dos embargos de declaração opostos na ADI 2.356/DF, bem assim que o pagamento integral das parcelas remanescentes não seria possível em razão da inexistência de previsão orçamentária.

IV. Não cabe ao presidente do Tribunal alterar a natureza do precatório, primeiro, em razão da natureza administrativa de sua atividade, segundo, em razão da disposição do art. 60 da Resolução 168/2009 do CJF, de caráter vinculante e, terceiro, ante a inexistência de previsão orçamentária.

V. Art. 11, § 1º, da Lei 9.868/1999 que dispõe que “A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa”, não constando do julgamento da Medida Cautelar na ADI 2.356/DF pelo col. STF, em que fora *deferida para suspender a eficácia do*

art. 2º da Emenda Constitucional 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da Constituição de 1988, que tenha havido tal ressalva.

VI. Resolução 168/2009 do CJF que está em consonância com o art. 11, § 1º, da Lei 9.868/1999, que regulamentou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

VII. Agravo regimental prejudicado. Segurança denegada.

Acórdão

Decide a Corte, por unanimidade, denegar a segurança e julgar prejudicado o agravo regimental.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 18/09/2014.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— Trata-se de mandado de segurança impetrado por Centrus – Instituto Mato Grosso de Seguridade Social contra ato do Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro, então presidente desta Corte Regional, que indeferiu requerimento de pagamento integral das parcelas de precatório classificado como de natureza comum.

2. Consta dos autos que o impetrante é credor do referido precatório em razão de decisão transitada em julgado na AP 198.36.00.002429-0/MT, que condenou o Banco Central do Brasil ao pagamento das diferenças de correção monetária apurada entre os índices BTNF/TRD e INPC, incidente sobre valores bloqueados em razão da MP 168/1990 (Plano Collor).

3. Sustenta o impetrante que está evidenciado o requisito do *fumus boni iuris*, pois, expedido o precatório para pagamento único, foi ele parcelado em 10 vezes pela Presidência desta Corte, com fundamento no art. 2º da EC 30/2000, a qual, porém, teve sua eficácia suspensa por decisão do col. STF na ADI 2.536/DF; que, não obstante a eficácia *ex nunc* da referida decisão, os efeitos irradiados dos precatórios fracionados por força de legislação com eficácia suspensa estão se projetando para o futuro, quando deveriam findar-se de imediato; e que não se aplica ao caso o art. 60 da Resolução 168/2011 do CJF, pois a decisão na medida cautelar atinge os efeitos futuros dos precatórios parcelados.

4. Aduz, também, estar evidenciado o *periculum in mora*, pois se encontra impedido de receber o que lhe é devido de uma só vez.

5. O requerimento de medida liminar foi indeferido (fls. 54-59).

6. Dessa decisão, o impetrante interpôs agravo regimental (fls. 62-65), em que repete os fundamentos da inicial, no sentido de que a Resolução 168/2011 do CJF não prevalece em face da disposição do art. 100 da Constituição Federal e que o referido ato administrativo possui hierarquia inferior e não pode invadir a reserva legal.

7. Informações da douta autoridade impetrada (fls. 66-67).

8. O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 89-93, opina pela denegação da segurança.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — A decisão que indeferiu o requerimento de medida liminar está assim fundamentada:

[...]

6. Consoante inúmeros precedentes desta Corte, a decisão do Presidente do Tribunal em sede de precatório possui natureza eminentemente administrativa e que dá cumprimento a ato jurisdicional transitado em julgado. Assim, determinada a expedição do precatório pelo juízo da execução de forma parcelada, não pode o Presidente alterar-lhe a natureza e determinar o pagamento de forma integral, a teor da Súmula 311/STF, verbis:

‘Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional.’

7. Também nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, Olindo Menezes, José Amílcar Machado, Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira, Souza Prudente, Maria do Carmo Cardoso, Angela Catão, Mônica Sifuentes, Néviton Guedes e Ney Bello.

'ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. BLOQUEIO DE DUODÉCIMOS ORÇAMENTÁRIO DA CÂMARA DE VEREADORES PARA O PAGAMENTO DE PRECATÓRIO JUDICIAL. DETERMINAÇÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADA. COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE DE O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EXARAR DECISÕES DE NATUREZA JURISDICIONAL. 1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento a recurso ordinário em mandado de segurança e no qual se discute a possibilidade de bloqueio de valores orçamentários destinados à Câmara de Vereadores para o fim de pagamento de precatório judicial. 2. O Tribunal de origem denegou a segurança (i) porque *'a atividade do Presidente do Tribunal de Justiça desenvolvida no processamento de precatório tem natureza administrativa e não jurisdicional e (ii) porque impugnar ato administrativo que simplesmente cumpre decisão judicial transitada em julgado, configura utilização oblíqua do writ para rescindi-la, situação que obsta o seu cabimento, sendo aplicável a Súmula 268 do STF'*. 3. Consta dos autos que a determinação judicial para que fossem bloqueados duodécimos orçamentários da Câmara de Vereadores do Município de Lagarto há muito transitou em julgado (26/10/2005), sendo que a determinação de bloqueio impugnada pelo presente mandamus tão somente foi originada pelo fato de o Supremo Tribunal Federal ter cassado a liminar que outrora fora concedida nos autos da reclamação manejada pela ora recorrente. 4. A decisão proferida pelo Presidente do TJ/SE, portanto, está a dar cumprimento à coisa julgada formada no MS n. 0003/2003, razão pela qual o presente mandado de segurança não é a via adequada à discussão sobre a legitimidade ad causam da ora recorrente. 5. É inadmissível a impetração de mandado de segurança para desconstituir ato revestido de conteúdo jurisdicional¹, pois 1º mandado de segurança não se presta a substituir recurso previsto no ordenamento jurídico, tampouco pode ser utilizado como sucedâneo de ação rescisória (Súmulas 267 e 268 do Supremo Tribunal Federal)¹ (STF, RMS 27.241, Relatora Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 22/06/2010, DJe-149). 6. Agravo regimental não provido.' (AROMS 201001594299, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:08/04/2011 ..DTPB:.)

'ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – PRECATÓRIO – BLOQUEIO DOS VALORES DEPOSITADOS – DIVERGÊNCIA QUANTO AO VALOR DEPOSITADO – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. *Esta Corte pacificou entendimento no sentido de que cabe ao Juízo da Execução solucionar incidentes ou questões surgidas no cumprimento dos precatórios, eis que a função do Presidente do Tribunal no processamento do requisitório de pagamento é de índole essencialmente administrativa, não abrangendo as decisões ou recursos de natureza jurisdicional (REsp 493612/MS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 23.6.2003).* 2. *Interfere na atividade jurisdicional do Juízo da execução o ato da Presidência do Tribunal que determina o depósito da quantia na conta do*

Juízo, com bloqueio da verba, até que se resolva sobre o incidente levantado nos autos do procedimento administrativo relativo ao precatório, máxime quando as questões levantadas no incidente já haviam sido resolvidas, com trânsito em julgado, nos embargos à execução. 3. Processo judicial que se arrasta desde 1992, com ofício requisitório expedido em 1997 em favor do impetrante, com depósito do INSS em 2003 no valor nominal de R\$ 28.243,10. Cumprimento de todas as formalidades necessárias. 4. Direito líquido e certo do impetrante de obter o desbloqueio do valor, mas não o de levantamento, que deverá ser analisado pelo Juízo da execução. Recurso ordinário provido em parte, para determinar o desbloqueio da verba depositada, cabendo ao Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Limeira – SP resolver sobre eventual pedido de levantamento da verba.' (ROMS 200700074846, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:12/09/2007 PG:00178 DTPB:.)

'PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EQUIPARAÇÃO À APELAÇÃO. ART. 540, DO CPC. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SÚMULA 283/STF. NÃO INCIDÊNCIA. PRECATÓRIO. APRESENTAÇÃO. PRIMEIRO DE JULHO. TRIBUNAL. EXPEDIÇÃO. DATA ANTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO. REDISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. CRITÉRIOS DE CÁLCULO. REVISÃO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL. VEDAÇÃO. ATIVIDADE DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. SÚMULA 311/STJ. 1. Os requisitos de admissibilidade do recurso ordinário em mandado de segurança são os mesmos da apelação (inteligência do artigo 540 do CPC), sendo aquele, portanto, recurso de fundamentação livre, no qual é possível apontar as razões pelas quais se entende que a decisão recorrida deve ser reformada, sem as limitações a que se sujeitam as demais espécies recursais destinadas às Cortes Superiores. 2. Na mesma esteira, doutrina e jurisprudência preconizam que o efeito devolutivo do RMS interposto perante os Tribunais Superiores se produz na mesma extensão do efeito devolutivo da apelação que, nos termos do artigo 515 e parágrafos, do CPC, é amplo. Precedente da Primeira Turma: RMS 20.762/RJ, da relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 5/8/2008, DJe 11/09/2008. Assim, a interposição do recurso ordinário em mandado de segurança implica devolução, ao Tribunal ad quem, de todas as questões já suscitadas nos autos, ainda que não apreciadas pela Corte de origem ou expressamente mencionadas no bojo do recurso, ressalvando a necessidade de respeito aos limites da lide e ao princípio tantum devolutum quantum appellatum. 3. Em face da devolutividade ampla inerente ao recurso ordinário em mandado de segurança dirigido a esta Corte, não se aplica a Súmula 283/STF a essa espécie recursal. 4. O artigo 100, § 1º da Constituição Federal estabelece que é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos precatórios apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. 5. A data de 1º de julho a que

alude o dispositivo constitucional não se refere ao envio da requisição ao ente público responsável pelo pagamento, mas sim traduz o limite temporal de apresentação dos precatórios aos Tribunais, para que seus Presidentes requisitem às entidades públicas devedoras sua inclusão no orçamento do exercício seguinte. 6. Inviável, em face da preclusão, analisar a questão relativa à possibilidade de expedição de precatório antes do trânsito em julgado da sentença dos embargos à execução, uma vez que tal matéria já foi definitivamente decidida pela Corte a quo, por ocasião do julgamento do agravo de instrumento interposto contra a decisão que determinou a suspensão da execução até o julgamento final dos embargos à execução (fls. 61/63). 7. O Presidente do Tribunal, no exercício das funções referentes ao processamento dos precatórios, realiza atividades de natureza administrativa (súmula 311/STJ), não sendo lhe sendo possível, em sede de mandado de segurança, revisar os critérios de cálculos utilizados para a definição dos valores constantes do precatório, o que cabe exclusivamente ao juízo da execução. 8. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.' (ROMS 200600761299, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:18/03/2009 DTPB:.)

'ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PRECATÓRIO. REVISÃO DOS VALORES. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO. COMPETÊNCIA. ART. 1º-E DA LEI 9.494/97. ALCANCE. RESPEITO À COISA JULGADA. 1. Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional (Súmula 311/STJ). Da mesma forma, não tem caráter jurisdicional e sim administrativo a decisão da Corte em agravo regimental contra despacho do presidente nessa atividade (STF, RE 311487/SP, 1ª Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 31.10.2001). Sendo assim, tal decisão (a) não é impugnável por recursos especiais e extraordinários (Súmula 733/STF) e (b) pode ser controlada por mandado de segurança. 2. Compete ao Tribunal de Justiça julgar, originariamente, mandados de segurança contra seus próprios atos (LC 35/79, art. 21, VI). Ademais, não gera por si só a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, i, 'n', da Constituição, dirigir-se o pedido contra deliberação administrativa do tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros (Súmula 623 do STF). 3. A revisão das contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor, prevista no art. 1º-E da Lei 9.494/97, tem caráter meramente administrativo, razão pela qual não pode alterar os parâmetros definidos no âmbito jurisdicional pelo juiz natural da causa, que é o juiz da execução. 4. Recurso especial improvido.' (RESP 200401470224, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:13/02/2006 PG:00686 RDR VOL.:00040 PG:00293 ..DTPB:.)

'MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PRECATÓRIO. COMPETÊNCIA PRESIDENTE DO TRIBUNAL. DEFINIÇÃO DA NATUREZA DO CRÉDITO. QUESTÃO JURISDICIONAL. HONORÁRIOS CONTRA-

TUAIS E DE SUCUMBÊNCIA. NATUREZA ALIMENTAR. ART. 78 DA ADCT/CF. NÃO APLICAÇÃO. 1. Ao Presidente do Tribunal, cujos atos no processamento de precatório têm cunho administrativo, compete, com fundamento na sentença exequenda, corrigir erros materiais ou inexatidões nos cálculos. Não pode, todavia, examinar questões de natureza jurisdicional, as quais estão na competência do juízo da execução, como, por exemplo, a definição da natureza do crédito. Precedentes. 2. É ilegal, porque ausente a competência, o ato do Presidente que não expede o precatório nos termos em que requisitado pelo juízo da execução. 3. A despeito da regra prevista nas Resoluções do CJF (Resoluções 559/2007, 55/2009 e 22/2010), a jurisprudência dominante do STF, do STJ e desta Corte é no sentido de que a natureza alimentar da verba honorária (contratual ou de sucumbência) afasta a aplicação do parcelamento previsto no art. 78 do ADCT da CF. 4. Segurança concedida.' (MS 0030566-49.2009.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, CORTE ESPECIAL, e-DJF1 p. 917 de 14/02/2011.)

'PROCESSUAL CIVIL. REQUISIÇÃO DE PRECATÓRIO. ATIVIDADE DO TRIBUNAL NO PROCESSAMENTO: NATUREZA JURÍDICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. PARCELAMENTO. 1. Sendo a atividade do Presidente do Tribunal, no processamento do precatório, de natureza administrativa e não jurisdicional (STF - ADIn nº 1098 - 1/SP), pode ele corrigir eventuais erros materiais ou inexatidão de cálculos, assim como mandar proceder à atualização da verba, mas não pode interferir na classificação do crédito feita (e a salvo de recursos) pelo juízo emissor da requisição do precatório, de natureza jurisdicional. 2. Os créditos de honorários advocatícios, contratados ou de sucumbência, constituem verba de natureza alimentar (STF - RE nº 146.318 - 0/SP), estando, nessa condição, excluídos do pagamento parcelado a que se refere o art. 78 - ADCT, ainda que os serviços sejam prestados por sociedade de advogados, visto que a verba não perde a natureza alimentar pelo fato de ser o serviço prestado pelo profissional organizado em sociedade simples. 3. Concessão do mandado de segurança.' (MS 0015313-31.2003.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, CORTE ESPECIAL, DJ p. 03 de 15/04/2005.)

8. Verifico, de início, que o precatório foi classificado como de natureza não alimentar, conforme se observa às fls. 31-40.

9. Por outro lado, tem-se que o ato impugnado está fundamentado na Resolução 168/2009 do Conselho da Justiça Federal, de caráter vinculante e que, em seu art. 60, determina que o parcelamento dos precatórios expedidos até 2011 subsistirá até julgamento dos embargos de declaração opostos na ADI 2.356/DF, bem assim que o pagamento integral das parcelas remanescentes não seria possível em razão da inexistência de previsão orçamentária.

10. Tenho, portanto, que, em princípio, não poderia o Presidente do Tribunal alterar a natureza do precatório, primeiro, em razão da natureza administrativa de sua atividade, segundo, em razão da disposição do art. 60 da Resolução 168/2009

do CJF, de caráter vinculante e, terceiro, ante a inexistência de previsão orçamentária.

[...]

2. Desta Corte Especial, colho os seguintes precedentes:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PRECATÓRIO. COMPETÊNCIA PRESIDENTE DO TRIBUNAL. DEFINIÇÃO DA NATUREZA DO CRÉDITO. QUESTÃO JURISDICIONAL. HONORÁRIOS CONTRATUAIS E DE SUCUMBÊNCIA. NATUREZA ALIMENTAR. ART. 78 DA ADCT/CF. NÃO APLICAÇÃO. 1. Ao Presidente do Tribunal, cujos atos no processamento de precatório têm cunho administrativo, compete, com fundamento na sentença exequenda, corrigir erros materiais ou inexatidões nos cálculos. Não pode, todavia, examinar questões de natureza jurisdicional, as quais estão na competência do juízo da execução, como, por exemplo, a definição da natureza do crédito. Precedentes. 2. É ilegal, porque ausente a competência, o ato do Presidente que não expede o precatório nos termos em que requisitado pelo juízo da execução. 3. A despeito da regra prevista nas Resoluções do CJF (Resoluções 559/2007, 55/2009 e 22/2010), a jurisprudência dominante do STF, do STJ e desta Corte é no sentido de que a natureza alimentar da verba honorária (contratual ou de sucumbência) afasta a aplicação do parcelamento previsto no art. 78 do ADCT da CF. 4. Segurança concedida. (MS 0030566-49.2009.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, CORTE ESPECIAL, e-DJF1 p. 917 de 14/02/2011.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO. PAGAMENTO. SOBRESTAMENTO. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL. NATUREZA ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. De conformidade com o enunciado da Súmula n. 311 do colendo Superior Tribunal de Justiça: “Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional”, podendo ser controlados por mandado de segurança. 2. É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que cabe ao Juízo da Execução, quando do cumprimento dos respectivos precatórios, solucionar as questões de natureza jurisprudencial. 3. Mandado de Segurança parcialmente concedido. (MS 0008651-17.2004.4.01.0000/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, DJ p. 03 de 27/10/2006.)

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO. NATUREZA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS E CONTRATUAIS. COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL. 1. O presidente do tribunal, em sede de precatório, pode corrigir erros materiais, como o valor do precatório, mas não pode modificar a classificação do crédito. 2. Os honorários advocatícios, contratuais ou sucumbenciais, oriundos, ou não, de serviços prestados por sociedade de advogados, têm natureza alimentar, não estando, conseqüentemente, sujeitos a pagamento parcelado. (MC 0003032-38.2006.4.01.0000/BA, Rel.

DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, CORTE ESPECIAL, DJ p. 2 de 25/08/2006.)

PRECATÓRIO. PRESIDENTE DO TRIBUNAL. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA. ALTERAÇÃO DO TÍTULO EXEQUENDO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Presidente do Tribunal, no procedimento do precatório, exerce atividade administrativa, não podendo, por isso, alterar o valor do título exequendo, a não ser para corrigir erro material. 2. Agravo regimental provido. (AGRPRC 0003300-90.1999.4.01.9198/MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE, Rel. Acór. DESEMBARGADOR FEDERAL EUSTÁQUIO SILVEIRA, CORTE ESPECIAL, DJ p.106 de 14/11/2002.)

PRECATÓRIO. ATUALIZAÇÃO DO CRÉDITO. JUÍZO COMPETENTE. AGRAVO REGIMENTAL. A FUNÇÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, AO ATENDER O PRECATÓRIO, É TÍPICAMENTE ADMINISTRATIVA, NÃO COMPORTANDO, DESTARTE, DECISÃO E CONSEQUENTES RECURSOS DE NATUREZA JURISDICIONAL. EVENTUAL ATUALIZAÇÃO DO CRÉDITO DEVERÁ SER SOLICITADA ATRAVÉS DE PRECATÓRIO COMPLEMENTAR PERANTE A AUTORIDADE JUDICIÁRIA DE PRIMEIRO GRAU, COMO JUIZ DO PROCESSO, COM FUNÇÃO JURISDICIONAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (AGR 0000220-07.1988.4.01.9198/MG, Rel. JUIZ JOSÉ ANSELMO, CORTE ESPECIAL, DJ p. 22.213 de 16/09/1991.)

3. No agravo regimental, o impetrante argumenta que a Resolução 168/2009 do Conselho da Justiça Federal não prevalece em face do art. 10 da Constituição Federal, que prevê o pagamento dos precatórios em parcela única, não sendo possível ao Tribunal determinar o cumprimento de norma tida por inconstitucional.

4. Contudo, não prevalece tal argumento, pois a Resolução 168/2009 do CJF está em consonância com o art. 11, § 1º, da Lei 9.868/1999, que regulamentou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

5. Com efeito, tal dispositivo legal dispõe que “A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa”, e não consta que tenha havido tal ressalva quando do julgamento da Medida Cautelar na ADI 2.356/DF pelo col. STF, que foi deferida para suspender a eficácia do art. 2º da Emenda Constitucional 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da Constituição de 1988.

Pelo exposto, *denego a segurança*, restando prejudicado o agravo regimental.

É como voto.

Primeira Seção

Ação Rescisória 0005844-09.2013.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Candido Moraes
 Autora: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Ré: Maria José dos Santos
 Advogados: Dr. Getúlio Vargas de Castro e outro
 Publicação: e-DJF1 de 1º/09/2014, p. 7

Ementa

Processual Civil. Administrativo. Ação rescisória. Servidor público. Pensão por morte. Companheira. Habilitação tardia. Efeitos a partir da citação. Documento novo. Inexistência. Violação a dispositivo de lei não configurada. Improcedência da ação.

I. A posterior habilitação que incluir novo dependente de servidor falecido produz efeitos a partir de seu requerimento. Inexistindo pedido administrativo de habilitação, a pensão será devida a partir da citação.

II. A União não pode alegar desconhecer a existência de documentos produzidos por ela mesma. Descabida a admissibilidade da ação rescisória com base na alegação de documento novo.

III. Inexistente a alegada ofensa a dispositivo literal de lei, considerando que o *decisum* hostilizado encontra-se em consonância com os termos da lei e também com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, em caso de inexistência de pedido administrativo de habilitação, entende que a pensão deverá ser paga a partir da citação. Precedente do STJ.

IV. Ação rescisória improcedente.

Acórdão

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

1ª Seção do TRF 1ª Região – 19/08/2014.

Desembargador Federal *Candido Moraes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Candido Moraes: — 1. Cuida-se de ação rescisória proposta com base no art. 485, V e VII, do CPC, pela União em face de Maria José dos Santos, objetivando desconstituir o acórdão, transitado em julgado em 04/05/2011, proferido pela 2ª Turma desta Corte, que negou provimento à Apelação/Reexame Necessário 2001.35.00.012497-5/GO, mantendo a sentença que julgou procedente a pretensão da autora, para reconhecer a união estável com o ex-servidor Paulo Marques e determinar a inscrição da requerente como sua dependente junto aos assentamentos do Tribunal Superior do Trabalho, a fim de receber a pensão por morte disposta no art. 217, inciso I, alínea c, da Lei 8.112/1990, com efeitos retroativos a partir da citação da União.

2. Sustenta a União que

[...] após a prolação da sentença foram anexados aos autos os documentos de fls. 134-175, já existentes ao tempo do processo e ignorados pela União, que noticiam que no período de 03/09/2000 a 20/05/2008, a administração do Tribunal Superior do Trabalho efetuou o pagamento integral da pensão devida pelo falecimento do servidor Paulo Marques, ao Sr. José Marques, pai do instituidor da pensão [...] [fl. 10]; [...] a referida pensão foi regularmente paga ao genitor do ex-servidor durante o período de 03/09/2000 (data do óbito do instituidor) a 21/05/2008 (data de falecimento do beneficiário) [...] [fl. 10]; [...] em nenhum momento houve requerimento administrativo por parte da Ré. Esta somente pleiteou a condição de beneficiária da pensão por morte em juízo, vindo a obter sua habilitação tardiamente [...] [fls. 10-11]; [...] consoante se verifica das fichas financeiras anexadas aos autos, às fls. 134-177, e dos documentos que ora se junta, oriundos do Tribunal Superior do Trabalho, durante a tramitação do processo, houve o pagamento

integral da pensão ao único beneficiário habilitado à pensão vitalícia, o Sr. José Marques, pai do instituidor da pensão [...] [fl. 11]; [...] o julgado que se pretende rescindir não tratou e nem poderia tratar da impossibilidade do pagamento de valores retroativos à Maria José dos Santos durante o período em que o pai do instituidor da pensão recebeu o benefício de forma integral (único beneficiário habilitado no momento de sua concessão). Isso porque o pagamento de tal benefício a José Marques era fato desconhecido nos autos da ação ordinária nº 2001.35.00.012497-5 (0012476-47.2001.4.01.3500), só tendo a União tomado conhecimento do referido fato no momento em que foi implantar o benefício em favor da Ré, em cumprimento à decisão judicial transitada em julgado [...] [fl. 11]; [...] a documentação anexada aos autos, informando o pagamento integral do benefício ao genitor do instituidor no período de 03/09/2000 a 20/05/2008, é, de fato, documento novo, uma vez que a União somente teve conhecimento dele após o trânsito em julgado da ação ordinária 2001.35.00.012497-5 (0012476-47.2001.4.01.3500) [...] [...] ao manter o v. acórdão o entendimento de que o benefício pensional é devido desde a data da citação da União, ofendeu severamente o teor do art. 219, parágrafo único da Lei 8.112/1990, na medida em que a União já vinha procedendo ao pagamento integral da pensão ao beneficiário (genitor) então habilitado na pensão do servidor falecido, ou seja, no valor correspondente a 100% (cem por cento) da remuneração do cargo a que o servidor fazia jus e no qual se deu a aposentadoria do instituidor [...] [fl. 14]; [...] considerando que a pensão deixada pelo ex-servidor foi paga a seu pai pela administração do TST no período de 03/09/2000 a 20/05/2008, de forma integral, obedecendo a todos os trâmites legais, inexistindo qualquer óbice judicial à época, a concessão judicial do benefício à Maria José dos Santos, nos termos do art. 219, parágrafo único, da Lei 8.112/1990, somente poderia produzir efeitos financeiros para a nova habilitada a partir da data em que é efetivamente implantada na folha de pagamento [...] [fl. 16].

Requer, ao final, o provimento da ação, com a rescisão parcial do julgado.

3. O então relator, Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado), deferiu a liminar pleiteada, para suspender a execução até o julgamento definitivo da presente rescisória.

4. A ré ofereceu contestação alegando, preliminarmente, carência de ação, tendo em vista não estarem presentes os pressupostos do art. 485 e incisos do CPC. Aduz, também, falta de interesse de agir, tendo em vista a oposição de embargos à execução pendentes de julgamento; bem como a inexistência de documento novo.

5. No mérito, requer a improcedência do pedido, por não existir qualquer erro no julgado, que corretamente determinou o pagamento da pensão por morte devida à companheira do servidor, a partir da citação.

Afirma que o direito que assiste à requerida independe de a União ter ou não realizado pagamentos indevidos a terceiro.

Argumenta que a União pagou ao pai do instituidor da pensão por ato de plena liberalidade, pois, se mesmo após citada da Ação Declaratória 2001.35.00.012497-5, em 8 de outubro de 2001, optou por continuar pagando ao pai do Sr. Paulo Marques, a opção foi sua, desconhecida da requerida.

Defende que,

[...] uma vez que já não pairavam dúvidas sobre a existência da pretensão da companheira do falecido servidor, a União poderia ter consignado o pagamento das pensões em juízo, entretanto, não o fez [...].

Rebate, ainda, a alegação de que a documentação relativa ao pagamento indevido ao pai do servidor falecido representaria documento novo.

Pontua que o pagamento do benefício é efetuado pelo próprio órgão federal, não sendo plausível a alegação de que desconhecia um pagamento feito por ela mesma.

Por fim, relata que a companheira do servidor, ora requerida, já se encontrava em juízo pleiteando a pensão para a qual tinha prioridade, sendo certo que a concessão de pensão vitalícia à companheira exclui desse direito os pais.

Pede a extinção do feito, sem resolução do mérito, ou, caso contrário, a improcedência da ação rescisória.

6. A União apresentou réplica.

7. As partes não requereram produção de provas.

8. Razões finais da União e da requerida.

9. O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pela improcedência da ação rescisória.

10. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Candido Moraes: — 1. Destaco, inicialmente, que o acórdão rescindendo

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Carlos Augusto Pires Brandão, Gilda Sigmaringa Seixas, Cleberson José

transitou em julgado em 04/05/2011, tendo sido a presente ação ajuizada em 31/01/2013, sendo, portanto, tempestiva, por ter sido proposta dentro do biênio legal.

2. Afasto as preliminares arguidas, não havendo que falar em carência de ação por ausência dos pressupostos do art. 485 e incisos do CPC, tampouco de falta de interesse de agir em função da interposição de embargos à execução, na medida em que tais embargos não são aptos a desconstituir o julgado.

3. Passo ao exame do mérito.

A alegação da União acerca de documento novo, cuja existência ignorava, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável, não se sustenta.

Com efeito, a União não pode alegar desconhecer a existência de documentos produzidos por ela mesma. Ademais, como muito bem pontuado pela ilustre Procuradora da República Luciana Marcelino Martins, em seu parecer,

[...] a juntada dos documentos que acompanham a rescisória no curso da ação originária só não foi possível pela desídia da própria União, e não por motivo alheio a sua vontade [...].

Não há que falar em documento novo

[...] do qual a União não tinha conhecimento quando do julgamento da ação ordinária, e que teria o condão de, por si só, demonstrar a procedência da ação rescisória [...].

Descabida, portanto, a admissibilidade da ação rescisória com base na alegação de documento novo.

Quanto ao argumento de violação a literal disposição de lei, qual seja, o art. 219, parágrafo único, da Lei 8.112/1990, entendo que também sobre esse ponto não merece amparo o pedido da requerente.

Dispõe o art. 219, parágrafo único, da Lei 8.112/1990, *verbis*:

Art. 219. A pensão poderá ser requerida a qualquer tempo, prescrevendo tão somente as prestações exigíveis há mais de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Concedida a pensão, qualquer prova posterior ou habilitação tardia que implique exclusão de beneficiário ou redução de pensão só produzirá efeitos a partir da data em que for oferecida.

Na hipótese em comento, o deferimento da pensão à requerida, a partir da citação da União,

encontra-se em consonância com os termos da lei e também com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, em caso de inexistência de pedido administrativo de habilitação, entende que a pensão deverá ser paga a partir da citação.

Colha-se o seguinte julgado, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 515 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO APRECIADO NOS LIMITES DA IMPUGNAÇÃO. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRA. BENEFÍCIO DEVIDO. UNIÃO COMPROVADA. DESNECESSIDADE DE DESIGNAÇÃO PRÉVIA. ANÁLISE ACERCA DA EFETIVA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. HABILITAÇÃO TARDIA. TERMO INICIAL DA PENSÃO. CITAÇÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Inexiste violação ao art. 515 do CPC quando o Tribunal, ao examinar recurso de apelação, se restringe aos limites da impugnação.

2. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 3º, passou a reconhecer e proteger, para todos os efeitos, a união estável entre homem e mulher.

3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que, nos casos em que estiver devidamente comprovada a união estável, como ocorrido na hipótese, a ausência de designação prévia de companheira como beneficiária não constitui óbice à concessão da pensão vitalícia. Precedentes.

4. A apreciação da condição de companheira e de sua dependência econômica ensejaria o reexame de matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ.

5. Nos termos do art. 219, parágrafo único, da Lei 8.112/90, uma vez concedida integralmente a pensão por morte de servidor público a outros beneficiários já habilitados, a posterior habilitação que incluir novo dependente só produz efeitos a partir de seu requerimento, não sendo reconhecido o direito a parcelas atrasadas. Hipótese em que inexistiu pedido administrativo de habilitação, motivo pelo qual a pensão será devida a partir da citação.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp 803657/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ de 17/12/2007, p. 294).

De fato, a partir da citação a União teve ciência de que havia uma nova beneficiária pleiteando habilitação à pensão do ex-servidor, portanto, sem razão o ente público em querer impingir à requerida o ônus de se ver privada das parcelas a que faz jus, em decorrência de erro da própria Administração, que continuou a efetuar o pagamento a outro beneficiário.

Enão queira a União argumentar que desconhecia o pagamento do benefício ao pai do ex-servidor, na medida em que o Tribunal Superior do Trabalho é órgão do Poder Judiciário, cujos servidores são pagos pela própria União.

Como bem definido por Theotônio Negrão nos comentários ao art. 485 do Código de Processo Civil,

[...] Por documento novo, entende-se aquele “cuja existência o autor da ação rescisória ignorava ou do qual não pôde fazer uso, no curso do processo de que resultou o aresto rescindendo” (RTJ 158/774). Ou seja, “é aquele que já existia ao tempo da prolação do julgado rescindendo, mas que não foi apresentado em juízo por não ter o autor da rescisória conhecimento da existência do documento ao tempo do processo primitivo ou por não lhe ter sido possível juntá-lo aos autos em virtude de motivo estranho a sua vontade” (STJ – 3ª Seção, AR 3.450, Min. Hamilton Carvalho, j. 12/12/07, DJU 25/03/2008). No mesmo sentido: STJ – 3ª Seção, AR 3.380, Min. Arnaldo Esteves, j. 27/05/2009, maioria, DJ 22/06/2009 [...].

Por outro lado, não é documento novo

[...] aquele que deixou de ser produzido na ação principal por desídia ou negligência da parte em obtê-lo (RT 674/149, RJTJESP 97/416, JTA 100/206), conhecendo-lhe a existência (Lex-JTA 147/413) [...] (Código de Processo Civil e Legislação

Processual em Vigor, Theotônio Negrão, Ed. Saraiva, 42. ed., p. 573).

A ação rescisória tem como finalidade a reparação de vícios comprometedores da prestação jurisdicional, da validade e da segurança, necessários à legitimidade dos efeitos que lhes são próprios, elencados no art. 485 do Código de Processo Civil, e existente na decisão judicial definitiva.

No presente caso, como acima explicitado, não vislumbro a alegada ofensa a dispositivo literal de lei, considerando que o *decisum* hostilizado corretamente deferiu o benefício à requerida, a partir da citação, data em que a União tomou conhecimento do seu pleito.

4. Condeno a União ao pagamento de honorários de sucumbência, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

5. Ante o exposto, *julgo improcedente* a ação rescisória, *revogando* a liminar anteriormente concedida.

6. É o voto.

Primeira Seção

Numeração única: 0037132-82.2007.4.01.0000

Ação Rescisória 2007.01.00.037587-3/MG

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
 Autor: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Réu: Clayton Nantes
 Publicação: e-DJF1 de 30/09/2014, p. 173

Ementa

Constitucional e Previdenciário. Ação rescisória. Ação de revisão de benefício decorrente de acidente de trabalho. Incompetência da Justiça Federal. Ofensa a literal disposição de lei.

I. Compete à Justiça Estadual o processamento e julgamento de ações de natureza acidentária, art. 109, inciso I, da Constituição da República.

II. O julgamento de ação acidentária pela Justiça Federal implica em violação de literal disposição de lei, no caso art. 109, inciso I, CF/1988.

III. Juízo rescisório: ação rescisória procedente para rescindir integralmente o acórdão proferido nos autos da AC 2003.38.00.062336-2/MG. Juízo rescindendo: declarada de ofício a incompetência da Justiça Federal para

processar e julgar a ação revisional acidentária, com a anulação dos atos decisórios proferidos e a remessa dos autos para a Comarca de Belo Horizonte/MG (local do ajuizamento).

IV. A ré da ação rescisória arcará com honorários advocatícios em favor do INSS no valor de R\$ 724,00, suspensa a execução dos honorários, enquanto perdurar a situação de pobreza da autora, pelo prazo máximo de cinco anos, quando estará prescrita, com base no art. 12 da Lei 1.060/1950.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória, para declarar de ofício a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a ação revisional acidentária, anular os atos decisórios proferidos e remeter os autos para a Comarca de Belo Horizonte/MG (local do ajuizamento).

1ª Seção do TRF 1ª Região – 19/08/2014.

Juiz Federal *Cleberon José Rocha*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha: —

1. Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo INSS, em face de Clayton Nantes, objetivando rescindir o acórdão proferido nos autos da Apelação Cível 2003.38.00.062336-2/MG (fl.61-65), trânsito em julgado datado de 24/08/2005 (fl. 68). A ação foi proposta perante a 28ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais.

2. Nos termos do acórdão rescindendo, o INSS foi condenado a aplicar o índice de 39,67% relativo ao IRSM de fevereiro de 1994, nos salários de contribuição que constituíram o cálculo da renda mensal inicial, antes da conversão dos valores em URV (art. 21, § 1º, da Lei 8.880/1994), concedido a Clayton Nantes.

3. Sustenta que a decisão rescindenda se apresenta eivada de vício insanável já que proferida por juiz absolutamente incompetente. Posto que o réu da presente ação rescisória é titular de benefício de aposentadoria por invalidez *acidentária*, cuja competência para julgar ação revisional é da Justiça Estadual, nos termos do art. 129, II, da Lei 8.213/1991, e art. 109, I, da Constituição Federal. Requer, pois, a desconstituição da decisão, anulando-se todos os atos decisórios e a própria instrução processual.

4. Acrescenta que o benefício em questão é uma aposentadoria por invalidez decorrente de acidente de trabalho NB 100.577.371-5 advindo da conversão do auxílio-doença acidentário NB 029.348.412-0. Afirma que a competência para julgar ações revisionais de benefícios acidentários é da Justiça Estadual.

5. Pugna pela procedência da ação rescisória com a desconstituição do julgado e anulação de todos os atos decisórios, bem como, com a decretação da incompetência da Justiça Federal.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha: — 1.

A ação rescisória deve ser julgada procedente.

2. Nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar ação decorrente de acidente de trabalho, inclusive no tocante à revisão de seus benefícios.

3. A Súmula 501 do e. Supremo Tribunal Federal reafirma a competência da Justiça Estadual nas causas acidentárias, ainda que a União figure no polo ativo da demanda:

Compete à Justiça ordinária Estadual o processo e julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente de trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.

4. A questão encontra-se sedimentada no e. STJ:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ACIDENTÁRIA. JUSTIÇA ESTADUAL. ARTIGO 109, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SÚMULA Nº 15/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO.

1. “Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho.” (Súmula do STJ, Enunciado nº 15).

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a exceção prevista no artigo 109, inciso I, da Constituição da República deve ser interpretada de forma extensiva, cabendo à Justiça Estadual não só julgamento da ação relativa ao acidente de trabalho, mas, também, todas as consequências

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Ângela Catão e Cândido Moraes e os Exmos. Srs. Juizes Federais Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo, Gilda Sigmaringa Seixas e Carlos Augusto Pires Brandão (convocados).

dessa decisão, tais como a fixação do benefício e seus reajustamentos futuros. Precedentes do STF e da 6ª Turma deste STJ.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 45ª Vara Cível do Rio de Janeiro/RJ, suscitante. ..EMEN: (CC 200100650453, HAMILTON CARVALHIDO, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJ DATA:24/06/2002 PG:00182 DTPB:.)

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE AÇÃO ACIDENTÁRIA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL, PRECEDENTES DO STF. LEI MAIS BENEFÍCIA. INCIDÊNCIA. BENEFÍCIOS EM MANUTENÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. *Compete à Justiça Estadual processar e julgar ação que tem por objetivo a revisão de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho* (artigo 109, inciso I, da Constituição da República). Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

2. [...]

(RESP 200200605362, HAMILTON CARVALHIDO, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA:19/12/2002 PG:00493 ..DTPB:.)

5. Neste TRF1 firmou-se a orientação jurisprudencial no sentido da competência absoluta da Justiça Estadual nas causas que objetivam revisão de benefício acidentário:

PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE AUXÍLIO DOENÇA DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO E CONVERSÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - ART. 109, INC. I DA CF/88.

1. *Dispõe o art. 109, I, da Constituição Federal que compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar ação decorrente de acidente de trabalho, inclusive no tocante à concessão e revisão de seus benefícios.*

2. Entendimento jurisprudencial desta Corte e dos tribunais superiores no sentido de que a competência para o processo e julgamento de litígio relativo a acidente de trabalho é da Justiça Comum Estadual, em ambos os graus de jurisdição, por força do que dispõe o art. 109, I, da CF/88.

3. Competência declinada em favor do Tribunal de Justiça de Goiás. (AC, DESEMBARGADOR FEDERAL CANDIDO MORAES, TRF1 - SEGUNDA TURMA, e-DJF1 DATA:09/05/2014 PAGINA:1928.)

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SENTENÇA ANULADA DE OFÍCIO. APELAÇÃO PREJUDICADA. (6)

1. *Compete à Justiça Estadual o processamento e julgamento de ações de natureza acidentária* (Precedentes do STF).

2. Considerando que o processo tramitou, em primeira instância, no Juízo Federal da Subseção Judiciária de Ipatinga/MG, e sendo a competência para apreciar o feito da justiça comum, a sentença deve ser anulada, a fim de que o processo tenha sua regular tramitação perante o Juízo competente.

3. Sentença anulada de ofício. Apelação prejudicada. (AC, DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:16/05/2014 PÁGINA:243.)

6. Assim sendo, a Justiça Federal não tem competência para processar e julgar a ação que visa à concessão de benefício originado de acidente de trabalho, nem a que objetiva a sua revisão, nos termos do art. 109, I, da CF:

Aos Juizes Federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho, e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho [...].

7. Em face do exposto, no juízo rescisório, *julgo procedente a ação rescisória para rescindir integralmente o acórdão proferido nos autos da ApReeNec-2003.38.00.062336-2/MG. No juízo rescindendo, declaro de ofício a incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar a ação originária e, de consequência, anulo todos os atos decisórios proferidos na ação acidentária e determino a remessa dos autos para a comarca de Belo Horizonte/MG (local do ajuizamento). Condeno a ré da ação rescisória em honorários advocatícios em favor do INSS no valor de R\$ 724,00, suspenda a execução dos honorários, enquanto perdurar a situação de pobreza da autora, pelo prazo máximo de cinco anos, quando estará prescrita, com base no art. 12 da Lei 1.060/1950.*

É como voto.

Segunda Seção

Mandado de Segurança Criminal 0029082-23.2014.4.01.0000/BA

Relator: Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado (convocado)
 Impetrante: APVB – Associação de Proteção de Veículos da Bahia
 Advogado: Dr. Geneir Marques de Carvalho
 Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara – BA
 Interessada: Conceição de Maria dos Santos Serra
 Interessada: Justiça Pública
 Publicação: e-DJF1 de 12/09/2014, p. 835

Ementa

Processual Penal. Mandado de segurança. Empresa securitária, equiparada a instituição financeira sem autorização legal. Art. 16, c/c art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 7.492/1986 e art. 66, caput e § 1º, da Lei 8.078/1990. Medida cautelar diversa da prisão preventiva dos diretores, prevista no art. 319, VI, do CPP. Suspensão do exercício da atividade econômica. Aplicação. Pertinência. Constrangimento ilegal. Ausência. Denegação da ordem.

I. Os diretores da impetrante, que é equiparada a instituição financeira, nos termos do art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 7.492/1986, foram denunciados pelo Ministério Público Federal em razão da suposta prática do crime descrito no art. 16 do mesmo dispositivo legal.

II. O impetrado, atendendo requerimento do Ministério Público Federal exarado na denúncia, além de receber a peça acusatória, determinou que os réus, diretores da empresa impetrante, abstenham-se de comercializar, realizar oferta e anunciar qualquer modalidade de contrato de proteção veicular e de angariar novos associados, assim como a suspensão da cobrança dos valores de seus associados e consumidores a título de mensalidades ou *rateio*.

III. A medida impugnada mostra-se necessária e adequada, encontrando respaldo legal no art. 319, inciso VI, do CPP, medida cautelar alternativa que busca evitar os males da segregação provisória, por meio do encarceramento dos acusados, que administram a impetrante.

IV. Para atalhar a continuidade da prática criminosa, a medida cautelar decretada pela autoridade impetrada mostra-se consentânea, tendo amparo na lei.

V. Ordem denegada.

Acórdão

Decide a Seção denegar a ordem, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região - 03/09/2014.

Juiz Federal *Pablo Zuniga Dourado*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado:
 — Trata-se de mandado de segurança criminal com pedido de liminar, impetrado pela APVB – Associação de Proteção de Veículos da Bahia, contra ato do Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Paulo Afonso/BA, que deferiu, nos autos da Ação Penal 3518744-44.2013.4.01.3300, a suspensão de comércio, anúncio ou oferta de quaisquer contratos de proteção veicular, bem assim a suspensão dos valores cobrados a título de mensalidade e *rateio*.

Afirma que:

[...] não se discute, NESSA SEARA, a legalidade da decisão tomada sob o aspecto penal, a qual será combatida por meio do recurso próprio. Com o presente MANDADO DE SEGURANÇA se questiona a ilegalidade do ato no seu aspecto cível, IMPEDINDO O REGULAR FUNCIONAMENTO DA EMPRESA, cuja titularidade pertence aos Impetrantes (fl. 03);

[...] o Excelentíssimo Senhor Juiz Federal [...] determinou que as atividades da empresa fossem suspensas, algo ilegal e abusivo, ofendendo direito líquido e certo ao funcionamento, sobretudo porque

foi adotada sem qualquer fundamentação, em juízo sumário, ou seja, em sede liminar” (fl. 05);

[...] infringindo o disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, de maneira que não pode subsistir no mundo jurídico.

[...] a decisão, ainda que se entenda que possui fundamentação, [...] afrontou o devido processo legal (artigo 5º, LV, da CF), acarretando a paralisação das atividades de forma repentina, prejudicando diversos funcionários que retiraram o seu sustento diretamente da produção da empresa, sem contar no prejuízo ocasionado a diversos consumidores/associados que hoje giram em torno de 3.000 associados.

[...] como decorrência do devido processo legal, é preciso que se respeite a livre iniciativa de comércio, tal como clarificado na Constituição Federal (artigo 5º, XIII). Por isso, entendemos que o fechamento da empresa com a suspensão de suas atividades não pode ocorrer de forma liminar nos autos de uma ação penal, mas sim após o debate entre as partes e da análise do feito em sua inteireza (cognição exauriente), sem prejuízo de ser levada a efeito como consectário de uma condenação, nos termos do artigo 92 do Código Penal (fls. 05/06).

Ao final, requer:

Seja concedida Liminar inaudita altera pars, nos termos do artigo 7º, III, da Lei 12.019/2009, com o escopo de suspender a decisão liminar proferida nos autos da ação penal n. 3518744-44.2013.4.01.3300, concedendo o direito ao impetrante de manter as atividades da A.P.V.B. - [...] até que sobrevenha decisão alicerçada em cognição exauriente ou como eventual efeito da condenação.

No mérito, seja confirmada a Liminar, cassando a decisão proferida nos autos da ação penal n. 3518744-44.2013.4.01.3300, determinando o funcionamento da empresa A.P.V.B. [...]. (fls. 08-09).

A liminar foi negada (fl. 72).

Às fls. 79-84, a impetrante pediu a reconsideração da decisão de fl. 72.

A decisão de fl. 72 foi mantida, por seus próprios fundamentos (fls. 87-94).

A autoridade coatora prestou informações, às fls. 98-100.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 106-117, opinou pela denegação da segurança.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado: — Ao prestar as informações, assim explicitou o juiz de primeiro grau:

Ademar Morais Lubarino, Rogério de Jesus Macedo e Glauber Rafael Silveira Lubarino foram denunciados pelo Ministério Público Federal, na forma do art. 29 do Código Penal, pela prática, em tese, dos delitos capitulados nos arts. 16, c/c o art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 7.492/86 e art. 66, caput e §1º, da Lei n. 8.078/90.

Nos termos da inicial acusatória, os denunciados operavam desde 2010 atividade securitária de veículos, por meio da APVB - Associação Brasileira de Proteção de Veículos da Bahia, sem a correspondente autorização da SUSEP - Superintendência de Seguros Privados.

Narra a exordial que, mediante cumprimento de mandado de busca e apreensão, foram colhidas provas do exercício da atividade securitária e comercialização dos seguros pela APVB, tais como, adesivos de publicidade, manuais de associados, panfletos, relação de oficinas e prestadores de serviços, fichas de adesão, dentre outros.

Assim, constatou o parquet que de forma similar aos contratos de seguros licitamente ofertados no mercado, a seguradora clandestina firmava contratos de adesão, com cláusulas uniformes e unilateralmente fixadas pela seguradora. Em contrapartida, os clientes recebiam coberturas de sinistro em caso de colisão, incêndio, furto, roubo e danos a terceiros.

Ademais, afirma o MPF, o regulamento da APVB traz detalhes sobre o pagamento de franquia, obrigações do segurado, procedimento e documentação em caso de sinistro, riscos cobertos e não cobertos, além de outros, indicando ser a APVB uma associação pro forme, montada para ocultar uma sociedade empresarial organizada, que capta e administra seguros automotivos com nítidos fins econômicos, sem a devida autorização.

Acerca da regularidade da seguradora, a SUSEP - Superintendência de Seguros Privados, por meio de dois pareceres proferidos nos autos do processo Administrativo n. 15414.005714/2011-81, '[...] entendeu, de forma expressa, que a atividade exercida pela APVB reveste-se de caráter securitário e que esta não detém autorização para funcionar como sociedade de seguros [...]'].

A denúncia amparou-se na análise das páginas da internet da APVB, pela documentação apreendida na sede da empresa e pelos laudos periciais de exames de local e disco rígido apreendido.

Em decisão proferida às fls. 236/238, este Juízo recebeu a denúncia, por entender presentes suficientes indícios de materialidade e autoria delitiva, mormente em razão da descrição do material apreendido por força de mandado de busca e apreensão expedido no curso da 'Operação Desaprove II', deflagrada pela Polícia Federal, e dos laudos periciais de fls. 134/144.

De acordo com o Laudo de Exame de Local elaborado no escritório comercial da APVB - Associação de Proteção de Veículos da Bahia

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes, Mônica Sifuentes e Ney Bello e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves Carvalho (convocada).

constatou o Setor Técnico Científico da Polícia Federal:

[...] foram identificados no local examinado, *significativos vestígios* - tais como *CONTRATOS, FORMULÁRIOS PARA VENDA/ADESÃO*, além de *vasto material de propaganda* - que sugerem, *densamente*, funcionar ali um escritório destinado à *venda e prestação de serviços que visam assistir aos 'Associados' com proteção contra roubo, furto, colisão e incêndio de veículos, danos a terceiros*, entre outros benefícios, como, por exemplo, *'Assistência 24 horas'*. Conforme manual encontrado na APVB, a referida *'Assistência 24 horas'* contempla, entre outras, os seguintes benefícios: *'Socorre Elétrico/Mecânico'; Reboque do veículo após acidente/inc./furto/roubo'; 'Remoção hospitalar em caso de acidente'; Traslado de corpos em caso de falecimento'* [...] havia no local um armário contendo apenas contratos alusivos à referida associação APVB. Os citados documentos estavam classificados numericamente, constando, nas referências das pastas, numeração de 01 (zero, um) até 3399 (três mil trezentos e noventa e nove). Examinadas algumas das pastas de contratos no próprio local evidenciou-se estarem compostas de: *'FICHA DE ADESÃO', 'DECLARAÇÃO DE RECEBIMENTO DO MANUAL'*, fichas de consultas de preços de mercado dos veículos de associados, além de cópias de documentos, tais como CRLV, CNH, comprovante de endereço. [...].

O exame pericial realizado em computador apreendido nas dependências da APVB concluiu que:

[...] No disco rígido examinado foram localizados diversos arquivos contendo: relações de associados, contratos de adesão a planos de proteção automotiva, boletos bancários para pagamento das mensalidades (incluindo demonstrativos de rateio), informes de eventos/aviso de sinistros ocorridos em veículos dos associados e laudos de vistorias em veículos. [...] No disco rígido foram encontrados arquivos versando sobre parceiros e prestadores de serviço [...] lançamentos contábeis [...].

Destarte, acolhendo o pedido formulado pelo MPF em sua peça inicial, determinou este Juízo em sede liminar: '[...] que os réus se abstenham de comercializar, realizar oferta e anunciar qualquer modalidade de contrato de proteção veicular e de angariar novos associados, assim como seja suspensa a cobrança dos valores de seus associados e consumidores a título de mensalidades ou rateio'.

Devidamente citados, os acusados apresentaram resposta escrita às fls. 264/267, 276/279 e 288/291, nas quais não foram evidenciadas quaisquer das hipóteses ensejadoras de absolvição sumária. Assim sendo e de modo a dar prosseguimento ao feito, este Juízo designou audiência para 18.09.2014, quando serão colhidos os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela acusação e defesa e serão interrogados os réus.

Prestadas as informações que me cumpriam, coloco-me à disposição de V. Exa. para quaisquer outros esclarecimentos que, porventura, se façam necessários. (fls. 98/100).

Analiso o recurso.

O Ministério Público Federal, ao apresentar a peça acusatória em face de Ademar Morais Lubarino, Rogério de Jesus Macedo e Glauber Rafael Silveira Lubarino, administradores da empresa APVB, pela prática dos crimes descritos no art. 16, c/c art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 7.492/1986 e art. 66, caput e § 1º, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), requereu, liminarmente:

[...] com fulcro no artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, seja determinado por esse d. Juízo que os réus se abstenham de comercializar, realizar a oferta veicular ou anunciar qualquer modalidade de contrato de proteção veicular e de angariar novos associados; bem como suspendam a cobrança dos valores de seus associados e consumidores a título de mensalidades ou o chamado 'rateio' com o imediato bloqueio dos bens dos denunciados e da APVB (arts. 125 e 134 do CPP), visando a garantia do cumprimento das suas obrigações contratuais e associativas ainda pendentes. (fls. 38-39).

A autoridade impetrada, por sua vez, ao receber a denúncia, decidiu suspender, liminarmente, as atividades da impetrante, conforme passo a destacar:

[...]

SEM PREJUÍZO, DEFIRO, de logo, o quanto requerido liminarmente pelo MPF, ficando determinado que os réus se abstenham de comercializar, realizar oferta e anunciar qualquer modalidade de contrato de proteção veicular e de angariar novos associados, assim como seja suspensa a cobrança dos valores de seus associados e consumidores a título de mensalidades ou 'rateio'. (fl. 42).

Ora, a fundamentação expressa na decisão de fl. 42 legitima a medida imposta à impetrante, equiparada a instituição financeira, nos termos do art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 7.492/1986, em razão da suposta prática, pelos denunciados, do crime descrito no art. 16 do mesmo dispositivo legal, que dispõe:

Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio.

Vê-se que a medida impugnada mostra-se necessária e adequada, encontrando respaldo legal no art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, medida cautelar alternativa, que busca evitar os males da

segregação provisória, por meio do encarceramento dos acusados, que administram a aludida empresa.

Aliás, o teor da denúncia, cuja cópia se vê nas fls. 28-39, abona, por inteiro, a decisão tomada pela autoridade, e que está sendo atacada com o Mandado de Segurança em apreço. Confira-se:

O Ministério Público Federal, por meio do Procurador da República que esta subscreve, vem respeitosa e perante Vossa Excelência, com base no artigo 129, I, da Constituição Federal, oferecer DENÚNCIA contra

1. Ademar Moraes Lubarino, brasileiro, casado, filho de Manoel Lubarino Rodrigues e Otília Moraes Lubarino, nascido em 05.05.1958, natural de Ribeira do Pombal/BA, portador do CPF n. 531.333.665-72, residente na Rua da Bolandeira, n. 258, Imbuí, Salvador/BA, CEP n. 41.720-440, telefone 71 88345064;

2. Rogério de Jesus Macedo, brasileiro, solteiro, filho de Dejanira Pedro de Jesus e Roberto Dias de Macedo, nascido em 21.08.1975, portador do CPF n. 647.136.445-87, residente na Rua da Bolandeira, n. 5, apto 304, Boca do Rio, Salvador/BA, CEP n. 41.740-040, telefone 71 30211075, e

3. Glauber Rafael Silveira Lubarino, brasileiro, solteiro, filho de Ademar Moraes Lubarino e Ranilda Barreto Silveira, nascido em 22.03.1988, portador do CPF n. 3.988.718-05, residente na Rua Álvares de Azevedo, n. 56, Bonfim, Salvador/BA, telefones 71 30225779 e 87715217,

pela prática do fato punível a seguir narrado de acordo com os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

Emerge dos elementos de convicção colhidos na fase pré-processual que os denunciados Ademar Moraes Lubarino, Rogério de Jesus Macedo e Glauber Rafael Silveira Lubarino, em Salvador/BA, operam desde 2010, de forma livre e consciente, através da Associação Brasileira de Proteção de Veículos da Bahia - APVB (CNPJ n. 13.026.142/0001-70), atividade equiparada a financeira, qual seja, atividade securitária de veículos, sem autorização da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), autarquia encarregada da regulamentação do setor.

No dia 03 de agosto de 2011, equipe de policiais federais vinculados ao Grupo de Repressão a Crimes Financeiros, realizaram diligência no endereço apontado como sede da APVB (nome fantasia), situada na Avenida Jorge Amado, 84, Imbuí, Salvador/BA.

Com cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão n. 02/2012 (fl. 36) obteve-se farta prova quanto ao exercício de atividade securitária pela APVB, bem como dos seguros que ela ostensivamente comercializa (Pastas 01 a 04-04).

Na oportunidade, foram arrecadados adesivos de publicidade, manuais de associados, panfletos de publicidade, envelopes de mala direta

para cobrança, relação de oficinas e prestadores de serviços, relatório de contas a pagar, recibos de pagamento de franquia, fichas de adesão recolhidas por amostragem de clientes diversos (fls. 37-40 - cf. Auto Circunstanciado de Busca e Arrecadação e fls. 41-44 Auto de Apreensão e Pastas 01 a 04-04).

Da análise do material apreendido, constatou-se que os clientes assinavam contratos de adesão, com cláusulas uniformes e unilateralmente fixadas pela empresa seguradora clandestina, recebendo, em contrapartida cobertura de sinistro em caso de colisão, incêndio, furto, roubo e danos a terceiros (Pastas 01 a 04-04).

Tais fases da atividade contratual ocorrem de forma semelhante aos contratos de seguros licitamente ofertados ao mercado.

Nesse sentido, confira-se os instrumentos denominados 'Manual do Associado' e 'Assistência 24hs' recebidos pelos clientes/segurados e 'Ficha de Adesão' e 'Declaração de Recebimento de Manual' assinados no ato da contratação do seguro com a APVB (Pastas 01 a 04/04).

Na 'Ficha de Adesão' os clientes preenchem os seus dados, os do veículo, os opcionais do carro, supostas avarias do veículo, bem como os condutores autorizados.

Ficava estabelecido o percentual relativo à franquia, de acordo com a faixa de preço do veículo, o valor fixo a título de 'Taxa Associativa' e a mensalidade em valor variável (Pastas 01 a 04-04).

Na 'Declaração de Recebimento de Manual' declaram-se cientes das condições da contratação, comprometendo-se a honrar seus termos (Pastas 01 a 04/04).

A oferta de seguros também é realizada no sítio eletrônico da APVB (www.apvb.com.br).

Os pagamentos dos prêmios são feitos na rede bancária, mediante depósitos na conta da APVB e boletos bancários, conforme documentos também apreendidos no curso da busca e apreensão (folha 148 e Pasta 01/04).

A habitualidade da atividade decorre da própria estrutura empresarial da APVB, como comprova o exame de suas instalações físicas, retratadas no dia 09.08.2012 pelo Laudo de Exame de Local de fls. 134-144.

Instada a se manifestar acerca da regularidade da seguradora a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP entendeu, de forma expressa, que a atividade exercida pela APVB reveste-se de caráter securitário e que esta não detém autorização para funcionar como sociedade de seguros (cf. Pareceres CGFIS/COESP n. 99/12 e CGPRO/COSEB/DISAT n. 245/12, proferidos nos autos do Processo Administrativo n. 15414.005714/2011-81).

Seguem alguns trechos dos citados documentos:

'[...]

Analisando a documentação apresentada nos autos, entendeu-se que a referida associação estava atuando na atividade seguradora de forma irregular, conforme Pareceres CGFIS/COESP n. 99/12 fls. 95/107) e CGPRO/COSEB/DISAT n. 245/12 (fls. 123/124). [...]

‘Constata-se, por todo o exposto, que a atividade descrita, no regulamento da DENUNCIADA e nos demais documentos analisados, apresenta todas as características básicas da atividade seguradora - mutualismo, previdência e incerteza - e também os elementos essenciais do contrato de seguro - a garantia, interesse, risco e prêmio, além de outros elementos típicos da atividade de seguros automotivos, como franquia, vistoria, entre outros. [...]

Ademais, o regulamento da APVB às fls. 83 e seguintes contém detalhamento digno das mais burocráticas seguradoras nacionais, contendo detalhes sobre pagamento de Franquia (item 2.5), Obrigações do Segurado (item 8), Procedimento e Documentação em caso de sinistro (item 9), Salvados (item 5.1.13), Riscos Cobertos (item 5), Risco não Cobertos ou Perda de Direitos (item 6).

Sem dúvida, toda a prova dos autos converge para a conclusão de que a APVB nada mais é que uma associação pro forma, montada para ocultar uma sociedade empresarial organizada, que capta e administra seguros automotivos sem a devida autorização da SUSEP, em clara afronta ao art. 16 c/c o art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 7.492/86.

A estrutura de negócio da APVB em absolutamente nada discrepa daquela empregada pelas seguradoras de veículos (ou seja, instituições equiparadas a financeiras que operam licitamente), com nítidos fins econômicos, ao contrário do previsto no art. 53, caput, do Código Civil para as entidades associativas.

Não há, portanto, qualquer *affectio societatis* entre os associados, mas tão somente interesse em obterem para si contratos com as características de mutualismo, previdência e incerteza, visando a proteção do seu patrimônio, pouco importando quem são os demais associados.

A relação dos consumidores, portanto, não se constrói com os demais associados, mas com a gerência da APVB.

A ausência de registro na SUSEP da APVB, obviamente relevante, era dolosamente omitida pelos *denunciados* aos consumidores em geral, expostos à oferta, e aos clientes da empresa, cujo número supera o de 1.500 (mil e quinhentos), também viola o art. 66, caput e § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

A materialidade dos delitos acima indicados restou comprovada:

i) pelas páginas da internet da APVB, impressas e reunidas pela Polícia Federal às fls. 20/23;

ii) pela farta documentação apreendida na sede da empresa, abarcando adesivos de publicidade, manuais de associados, panfletos de publicidade, envelopes de mala direta para cobrança, relação de oficinas e prestadores de serviços, relatório de contas a pagar, recibos de pagamento de franquia, fichas de adesão recolhidas por amostragem de clientes diversos;

iii) pelo laudo pericial de exame de local n. 0795/2012 de fls. 134/144. Este documento, além de minuciosamente indicar a estrutura física da APVB, relata as condições encontradas quando do cumprimento do mandado de busca e apreensão, em 3 de julho de 2012, concluindo o seguinte (fl. 173):

2. No endereço há evidências de oferta, comercialização de contratos de atividade de ‘proteção veicular’, com cobertura indenizatórias para furto, colisão, roubo, incêndio e danos a terceiros?

Conforme explicitado nas seções III e IV foram identificados, no local examinado, *significativos vestígios* - tais como CONTRATOS, FORMULÁRIOS PARA VENDAS/ADESÃO, além de *vasto material de propaganda* - que sugerem, densamente, funcionar ali um escritório destinado à venda e prestação de serviços que visam assistir aos ‘Associados’ com *proteção contra roubo, furto, colisão e incêndio de veículos, danos a terceiros*, entre outros benefícios, como, por exemplo, ‘Assistência 24 horas’. Conforme manual encontrado na APVB, a referida ‘Assistência 24 horas’ contempla, entre outros, os seguintes benefícios: ‘Socorro Elétrico/Mecânico’; ‘Reboque do veículo após acidente/inc./furto/ roubo’; ‘Remoção hospitalar em caso de acidente’; ‘traslado de corpos em caso de falecimento’.

3. Qual a natureza e quantidade dos documentos encontrados?

Como dito na seção IV havia no local um armário contendo apenas contratos alusivos à referida associação APVB. Os citados documentos estavam classificados numericamente, constando, nas referências das pastas, numeração de 01 (zero, um) até 3399 (três mil trezentos e noventa e nove). Examinadas algumas pastas de contratos no próprio local evidenciou-se estarem compostas de: ‘FICHA DE ADESÃO’, ‘DECLARAÇÃO DE RECEBIMENTO DO MANUAL’, fichas de consultas de preços de mercado dos veículos de associados, além de cópias de documentos, tais como, CRLV, CNH, comprovante de endereço. Por fim, informa-se que foi coletada uma amostragem, composta de aproximadamente 100 (cem) CONTRATOS, por meio de auto de arrecadação específico com a finalidade de ilustrar os termos e cláusulas que compunham as referidas peças existentes na empresa APVB.

iv) pelo laudo pericial de n. 839/2012 (fls. 146/151), relativos ao exame de um disco rígido apreendido na sede da APVB. Foram localizadas relações de associados contendo informações como nome completo CPF, RG, endereço, tipo de veículo, número do RENAVAM, marca do veículo, modelo do

veículo, placa, número do chassi e ano de fabricação; arquivo contendo boletos bancários para quitação de mensalidade de associados, contratos de adesão a planos de proteção automotiva, boletos bancários para pagamento das mensalidades, autorizações para utilização de veículos reserva, contratos de adesão a planos de proteção automotiva, cotações para adesão a planos de proteção veicular; lançamentos contábeis, informe de eventos/avisos de sinistros ocorridos em veículos dos associados, informações relativas a indenizações pagas, laudos de vistorias, orçamento para reparo de veículos, dentre outros documentos.

No que tange à autoria, é indubitável que os denunciados exploram clandestinamente atividade securitária, com plena consciência e vontade de cometer o delito e se beneficiar da comercialização dos contratos de seguros, sem a autorização da SUSEP.

Ao ser interrogado, em sede policial, *Ademar Moraes Lubarino* afirma que as funções estatutárias do presidente eram tomadas por ele e pelo denunciado *Rogério* (fls. 102/104) e que atua na APVB desde a época de sua fundação (01.08.2010). afirmou ter conhecimento que a atividade de seguro demanda autorização da SUSEP.

Ademar Moraes Lubarino, apesar de não constar formalmente nos atos constitutivos da APVB, preside a APVB, conforme por ele mesmo confessado. Acompanha e organiza as finanças da APVB mediante sua empresa interposta, a AR Administradora Ltda. ME (CNPJ n. 12.396.439/0001-64) (fls. 109, 117 e 119), com sede formal em edifício situado próximo ao prédio ocupado pela APVB e correio eletrônico cadastrado como rogeriojmacedo@hotmail.com (fls. 117/119).

Por sua vez, *Rogério de Jesus Macedo* confirmou os poderes de gestão dele e de *Ademar*, ao declarar que 'no dia a dia, a maior hierarquia dentro da associação parte do interrogado e depois desce para *Ademar*'. afirmou, igualmente, ter conhecimento que a atividade de seguro demanda autorização da SUSEP (fls. 108/110). Informa que a administradora da APVB é a imprensa AR.

Com efeito, desde a fundação (cf. atas às fls. 79/82) a 'associação' é controlada de fato e de direito por *Rogério de Jesus Macedo*.

Glauber Rafael Silveira Lubarino também exerce poderes de gestão dentro da empresa tomando todas as decisões acompanhado dos demais denunciados, conforme se depreende das declarações prestadas por *Rogério* na Polícia Federal (fls. 55/56 e 102/103 e 108/110).

Afirmou, igualmente, ter ciência sobre o impedimento do exercício de atividade securitária, sem autorização da SUSEP, confessando, na oportunidade que 'até que é por isso que se formou a associação', apesar de alegar, em sua defesa, que 'não trabalha com seguro e sim com proteção veicular' (fls. 55/56).

Portanto, o fato ora narrado se encontra suficientemente comprovado por meio do exame da documentação que respalda a presente denúncia, restando indubitado o dolo dos denunciados ao operarem atividade securitária automotiva, sem a autorização da SUSEP, bem como iludirem consumidores ao oferecerem e prestarem serviços de forma ilegal, pois desprovidos das garantias exigidas no Decreto Lei 73/66 (arts. 79, 85, 87, por exemplo), na regulamentação dos arts. 757 e seguintes do Código Civil, com inclusão de cláusulas abusivas (art. 30, alíneas 'b' e 'c' do estatuto - fl. 72) e sem sujeição à fiscalização da autarquia competente.

Violaram, portanto, a credibilidade do sistema securitário brasileiro, frustrando a regulação estatal, além de expor a risco as economias e o patrimônio dos associados mediante propaganda omissa.

Assim procedendo de modo livre e consciente, *Ademar Moraes Lubarino*, *Rogério de Jesus Macedo* e *Glauber Rafael Silveira Lubarino* na forma do art. 29 do Código Penal, estão incurso nas penas do art. 16 c/c o art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 7.492/86 e art. 66, caput e § 1º, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Requer, liminarmente, com fulcro no artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, seja determinado por esse d. Juízo que os réus se abstenham de comercializar, realizar a oferta, veicular ou anunciar qualquer modalidade de contrato de proteção veicular e de angariar novos associados; bem como suspendam a cobrança dos valores de seus associados e consumidores a título de mensalidades ou o chamado 'rateio' com o imediato bloqueio dos bens dos denunciados e da APVB (arts. 125 e 134 do CPP, visando a garantia do cumprimento das suas obrigações contratuais e associativas ainda pendentes.

Tal medida visa cessar a atividade criminosa sem causar maiores prejuízos aos atuais consumidores.

Por fim, requer o Ministério Público Federal a instauração da ação penal com o recebimento desta DENÚNCIA, citando-se os denunciados para todos os termos do processo até final julgamento e condenação.

Requer, ainda, a notificação das testemunhas ao final arroladas para prestarem depoimento. (fls. 28-39).

Com efeito, a imputação de prática de crime feita aos sócios da empresa impetrante desqualifica, por inteiro, a licitude das operações que a empresa por eles dirigida vem praticando, operações essas que a denúncia afirma serem criminosas.

Para atalhar a continuidade da prática criminosa, a medida cautelar decretada pela autoridade impetrada mostra-se consentânea, tendo amparo na lei.

Nessa esteira, incorporo às razões de decidir excerto do opinativo ministerial, da lavra do eminente

Procurador Regional da República Dr. Guilherme Zanina Schelb, explicitando:

[...] a decisão atacada é regular, possuindo amparo no art. 319 do CPP, inc. VI, do CPP, que prevê, como medida cautelar, em caso como que tais, a suspensão das atividades de empresa de natureza financeira para evitar a reiteração delitiva, tudo em harmonia com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E QUADRILHA. OPERAÇÃO FRATELLI. PRISÃO PREVENTIVA CONVERTIDA EM MEDIDAS CAUTELARES. FIANÇA. SUSPENSÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DELITIVA. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. *O Estatuto Processual Penal admite a adoção de medidas cautelares diversas da prisão, observando-se a adequação e necessidade de tais imposições.* É de ver que, no processo penal de cariz democrático, a liberdade é a regra, a qual deve ser prestigiada diuturnamente. 2. O instituto da fiança tem por finalidade a garantia do juízo, assegurando a presença do acusado durante a persecução criminal e o bom andamento do feito. Interpretando sistematicamente a lei, identifica-se uma finalidade secundária na medida, que consiste em assegurar o juízo também para o cumprimento de futuras obrigações financeiras. 3. No caso concreto, o Tribunal a quo justificou seu posicionamento considerando 'a existência de indícios razoáveis da imputação contida na denúncia, que é de conduta criminosa da qual resulta proveito econômico para

os denunciados, em detrimento do erário' (fl. 290). Tal posicionamento não destoia do que dispõe o Código de Processo Penal. 4. *A suspensão do exercício de atividade de natureza econômica ou financeira está intimamente ligada à possibilidade de reiteração delitiva, e mais, a crimes de natureza financeira.* 5. Hipótese em que a prática imputada ao recorrente diz respeito a condutas fraudulentas cometidas contra a Administração Pública, com a finalidade de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, havendo notícias de que mesmo após a decretação da prisão temporária de alguns envolvidos o grupo continuou a delinquir, perpetrando as fraudes já mencionadas (fl. 283). 6. *Diante da possibilidade de que o delito volte a ser perpetrado, quando ainda em curso a apuração dos fatos anteriores, plenamente justificada a suspensão do exercício das atividades do recorrente dentro do grupo empresarial.* 7. Recurso a que se nega provimento. . EMEN: (RHC 201303574008, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:03/02/2014 ..DTPB:.)

Por fim, a decisão atacada não constitui condenação antecipada ou injusto constrangimento penal, como aduzem os impetrantes. O curso da ação penal não impede a decretação de quaisquer medidas cautelares (segregação cautelar, restrição provisória de direitos ou suspensão de atividades etc.), aliás, vem em seu reforço, posto que em proveito da segurança social, para prevenir novos delitos. (fls. 115-117).

Diante do exposto, *denego a segurança.*

É o voto.

Segunda Seção

Inquérito Policial 0028458-42.2012.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Ney Bello
 Autora: Justiça Pública
 Procuradora: Dra. Gabriela Barbosa Peixoto
 Indiciado: Carlos Alberto Lopes Brasileiro
 Advogado: Dr. Wilson Fernandes de Almeida
 Indiciado: Valmir Araújo da Silva
 Defensora: Defensoria Pública da União
 Publicação: e-DJF1 de 30/09/2014, p. 178

Ementa

Penal e Processual Penal. Inquérito policial. Denúncia. Prefeito municipal. Presidente da Comissão Permanente de Licitação. Supostas irregularidades na condução de procedimentos licitatórios para aquisição de unidades móveis de saúde. Imputação da prática dos crimes previstos no art. 96, I e IV, da Lei 8.666/1993. Configuração de elementos mínimos de autoria e materialidade. Recebimento da denúncia.

I. A denúncia — embasada em indícios veementes de materialidade e autoria do ilícito penal — descreveu, com clareza, fato condizente com o tipo do art. 96, I e IV, da Lei 8.666/1993 e a conduta dos acusados foi suficientemente individualizada, havendo nítida ligação entre a sua atuação e o fato delituoso.

II. Os fatos narrados na peça acusatória constituem, em tese, crime previsto na lei de licitações. Há demonstração da materialidade dos crimes e indícios suficientes de autoria e culpabilidade, motivo pelo qual deve ser recebida a denúncia.

III. Recebida a denúncia ofertada contra os denunciados quanto aos crimes tipificados no art. 96, incisos I e IV, da Lei 8.666/1993.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, receber a denúncia quanto aos crimes tipificados no art. 96, incisos I e IV, da Lei 8.666/1993.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 17/09/2014.

Desembargador Federal *Ney Bello*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: — Trata-se de inquérito policial instaurado no âmbito da Subseção Judiciária de Campo Formoso/BA, contra Carlos Alberto Lopes Brasileiro e Valmir Araújo da Silva, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 96, incisos I e IV, da Lei 8.666/1993 c/c art. 29 do Código Penal (fls. 1-G/1-C).

A denúncia foi inicialmente recebida em 11/01/2012, tendo o juízo *a quo* determinado a citação e intimação dos réus para responderem à acusação, de acordo com o disposto no art. 396-A do Código de Processo Penal (fls. 306-307).

Em decisão de fls. 317-318, o juízo *a quo* determinou o envio integral dos autos para este Colegiado, em razão da sua incompetência para processar e julgar o réu Carlos Alberto Lopes Brasileiro.

Recebido, autuado e distribuído como inquérito policial (fl. 323), em 14/05/2012, os acusados foram notificados para apresentarem resposta (fls. 324).

Autos remetidos à PRR 1ª Região (fls. 329).

Decisão de fls. 361 reconheceu a incompetência desta Corte para processamento e julgamento do presente feito, determinando a remessa dos autos à Subseção Judiciária de Campo Formoso/BA.

Em 23/07/2013, o Juízo Federal declinou novamente da competência em razão do réu Carlos Alberto Lopes Brasileiro exercer cargo de deputado estadual no Estado da Bahia (fls. 406-407).

Neste Tribunal, os autos foram remetidos à PRR 1ª Região (fl. 412), que se manifestou pela ratificação da denúncia e intimação dos denunciados para, querendo, apresentarem resposta no prazo de 15 (quinze) dias,

conforme a Lei 8.038/1990, art. 4º, *caput*, c/c art. 245, *caput*, do RITRF da 1ª Região (fls. 415-415-verso).

O Des. Federal Cândido Ribeiro, então relator, anulou a decisão de recebimento da denúncia proferida pelo magistrado de primeiro grau, ocasião em que determinou a notificação dos acusados para oferecimento da resposta no prazo de 15 (quinze) dias, conforme a Lei 8.038/1990, art. 4º, *caput*, c/c art. 245, *caput*, do RITRF da 1ª Região.

Transcorrido o prazo, *in albis*, para manifestação dos denunciados, determinei a remessa dos autos à Defensoria Pública da União para apresentação de defesa técnica (fls. 450-451).

A Defensoria Pública da União apresentou a defesa do denunciado Carlos Alberto Lopes Brasileiro. Alega, em síntese, que a peça acusatória é inepta porquanto não descreve a participação do acusado no delito narrado (fls. 456-461). Na mesma ocasião, ratificou a resposta já apresentada em defesa do denunciado Valmir Araújo da Silva (fls. 355-359), na qual, do mesmo modo, requer o não recebimento da denúncia, nos termos do art. 395, I e II, do Código de Processo Penal, por inépcia.

Encaminhados os autos à PRR 1ª Região (fl. 467), o *Parquet* Federal requer o recebimento da denúncia (fls. 470-471).

É o relatório.

Distribuem-se cópias do relatório aos Des. Federais da 2ª Seção do TRF 1ª Região (art. 249 do RITRF 1ª Região).

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: — A denúncia, ofertada às fls. 1-C/1-H, imputa a Carlos Alberto Lopes Brasileiro e Valmir Araújo da Silva a prática do crime previsto no art. 96, incisos I e IV, da Lei 8.666/1993 c/c art. 29 do Código Penal, descrevendo os fatos da seguinte maneira, *in verbis*:

Carlos Alberto Lopes Brasileiro, na qualidade de Prefeito do Município de Senhor do Bonfim/BA, no mandato compreendido entre os anos de 2001 a 2004, firmou com o Ministério da Saúde, em 05 de julho de 2002, o Convênio nº 811/2002 (SIAFI 455679), tendo por objeto a aquisição de uma unidade móvel de saúde e de equipamentos médicos e odontológicos para o referido veículo (cópia do instrumento às fls. 83/90).

Assim é que foram realizados dois procedimentos licitatórios, na modalidade Carta-Convite, registrados sob o nº 032/2003 (cf. fls. 71/133) e 036/2003 (cf. fls. 134/189), tendo por objetos, respectivamente, a aquisição de um veículo tipo ônibus adaptado para funcionar como unidade móvel de saúde e a aquisição de móveis, utensílios e equipamentos para o veículo tipo ônibus adaptado para unidade móvel de saúde.

Todavia, no âmbito da operação denominada “Máfia dos Sanguessugas”¹, deflagrada,

nacionalmente, pela Polícia Federal em conjunto com a Controladoria Geral da União e com o Departamento Nacional de Auditoria do SUS (DENASUS), verificou-se inúmeras fraudes no fornecimento, por parte de um determinado grupo de empresas, de unidades móveis e equipamentos hospitalares a diferentes municípios, mediante procedimentos licitatórios absolutamente despidos de caráter competitivo.

Além da fraude ao caráter competitivo, pelo direcionamento a empresas conluídas com a Família Vedoin, todas sediadas no Estado do Paraná, cujo crime já se encontra prescrito, os acusados promoveram outra fraude, consistente no superfaturamento dos equipamentos médico-hospitalares, em prejuízo da Fazenda Pública.

A materialidade restou demonstrada no Laudo Técnico nº 116/2010, elaborado pelo Setor de Perícia da Polícia Federal (fls. 259/268), o qual atestou que a proposta “vencedora” da empresa Domanski Com. Equip. Médicos Ltda., referente ao fornecimento de equipamentos objeto do Convite nº 036/2003, apresentou um sobrepreço (leia-se superfaturamento) de R\$11.614,95 (onze mil, seiscentos e quatorze reais e noventa e cinco centavos), o que equivale a uma diferença percentual, a maior, de 66,81% do preço de mercado do bem adquirido.

O Secretário de Saúde, à época, indicou as empresas que teriam condições de fornecer o objeto, cuja relação, por sua vez, foi encaminhada ao Presidente da Comissão Permanente de Licitação Valmir Araújo, o qual encaminhou os convites às empresas pré-selecionadas, sediadas no Estado do Paraná, e vinculadas ao mesmo grupo empresarial da Família Vedoin (fls. 70/80 e depoimentos de fls. 24 1/244)).

Em relação a *Valmir Araújo*, Presidente da CPL, constata-se ausência de pesquisa de preços de mercado, violando-se o art. 15, II, V e § 1º, e art. 43, IV, da Lei nº 8.666/93, concluindo-se que a admissão da proposta superfaturada foi efetuada de má-fé ou, pelo menos, com a assunção do risco de superfaturamento (dolo eventual).

Ademais, a licitação de veículo trazia a exigência de se tratar de veículo não inferior ao ano de fabricação 1996 (fls. 93, 144 e 194). Todavia, consoante atestado pelo Ministério da Saúde o bem fornecido tinha modelo e ano de fabricação 1994,

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes, Mário César Ribeiro, Mônica Sifuentes e os Exmos. Srs. Juizes Federais Rosimayre Gonçalves Carvalho e Pablo Zuniga Dourado (convocados).

¹Para que semelhantes fraudes pudessem ser perpetradas, foi necessária a articulação de complexa organização criminosa, com ramificações nas esferas empresarial, burocrática, financeira e política. A presença de quatro núcleos foi imprescindível para que a organização criminosa pudesse atuar e obter êxito na condução dos seus negócios ilícitos. O primeiro correspondia a uma base empresarial eficiente, capaz de amar simultaneamente em duas vertentes. De uma parte, cabia-lhe sustentar tecnicamente as atividades da quadrilha na elaboração de projetos técnicos, minutas e formulários indispensáveis para a formalização das diferentes etapas do processo de direcionamento de recursos orçamentários e manipulação de procedimentos licitatórios. De outra, cumpria-lhe transformar e fornecer à Administração Pública e a entidades civis unidades móveis de saúde, ambulâncias, odontomóveis e veículos de transporte escolar ou de inclusão digital, bem como equipamentos médico-hospitalares e às vezes até mesmo medicamentos. À frente do núcleo empresarial estava a Família Vedoin (sob a chancela de Darei José Vedoin e Luta Antônio Trevisan Vedoin) e empresas associadas (Planam, Vedovel, Klass, Santa Maria, Esteves e Anjos, Suprema Rio, NV Rio, Delta, Politec, etc). O segundo núcleo era composto por agentes burocráticos infiltrados em setores “chave” da Administração Pública, especialmente em órgão do Ministério da Saúde, responsáveis pela aprovação dos pré-projetos e projetos; e pela análise das prestações de contas relacionadas ao dispêndio dos recursos públicos federais apropriados pelo grupo. O terceiro núcleo formava-se por pessoas utilizadas para o manuseio, guarda e circulação do dinheiro ilicitamente apropriado pelos demais

segmentos da quadrilha, de sorte que as transferências para os principais beneficiários e colaboradores da organização criminosa pudessem revestir-se de contornos aparentemente lícitos. Por fim, o quarto núcleo consistia no comando político responsável pela elaboração das emendas orçamentárias que destinavam vultosos recursos a municípios e a entidades envolvidos no esquema, assim como pela indicação de servidores públicos destinados a atuar em áreas estratégicas da burocracia estatal.

em desatendimento às especificações do Edital (fls. 270/271).

Não bastasse o superfaturamento e a aceitação de bem em desacordo com as especificações do Edital, também não restou comprovada a transferência do ônibus para a municipalidade, o que ensejou a não aprovação das contas, conforme Parecer Gescon nº 356 do Ministério da Saúde. Ainda, em consulta ao sistema Infoseg, os peritos criminais constataram que o bem encontra-se registrado em nome da empresa Coxipo Transportes Urbanos Ltda., com endereço no município de São Paulo.

Assim sendo, além da elevação arbitrária do preço do objeto licitado, em prejuízo da Fazenda Pública, o então Prefeito Municipal Carlos Alberto Brasileiro, responsável pela homologação do certame, procedeu à aceitação de um veículo que não atendia às especificações do Edital, bem como autorizou o pagamento à empresa vencedora, sem que, contudo, a titularidade do bem adquirido fosse efetivamente transferida para o Município de Senhor do Bonfim.

Ante o exposto, os Acusados encontram-se incursos no art. 96, incisos I e IV, da Lei nº 8.666/93, c/c art. 29 do Código Penal, pelo que requer o Ministério Público Federal seja recebida a presente denúncia e instaurada ação penal contra os DENUNCIADOS, que deverão ser citados para apresentação de defesa escrita e demais atos do processo, até final sentença condenatória, ouvindo-se, no curso da instrução, as testemunhas adiante arroladas.

A hipótese é de recebimento da denúncia.

Como se sabe, o recebimento da denúncia é ato vinculado do juiz. Caso estejam preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, acrescidos da materialidade delitiva e de indícios de autoria, a admissão é medida a ser tomada.

Pois bem. Dispõe o art. 96, I e IV, da Lei 8.666/1993:

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

- I - elevando arbitrariamente os preços;
- II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;
- III - entregando uma mercadoria por outra;
- IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;
- V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Dos autos, vislumbro que a acusatória descreve fato, em tese, criminoso, com todas as circunstâncias, identifica os supostos autores, classifica o delito e contém um rol de testemunhas.

Examinando a peça acusatória, observo que ela atendeu os requisitos do art. 41 do CPP, porquanto narrou a conduta criminosa de forma satisfatória, qualificou os acusados, classificou o delito e trouxe o rol de testemunhas, não se sustentando, pois, qualquer alegação de limite ao exercício de ampla defesa. A denúncia — embasada em indícios veementes de materialidade e autoria do ilícito penal — descreveu, com clareza, fato condizente com o tipo do art. 96, I e IV, da Lei n. 8.666/1993 e a conduta dos acusados foi suficientemente individualizada, havendo nítida ligação entre a sua atuação e o fato delituoso.

Assim, rejeita-se a tese da defesa no sentido de que a peça acusatória não observou os pressupostos do art. 41 do Código de Processo Penal.

A documentação que instrui a peça acusatória indica que foram realizados dois procedimentos licitatórios, na modalidade carta-convite, para aquisição de unidades móveis de saúde e equipamentos para o veículo tipo ônibus adaptado para unidade móvel de saúde.

O indício de *materialidade delitiva* está representado pelo Laudo Técnico 116/2010, elaborado pelo setor de perícia da Polícia Federal (fls. 259-268), o qual atestou que a proposta vencedora da empresa Domanski Com. Equip. Médicos Ltda., referente ao fornecimento de equipamentos objeto do procedimento licitatório, apresentou sobrepreço equivalente a uma diferença percentual, a maior, de 66,81% do preço de mercado do bem adquirido.

Quanto à *autoria*, é prematuro afastá-la liminarmente dos oras denunciados porque nenhuma das situações previstas no art. 395 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, estão presentes.

O denunciado Carlos Alberto, na qualidade de prefeito do Município de Senhor do Bonfim/BA, firmou convênio com o Ministério da Saúde, tendo por objeto a aquisição das unidades móveis de saúde, cujos procedimentos de licitação, estão, segundo a acusação, eivados de irregularidades.

Coube ao denunciado Valmir Araújo, na condição de presidente da Comissão de Licitação, admitir a proposta superfaturada, o que, segundo a acusação, indica má-fé ou, no mínimo, assunção do risco de superfaturamento.

De fato, não se exige, na primeira fase da *persecutio criminis*, que a autoria e a materialidade da prática de um delito estejam definitivamente provadas, uma vez que a verificação de justa causa para a ação penal pauta-se em juízo de probabilidade, e não de certeza. Havendo estrita observância dos requisitos legais previstos no art. 41 do Código Processo Penal: a exposição do fato criminoso, suas circunstâncias, a qualificação do denunciado e a tipificação dos delitos por ele cometidos, não há que falar em inépcia da peça acusatória.

Por outro lado, a rejeição da peça acusatória é que deve se basear na total ausência de elementos configuradores do tipo penal, ocorrência de causa de extinção da punibilidade ou inexistência de indícios de autoria. Incabível a invocação, nesta fase, antes que se permita a verificação dos fatos, na instrução criminal, do princípio *in dubio pro reo*. Confira-se a jurisprudência:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INQUÉRITO POLICIAL. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

Quando a denúncia descreve conduta que, em tese, constitui crime, incabível é a alegação de falta de justa causa, tanto mais porque, nessa fase processual, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, bastando, para o recebimento da denúncia, a mera probabilidade de procedência da ação penal.

Impedir o Estado-Administração de demonstrar a responsabilidade penal do acusado implica cercear o direito-dever do poder público em apurar a verdade sobre os fatos.

Marcado por cognição sumária e rito célere, o *habeas corpus* não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, sobretudo a efetiva ocorrência do delito, posto que tal proceder é peculiar ao processo de conhecimento.

O trancamento de ação penal, pela via estreita do *writ*, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, verifica-se que há imputação de fato penalmente atípico, inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito ou extinta a punibilidade.

É entendimento dominante neste Superior Tribunal de Justiça que eventual nulidade do inquérito policial não contamina a ação penal superveniente, vez que aquele é mera peça informativa, produzida sem o crivo do contraditório.

Recurso a que se nega provimento. (STJ, RHC 21.170/RS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Desembargador Convocado do TRF/1ª Região), 6ª Turma, unânime, DJU de 08/10/2007, p. 368).

HABEAS CORPUS – COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO – VÍTIMA HESITANTE E CONTRADITÓRIA EM SEUS DEPOIMENTOS – PROVA NA QUAL NÃO SE PODE ESPELHAR PARA O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE PROFUNDO EXAME PROBATÓRIO NESTA ESTREITA VIA. NÃO PREVALECE O PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO* NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. CONDUTA TÍPICA. DENÚNCIA QUE CONTÉM ELEMENTOS PARA A AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1 - Se o depoimento que se aponta como suficiente para excluir a prova da autoria é bastante hesitante e contraditório, não pode ser tomado, no início da instrução, como suficiente para o trancamento da ação penal.

2 - O trancamento de uma ação penal deve estar embasado em certeza, adquirida de plano, quanto à inexistência do crime, indícios da autoria, reconhecimento da atipicidade ou de causa extintiva da punibilidade.

3 - É descabida a aplicação do princípio *in dubio pro reo* antes que se permita à acusação a realização das provas requeridas.

4 - Ordem denegada. (STJ, HC 68.825/SP, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), 5ª Turma, maioria, DJU de 17/12/2007 p. 240).

É apta a deflagrar a ação penal a denúncia que narra suficientemente fato penalmente típico, descrevendo o nexos causal entre as condutas dos denunciados e o evento danoso que lhes foi atribuído. É exatamente o caso em exame.

O que importa, no momento, repita-se, é que presentes se mostram os indícios suficientes de autoria dos fatos descritos na denúncia, os quais tipificam, em tese, crimes na forma do art. 41 do CPP, devendo a peça de acusação ser recebida.

Pelo exposto, *recebo a denúncia* ofertada contra Carlos Alberto Lopes Brasileiro e Valmir Araújo da Silva, quanto aos crimes tipificados no art. 96, incisos I e IV, da Lei 8.666/1993.

Proceda-se à autuação do feito como ação penal, cumprindo-se o disposto nos arts. 11 e 12 da Resolução/Presi 600-13 de 07/04/2009.

Delego ao Juízo Federal da Subseção Judiciária de Campo Formoso/BA a citação dos acusados, Carlos Alberto Lopes Brasileiro e Valmir Araújo da Silva, bem como a sua intimação para apresentação de defesa prévia, procedendo-se, posteriormente, em face do acórdão proferido pelo STF, no AgRg na Ap 528/DF (rel.

Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 08/06/2011)², na forma

do art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei 11.719/2008, com a oitiva das testemunhas de acusação e, por fim, o interrogatório do acusado (art. 9º, § 1º, da Lei 8.038/1990).

É como voto.

²PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal. II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/1990 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou. III – Interpretação sistemática e teleológica do direito. IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, AP 528 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno, unânime, *DJe*-109 08/06/2011).

Terceira Seção

Ação Rescisória 0005117-55.2010.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
 Autor: Marcos Vinícius Meireles Menezes
 Advogados: Dra. Vanderlei Silva Perez e outros
 Ré: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Publicação: e-DJF1 de 03/09/2014, p. 26

Ementa

Direito Administrativo. Concurso público. Exame psicotécnico. Perfil profissiográfico. Previsão legal. Inexistência. Rescisão do julgado. Violação a literal disposição de lei. Rejulgamento da causa. Deferimento do pedido. Conclusão do curso de formação. Fato superveniente. Nomeação e posse. Direito do candidato. Efeito retroativo. Impossibilidade.

I. Trata-se de ação intentada por Marcos Vinícius Meireles Menezes com a finalidade de rescindir sentença proferida na Ação 2005.34.00.023773-0 e realizado “um novo julgamento para anular ou fulminar os efeitos da coisa julgada por ter violado a disposição literal de lei acima transcrito, ou por *error in iudicando*; ou ainda por *fato novo*, que deram ensejo ao ato que alijou o Autor do certame para que o mesmo tenha o direito à **NOMEAÇÃO E POSSE dentro da ordem de classificação com todos os efeitos funcionais e patrimoniais retroativos a partir da data em que foram nomeados os candidatos regulares atendendo o princípio da contemporaneidade**”.

II. No agravo de instrumento contra a decisão em que indeferida liminar na ação rescindenda, decidiu, por unanimidade, a 6ª Turma deste Tribunal que “viola a Constituição, a atribuição de caráter sigiloso ao teste, assim se caracterizando a negativa de fornecimento, ao candidato ou ao profissional por ele contratado, do inteiro teor do laudo que ensejou sua eliminação do concurso”.

III. A decisão rescindenda violou literal disposição de lei, a qual, ao prever a exigência de exame psicotécnico não previu, entretanto, o denominado perfil profissiográfico.

IV. Deferido o pedido de rescisão e, em rejulgamento da causa, deferido parcialmente o pedido.

V. A conclusão, com aproveitamento, do curso de formação é fato superveniente que deve ser considerado nos termos do art. 462 do Código de Processo Civil, razão pela qual se defere o pedido para que haja imediata nomeação e posse do autor no cargo de delegado de Polícia Federal.

VI. Esses atos não poderão, todavia, ter efeito retroativo. Não é possível exercício fictício de cargo público. Indenização por eventuais prejuízos que a nomeação e posse tardias acarretem ao autor deverá ser postulada em ação própria.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, deferir o pedido de rescisão e, em rejugamento da causa, deferir parcialmente o pedido.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 15/07/2014.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *João Batista Moreira*: — Trata-se de ação rescisória intentada por Marcos Vinícius Meireles Menezes com a finalidade de que seja rescindida sentença proferida na Ação 2005.34.00.023773-0 e realizado “um novo julgamento para anular ou fulminar os efeitos da coisa julgada por ter violado a disposição literal de lei acima transcrita, ou por *error in iudicando*; ou ainda por *fato novo*, que deram ensejo ao ato que alijou o autor do certame para que o mesmo tenha o direito à *NOMEAÇÃO E POSSE dentro da ordem de classificação com todos os efeitos funcionais e patrimoniais retroativos a partir da data em que foram nomeados os candidatos regulares atendendo ao princípio da contemporaneidade*”.

Alega-se que: a) em concurso para o cargo de delegado de Polícia Federal, o autor foi “considerado *NÃO RECOMENDADO, EM ALGUNS QUESITOS DO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO, embora o DEMANDANTE já pertença aos Quadros da Polícia Federal*”; b) “o requerente é *ESCRIVÃO DA POLÍCIA FEDERAL COM ESTÁGIO PROBATÓRIO CONCLUÍDO, [...] Foi submetido também a Exame Psicológico e foi RECOMENDADO, porém ao realizar o Concurso para Delegado foi NÃO RECOMENDADO no exame psicológico*”; c) “o Demandante ao ser eliminado no Exame Psicológico propôs *ação de conhecimento que ora se junta ao processo nº 2005.34.00.023773-0*”; c) “a ação de conhecimento foi julgada improcedente de acordo com o art. 269, I, do CPC; [...] e dela não houve recurso tendo transitado em julgado no dia 22 de 10 de 2008, conforme certidão de trânsito em julgado proferida nos autos”; d) “O PEDIDO DA AÇÃO RESCINDENDA LIMITOU-SE tão somente para que o Demandante realizasse o Curso de Formação dentro da ordem de classificação”; e) “tendo em vista que o PEDIDO DA PEÇA VESTIBULAR, não alcançou o PEDIDO DE NOMEAÇÃO E POSSE e tampouco foi enfrentado pela r. Sentença, tenho que assiste direito ao DEMANDANTE em requerer a NOMEAÇÃO E POSSE dentro da ordem de classificação uma vez que o mesmo concluiu o Curso de Formação *ASSEGUADO* por

DECISÃO DE ACÓRDÃO UNÂNIME em AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2005.01.00058166-9”; f) “os fundamentos da sentença guerreada, [...], *ferre frontalmente dispositivo da CONSTITUIÇÃO FEDERAL em seu inc. I Art. 37 e inc. XXXV, Art. 5º e inc. VII, art. 9º, Lei 8.478/65*”.

A União contestou o pedido, argumentando que: a) “não merece atenção os fundamentos de que o juiz julgou em erro, assim como a decisão foi contra o texto constitucional ou qualquer outra lei ordinária, vez que todas essas questões foram discutidas, não só no bojo do processo, mas também nos autos do Agravo de Instrumento, razão pela qual tais argumentos não subsistem no caso em tela”; b) “a decisão que julgou improcedente o pleito do autor estava em perfeita consonância com o disposto no art. 10 do Decreto-lei nº 2.320/87, o qual, à época, possuía o mesmo status de lei Ordinária, como era o caso do art. 9º da lei nº 4.878/65, que regulava idêntica matéria do Decreto-lei”; c) os parâmetros do concurso “foram elaborados para todo e qualquer candidato. Foram traçados dentro dos princípios do Direito Administrativo, primando pela forma *igualitária* de tratamento”; d) “obedecidos os critérios objetivos para o cargo pretendido, inclusive com a acessibilidade à interposição de recurso administrativo, a exigência de avaliação psicológica para o ingresso na carreira de Policial Federal reveste-se de legalidade”; d) “a avaliação psicológica em questão foi realizada mediante procedimentos com regras bem definidas e um código operacional, de tal forma que permita a qualquer psicólogo-examinador chegar ao mesmo resultado obtido por outro psicólogo”; e) “todos os testes foram aplicados e analisados segundo o perfil profissiográfico *previamente* elaborado e todos, sem exceção, estão devidamente registrados e plenamente de acordo com a Resolução do Conselho Federal de Psicologia, ou seja, foram padronizados e validados para a realidade brasileira”; f) “o atendimento do pleito do autor implicará tratamento diferenciado”.

As partes não especificaram provas.

Em alegações finais, o autor reiterou os termos da petição inicial e a União, os da contestação.

O Ministério Público Federal resume, assim, seu parecer: “1 - A não aprovação do autor no exame psicotécnico obsta sua participação nas demais fases do certame, conforme expressa previsão editalícia. 2 - O fato de o autor ter obtido liminar garantindo-lhe a participação no Curso de Formação não lhe assegura julgamento favorável na ação ordinária, bem como não lhe garante o direito à nomeação e posse. 3 - Sentença que corretamente aplicou a norma ao caso concreto, sendo inviável a utilização da ação rescisória como simples sucedâneo recursal”.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — No agravo de instrumento contra a decisão em que indeferida liminar na ação rescindenda, assim decidiu, por unanimidade, a 6ª Turma deste Tribunal:

CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA. PSICOTÉCNICO. LEGALIDADE.

1. Segundo o enunciado 239 da Súmula do TFR “é legítima a exigência de exame psicotécnico em concurso público para ingresso na Academia Nacional de Polícia”, em razão de expressa previsão constitucional e legal (Lei nº 4.878/65 e Decreto-Lei nº 2.320/87).

2. Viola, contudo, a Constituição a atribuição de caráter sigiloso ao teste, assim se caracterizando a negativa de fornecimento, ao candidato ou ao profissional por ele contratado, do inteiro teor do laudo que ensejou sua eliminação do concurso.

No voto condutor do acórdão, disse a então Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, hoje eminente Ministra do Superior Tribunal de Justiça:

No julgamento de casos semelhantes, tenho sustentado, com o apoio da maioria dos juízes integrantes da 6ª Turma deste Tribunal, a ilegalidade e inconstitucionalidade de exame psicotécnico que vise a investigar a adequação da personalidade do candidato a perfil profissiográfico estabelecido pela Banca Examinadora, não especificado no edital e incontrastável perante o Poder Judiciário.

Com efeito, embora seja certa a legalidade da exigência do psicotécnico para ingresso no cargo pretendido, tal exigência não pode ser divorciada dos fins a que se destina, vale dizer,

detectar eventuais desvios de comportamento ou de personalidade que inviabilizem o exercício do cargo. Apenas em tais casos, será válida a eliminação do candidato.

Pelo que se infere do edital (fl. 49), contudo, não foi apenas esta a intenção dos profissionais que fizeram a avaliação.

Com efeito, o psicotécnico foi concebido no edital e realizado para aferir se o candidato possui temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à categoria funcional para a qual se inscreveu, dispondo, ainda, o edital que será considerado apto o candidato que se adequar à profissiografia da categoria profissional respectiva, traçada pelo Setor de Psicologia do Serviço de Recrutamento e Seleção da Academia Nacional de Polícia, quando da avaliação das técnicas aplicadas. E será considerado inapto o que demonstrar inadequação a esta profissiografia.

Não se limitou o psicotécnico, portanto, a verificar a existência de anomalias ou desvios que não recomendassem os candidatos ao exercício do cargo. Buscou-se analisar se se enquadravam em um “perfil profissiográfico” previamente determinado pela Administração, mas desconhecido dos candidatos e do público em geral.

A respeito da ilegalidade de exames psicotécnicos marcados pelo subjetivismo e pelo desconhecimento dos critérios de avaliação, vale lembrar o acórdão da 5ª Turma do STJ, da lavra do eminente Ministro JORGE SCARTEZZINI, do qual extraio os seguintes parágrafos (ROMS 13.237-DF. 2001/0065637-5. DJ 26.8.2002):

“Com tais dados, nota-se que o edital é silente sobre o detalhamento do referido teste. No mesmo sentido, as informações da autoridade coatora (fls. 38/53) nada mencionam sobre o critério utilizado para aplicá-lo. A realização do exame psicotécnico, bem como psicológico, está acobertada não apenas pela legislação (Lei nº 5.117/66 - art. 3º, mas, principalmente, pela racionalidade e essência em face dos requisitos necessários à função da carreira policial. Contudo, a subjetividade deste não pode ser aceita, sob pena de arbitrio por parte do Administrador. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, in “Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta”, RT, SP, 1990. fls. 48/50, leciona-nos que:

“Entretanto, o que se nega terminantemente e que seja compatível com o Texto Constitucional por violar a necessária objetividade inerente à razão de ser dos princípios da acessibilidade e do concurso público - a adoção de um perfil psicológico em que se devam encaixar os candidatos, pena de exclusão do certame. Com efeito, uma coisa é ser portador de algum traço patológico ou exacerbado a níveis extremados e portanto incompatível com determinado cargo ou função, e outra coisa, muito distinta, é ter que estar ajustado a um “modelo” ou perfil psicológico adrede delineado para o cargo.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian e Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado).

Nega-se, igualmente, que as avaliações psicológicas possam ser irrecorríveis na via administrativa ou que o exame do recurso se possa efetuar sem a presença e fiscalização de um especialista indicado pelo candidato.

Nega-se também que as avaliações psicológicas possam ser realizadas sem a prévia e pública notícia dos fatores específicos que serão ponto de análise, dos testes a serem realizados, dos critérios decisórios em face deles, da justificação minuciosa dos laudos determinantes da reprovação do concorrente, bem como da identificação dos especialistas que irão se responsabilizar pelos exames e conclusões técnicas finais.”

Concordo inteiramente com o ensinamento de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO acima citado.

A Constituição prevê que a lei - e somente ela - possa estabelecer as condições para exercício de cargo público. A adequação a determinado “perfil profissional” estabelecido por psicólogos não é, contudo, requisito legal de investidura previsto para cargo algum. E nem seria razoável que o fosse, pois a infinita diversidade de personalidades, sempre com aspectos positivos e negativos, escapa à possibilidade de cadastramento e identificação da Psicologia.

Creio que nem mesmo à lei seria lícito estabelecer “perfis profissionais” nos quais dessem se enquadrar os integrantes de cada carreira, dada a subjetividade da exigência e à falta de critério aferível pelo Poder Judiciário para verificar a correção deste enquadramento. O escopo do concurso, além de possibilitar a admissão dos mais capacitados ao serviço público, é também dar a todos os administrados a possibilidade de, em igualdade de condições - igualdade esta baseada em critérios objetivos candidatarem-se ao exercício dos cargos públicos. Nesse sentido, lembrem-se as seguintes passagens da ementa e do voto do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE no RE 194.657-1 (DJ 4.12.01):

“Embora a Constituição admita o condicionamento do acesso aos cargos públicos a requisitos estabelecidos em lei, esta não o pode subordinar a pressupostos que façam inócuas as inspirações do sistema de concurso público (art. 97, § 1º), que são um corolário do princípio fundamental da isonomia.”

[...]

“42. Com razão, nessa linha, o parecer trazido por um dos recorrentes, do il. Prof. Celso Antonio (apenso, f. 08): “se os motivos puderem remanescer secretos, ignotas até para os atingidos pela decisão administrativa, evidentemente já não haveria garantia alguma de legalidade alguma do Poder Judiciário impor o primado do Direito, sentido algum para a regra constitucional de que não pode ser subtraída ao Poder Judiciário a apreciação sobre lesão de direito individual (art. 153, § 4º) e, ao final

de contas, o próprio Direito nada valeria. Ou melhor, sua Valencia dependeria, por inteiro, da vontade do obrigado colocar-se ou não sob o seu império”.

[...]

“43 - *Last but not least*, é de notar que o Tribunal - por fidelidade às inspirações do princípio do concurso público - tem fulminado por diversas vezes o veto a candidato, ainda quando vinculado a conclusões de exame psicotécnico previsto em lei, se a sua realização se reduz a “entrevista em clausura, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia” (RE 112.676, Rezek, RT J 124/770) ou, de qualquer sorte, não ofereça grau mínimo de objetividade e publicidade, “de modo com efeito, a jurisprudência desse Tribunal, do STJ e do STF já assentou ser constitucional a exigência de psicotécnico em concurso público, desde que haja previsão legal (CF, art. 37,1).”

No caso dos autos, há previsão legal expressa (art. 9º, inciso VI, da Lei 4.878/65, e no art. 8º, inciso III do Decreto-Lei nº 2.320/87) e o enunciado nº 239, da Súmula do TFR, já pacificou o entendimento de que é legítima a exigência de exame psicotécnico em concurso para provimento de cargos públicos ligados à carreira da Polícia Federal.

Não se admite, contudo, o caráter sigiloso e irrecorrível atribuído ao exame psicotécnico do concurso público para o cargo de Delegado da Polícia Federal no Edital n. 24/2004 - DGP/DPF. Isso porque o candidato fica privado de conhecer os motivos que ensejaram sua reprovação, o que o impede de contestar-lhe os critérios, quando for o caso.

A norma do edital que proíbe o candidato de ter acesso ao resultado do exame ou a eventual interposição de recurso é, portanto, inválida, pois viola o princípio constitucional da publicidade e motivação dos atos administrativos.

Cumpra-se notar que o sigilo que cerca o laudo do exame psicotécnico existe em benefício do interessado, não lhe podendo ser oposto e nem aos profissionais por ele contratados para defender seus interesses.

Sobre o tema, podem ser citados inúmeros julgados desta Corte (cf. entre muitos outros, a AC 1997.01.00.013188-0/DF; relator Juiz ANTÔNIO EZEQUIEL; DJ 16/11/2001) e do STJ (REsp 411712/RS; relator Min. FELIX FISCHER; DJ 6/05/2002, e REsp 384407/PR; relator Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA; DJ 22/04/2002).

Acrescento, por fim, que o Curso de Formação corresponde, de acordo com o edital, à segunda etapa do concurso, de modo que não há obstáculo à sua realização pelo Agravante. Ilegal seria dar-lhe posse provisória no cargo de Delegado de Polícia Federal. A liminar deferida é providência de natureza cautelar destinada a preservar a eficácia de eventual sentença favorável ao ora Agravante, quando do julgamento de mérito.

Assinalo, apenas, que, caso a inclusão do Agravante no curso de formação acarrete a exclusão de algum candidato, deverá seu nome e endereço ser informado pela Ré para que o Autor seja intimado a providenciar sua citação como litisconsorte passivo necessário, sob pena de extinção do processo principal sem julgamento do mérito. Em face do exposto, dou provimento ao agravo, confirmando a liminar de fls. 185-188.

Esse voto coincide com o pensamento deste relator, desenvolvido em dezenas de casos relativos a exame psicotécnico em concurso do Departamento de Polícia Federal.

A decisão rescindenda violou, pois, literal disposição de lei, a qual, ao prever a exigência de exame psicotécnico não previu, entretanto, o denominado perfil profissiográfico.

Defiro, por isso, o pedido de rescisão e, rejuizando a causa, defiro em parte o pedido.

A conclusão, com aproveitamento, do curso de formação é fato superveniente que deve ser considerado nos termos do art. 462 do Código de Processo Civil, razão pela qual defiro o pedido para que haja imediata nomeação e posse do autor no cargo de delegado de Polícia Federal. Esses atos não poderão, todavia, ter efeito retroativo. Não é possível exercício fictício de cargo público. Indenização por eventuais prejuízos que a nomeação e posse tardias acarretarem ao autor deverá ser postulada em ação própria.

Condeno a União em honorários de advogado de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É como voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Sr. presidente, vou pedir a mais respeitosa licença a vossa excelência e àqueles que o acompanharam para divergir e votar pela improcedência da pretensão rescisória, por não identificar, na sentença rescindenda, que julgou improcedente pretensão anulatória do resultado de não recomendação em avaliação psicológica levada a efeito em concurso público para o cargo de delegado de Polícia Federal, qualquer tipo de ofensa a preceito constitucional ou infraconstitucional, muito menos os inscritos nos arts. 5º, incisos XXXV e LV, e 37 da Carta Constitucional, e 9º, inciso VII, da Lei 4.878/1965, indicados como vulnerados na peça inaugural. Com efeito, o autor não foi recomendado em avaliação psicológica, cuja aprovação em concurso público da espécie é exigência expressa de lei, pondo em evidência os elementos constantes nos autos que sua inabilitação decorreu da inadequação identificada nos testes de Me-

mória Visual, de Eliminação Significativa e de Atenção Difusa, conforme explicitado em parecer psicológico de não recomendação dado ao conhecimento do autor (fls. 180-183), que recebeu ainda laudo-síntese (fls. 175-178) e apresentou recurso contra o resultado (fls. 189-192), analisado por banca examinadora independente da equipe responsável pelo teste, como posto no item 5.7 do edital de convocação para este (fls. 148), e ao final indeferido, com base nas razões enunciadas (fls. 194). Por outro lado, ouvida em juízo nos autos da ação onde proferido o julgado rescindendo, a psicóloga contratada como assistente técnica do candidato deixou claro

[...] que teve acesso aos resultados do exame; que o laudo-síntese não foi suficiente para ele ser aprovado; que basta o laudo-síntese para realizar o contra-argumento; que a banca de avaliação forneceu à depoente todos os documentos necessários para elaboração do recurso do autor; que através deste laudo teve oportunidade de discutir o perfil psicológico do candidato; que a Cesp selecionou à época testes que não iriam causar problemas à própria Cesp, uma vez que o Conselho Federal de Psicologia estava fazendo uma avaliação naquela época dos testes que seriam adequados e muitos foram reprovados; que os testes tinham sido aprovados pelo CFP; que naquele momento eram os melhores instrumentos que eles tinham à disposição; que o máximo que a depoente poderia fazer uma nova avaliação com novos testes; que os testes aplicados ao autor eram com questões muito objetivas e que não tinha muito espaço para contra argumentar. [...] na sessão de conhecimento dos testes a depoente foi atendida por um psicólogo, que não se negou a responder nenhuma pergunta que a depoente por ventura tivesse; que não se recorda especificamente de todos os detalhes do ocorrido naquela ocasião; mas se recorda de ter questionado o resultado final que mostra perfil estranho do autor mas não se recorda de ter pedido qualquer instrumento de avaliação que não tenha sido mostrado (fls. 371).

Não vejo como, pois, dentro desse contexto, em que o edital do certame atendeu exigência expressa de lei e explicitou o objeto da avaliação psicológica no item 6.3 — esclarecendo que visaria ela *“analisar a adequação do candidato ao perfil profissiográfico do cargo, identificando a capacidade de concentração e atenção, raciocínio, controle emocional, capacidade de memória e características de personalidade prejudiciais e restritivas ao cargo”* (fls. 85) —, e em que o autor teve conhecimento das razões de não recomendação, e oportunidade de apresentar recurso a ser examinado, como o foi, por banca examinadora independente da equipe que realizou o teste, se possa identificar ofensa ao contraditório, ampla defesa ou caráter subjetivo

e sigiloso da avaliação, nem por isso mesmo, repita-se, ofensa a preceito legal ou constitucional. Ofensa à Constituição Federal, especificamente aos incisos I e II do art. 37, decorre, com todo respeito, dos votos de procedência da ação rescisória, determinando nomeação e posse de candidato que não obteve aprovação em exame psicotécnico, exigido por lei, e que não pode simplesmente ser dispensado por decisão judicial, a pretexto de ocorrência de ilegalidade na exigência de adequação a perfil de profissão, que é, aliás, a razão mesma de ser da exigência legal.

Com tais considerações, e incorporando ainda a meu voto os fundamentos do douto parecer do Ministério Público Federal, às fls. 591-597, julgo improcedente a ação rescisória, com a condenação do autor no pagamento das custas processuais e de verba advocatícia, que fixo em R\$ 300,00 (trezentos reais), suspensa, contudo, a exigibilidade da mesma, observados os termos da legislação de assistência judiciária, sob cuja égide litiga.

É como voto.

Terceira Seção

Numeração única: 0016022-75.2008.4.01.3400

Embargos de Declaração nos Embargos Infringentes 2008.34.00.016092-3/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
 Embargante: Agência Nacional do Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis – ANP
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Embargado: Município de Pojuca/BA
 Procurador: Dr. Ruben Antônio Machado Vieira Mariz
 Publicação: e-DJF1 de 30/09/2014, p. 182

Ementa

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão do julgado. Ocorrência. Compensação financeira pela exploração de gás natural. Royalties. Critério de distribuição. Unidade de processamento de gás natural – UPGN. Caracterização como instalação de embarque e desembarque. Pagamento retroativo. Embargos infringentes. Requisitos (CPC, art. 530). Ausência de divergência. Não conhecimento.

I. Deixando o acórdão embargado de se pronunciar acerca de matéria ventilada em sede recursal, como no caso, impõe-se o acolhimento dos embargos de declaração, veiculados com a finalidade de suprir-se a omissão apontada.

II. Nos termos do art. 530 do CPC, com a redação dada pela Lei 10.352/2001, “cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória”.

III. Na hipótese em comento, afiguram-se incabíveis os embargos infringentes interpostos, à míngua de divergência, no acórdão embargado, no tocante à matéria alusiva ao pagamento retroativo dos *royalties* reclamados nos autos, à míngua de preenchimento do requisito legalmente exigido para essa finalidade (CPC, art. 530).

IV. Embargos de declaração providos, para suprir a omissão apontada, restando conhecidos, apenas em parte, os embargos infringentes, sem modificação do resultado do julgamento.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, dar provimento aos embargos de declaração, para suprir a omissão apontada, restando conhecidos, apenas em parte, os embargos infringentes interpostos, sem modificação do resultado do julgamento.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 23/09/2014.

Desembargador Federal Souza Prudente, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de embargos de declaração opostos contra acórdão da colenda Terceira Seção deste Tribunal, assim ementado:

COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO GÁS NATURAL. ROYALTIES. CRITÉRIO DE DISTRIBUIÇÃO. UNIDADE DE PROCESSAMENTO DE GÁS NATURAL - UPGN. CARACTERIZAÇÃO COMO INSTALAÇÃO DE EMBARQUE E DESEMBARQUE.

I – A orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “o direito a recebimento de royalties por parte de Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural” (art. 27, III da Lei 2.004/53, na redação dada pela Lei 7.990/89), está vinculado à atividade de exploração do petróleo ou do gás natural, razão pela qual as ‘instalações’ a que se refere a Lei são as inseridas na cadeia extrativa [...]” (REsp 1115194/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2011, DJe 13/06/2011), aí incluídas as Unidades de Processamento de Gás Natural – UPGN, que integram o ciclo de atividades relacionadas à exploração do gás natural.

II – Desprovemento dos embargos infringentes da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

Em suas razões recursais, sustenta a embargante, em resumo, que houve omissão no acórdão embargado, porquanto teria deixado de se pronunciar acerca de matéria veiculada em sede de embargos infringentes, especificamente, no que “*concerne à sua condenação ao pagamento de parcelas retroativas dos royalties a 5 anos, com correção monetária*”, destacando-se, que, em casos assim, a sua atuação restringe-se à realização dos cálculos para a distribuição dos *royalties*, cujas verbas são decorrentes de pagamento pelas empresas concessionárias, não constituindo verba pública. Requer, assim, o provimento dos embargos de declaração, para suprir-se a omissão apontada (fls. 1.030-1.035).

Regularmente intimado, o município embargante apresentou suas contrarrazões (fls. 1.042-1.054).

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Compulsando os presentes autos, verifica-se que,

efetivamente, houve a omissão apontada pela recorrente, tendo em vista que, a despeito de ter sido ventilada, em sede de embargos infringentes, a discussão acerca da suposta ilegitimidade da *condenação da embargante ao pagamento de parcelas retroativas dos royalties*, ao argumento de que, em casos assim, a sua atuação restringir-se-ia à realização dos cálculos para a distribuição de tais *royalties*, no que se incompatibilizaria com a sistemática do art. 100 da Constituição Federal, mormente por não se tratar de verba pública, mas sim de pagamento realizado pelas empresas concessionárias, o acórdão embargado não abordou essa matéria, impondo-se, assim, o pronunciamento judicial do órgão julgador, acerca desse tema.

A todo modo, a matéria em referência não merece ser conhecida, em sede de embargos infringentes, tendo em vista que a discussão em torno desse tema não foi objeto da divergência ocorrida no julgado embargado.

Com efeito, segundo se extrai do acórdão em que restou examinado o recurso de apelação interposto nestes autos (fls. 770-780), a turma julgadora, por maioria, deu-lhe provimento, nos termos do voto vencedor, da lavra do Juiz Federal convocado Rodrigo Navarro de Oliveira, vencido o relator, que mantinha a sentença monocrática, em que se julgou improcedente a demanda, restando o aresto assim ementado:

ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO DE ROYALTIES. MUNICÍPIOS. UNIDADE DE PROCESSAMENTO DE GÁS NATURAL. LEI 7.990/89. DECRETO 1/1991. PROCEDÊNCIA.

1. Nos termos de precedente do Superior Tribunal de Justiça a Unidade de Processamento de Gás Natural, conhecida como UPGN, é considerada, para todos os efeitos do parágrafo único do artigo 19 do Decreto nº 1/1991, uma estação terrestre coletora de campos produtores e de transferência de gás natural.

2. Desse modo, os Municípios que detém, em seu território, esse tipo de equipamento, caso do município apelante, farão jus aos royalties, nos termos da legislação de regência.

3. Sentença reformada para declarar o direito do ente municipal a receber os royalties previstos no artigo 27 inciso III, da Lei 7.990, de 28.12.1989, a partir do período de cinco anos que antecede o ajuizamento da ação.

Moreira.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Néviton Guedes, Jirair Aram Meguerian, Daniel Paes Ribeiro e João Batista

4. Honorários advocatícios arbitrados no percentual de 1% (um por cento) do valor da condenação.

5. Recurso de apelação provido.

Naquela ocasião, reconheceu-se o

[...] *direito do ente municipal de receber royalties previstos no artigo 27, inciso III, da Lei 7.990, de 28/12/1989, e para condenar a ANP a pagar as parcelas vencidas e devidas a partir do período de cinco anos que antecede o ajuizamento da ação, corrigidas monetariamente de acordo com a aplicação dos índices de atualização previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal até a data da citação [...], [esclarecendo-se que,] [...] entre a data da citação e 29/06/2009 devem ser calculados juros moratórios equivalentes à SELIC sem aplicação cumulativa de outro índice de atualização monetária. A partir de 30/06/2009 deve ser aplicado o preceito do art. 1º F da Lei 9.494 com redação dada pela Lei 11.960/2009 [...].*

Contra o aludido acórdão, foram opostos embargos de declaração, por ambas as partes, tendo a turma julgadora, *por unanimidade*, negado provimento aos embargos da ANP e dado parcial provimento daqueles manejados pelo município suplicante, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO DO JULGADO. OBSCURIDADE SANADA. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.

1. Não se reconhece a omissão do julgado quanto à condenação da ANP vez que o acórdão embargado impôs obrigação de fazer, para que seja considerada a UPGN localizada na área do Município para efeito de repartição dos royalties, e condenação para pagamento de eventuais diferenças pretéritas devidas no período não alcançado pela prescrição.

2. A contradição que enseja oposição de embargos de declaração é a divergência interna entre os fundamentos e o dispositivo do acórdão, e não está configurada no caso.

3. O artigo 6º da Lei 9.478/97 define gás natural como hidrocarboneto que permaneça em estado gasoso nas condições atmosféricas normais, extraído diretamente a partir de reservatórios petrolíferos ou gaseíferos. Desse modo o julgado reconhece a existência na área do município de UPGN – que constitui instalação coletora e de

processamento de gás natural – seja de origem marítima ou terrestre. Não se reconhece a omissão do acórdão quanto a esse ponto, mas é esclarecida a questão suscitada pelo município embargante para sanar a obscuridade e afastar qualquer dúvida no cumprimento do julgado.

4. Dá-se parcial provimento aos embargos de declaração opostos pelo Município de Pojuca e nega-se provimento aos embargos de declaração opostos pela ANP”.

Conforme se verifica, a controvérsia em torno da condenação da ANP ao pagamento retroativo de *royalties* somente se instaurou em sede de embargos de declaração, não tendo sido objeto da divergência inaugurada por ocasião do julgamento do recurso de apelação, que se limitou a obrigatoriedade, ou não, do pagamento de tais *royalties em relação às Unidades de Processamento de Gás Natural – UPGN*.

Resolvida a questão, ainda que por maioria, quanto ao cabimento ou não do pagamento de *royalties*, decidiu a turma julgadora, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, *agora à unanimidade*, que o mesmo seria retroativo, inexistindo, quanto a esse tema, qualquer divergência no acórdão embargado, a desautorizar o manejo de embargos infringentes, à míngua do preenchimento dos requisitos do art. 530 do CPC, com a redação dada pela Lei 10.352/2001, na dicção de que

[...] *cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória [...].*

Com estas considerações, *dou provimento* aos embargos de declaração, para suprir a omissão apontada, e, reexaminando os embargos infringentes opostos pela ANP, deles não conheço, no que pertine à discussão acerca do pagamento retroativo dos *royalties*, por não se caracterizar, quanto a esse tema, a hipótese prevista no art. 530 do CPC, com a redação da Lei 10.352/2001.

Este é meu voto.

Quarta Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível 0023270-20.2002.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa
 Embargante: União Federal (Fazenda Nacional)
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Embargado: Branco Peres Citrus S/A
 Advogados: Dr. Domingos Novelli Vaz e outro
 Publicação: e-DJF1 de 10/09/2014, p. 14

Ementa

Tributário e Processual Civil. Embargos infringentes. Execução contra a Fazenda Pública. Crédito-prêmio do IPI. Preliminar de não cabimento dos embargos. Rejeição. Liquidação por artigos. Necessidade. Jurisprudência consolidada do STJ. Documentos novos que não foram objeto de análise judicial. Garantia da plena regularidade processual. Embargos infringentes providos. Acórdão reformado.

I. Preliminar de não cabimento dos embargos infringentes rejeitada, considerando que a União (FN) ficou vencida em sua pretensão de observância do procedimento de liquidação por artigos e que a sentença não extinguiu o feito, mas julgou procedente o pedido nele deduzido, anulando a execução, em provimento que examinou o mérito da controvérsia objeto da ação de conhecimento de embargos à execução.

II. Está consolidado no STJ (REsp 959.338/SP, art. 543-C do CPC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho) o entendimento de que, cuidando-se de ressarcimento de crédito-prêmio do IPI, a liquidação da sentença será feita por artigos, oportunizando-se a apresentação de novos documentos pela parte exequente, imprescindíveis à comprovação da ocorrência das operações de exportação e da entrada de divisas no país.

III. A jurisprudência daquela Corte Superior também já se firmou no sentido da possibilidade de reforma de sentença proferida em execução, a fim de determinar que seja observada a liquidação por artigos, inclusive de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública (AgRg 1.017.014/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima).

IV. Hipótese em que os documentos sequer chegaram a ser examinados pelo juízo de primeiro grau e tampouco por este Tribunal, razão pela qual inapropriada a solução constante do julgado recorrido no sentido de preservar a liquidação por cálculo aritmético.

V. A observância do correto rito de liquidação visa a assegurar, mais que a regularidade processual, a cognição plena das novas questões e o amplo direito de defesa das partes.

VI. Embargos infringentes providos. Acórdão reformado.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 27/08/2014.

Desembargador Federal *Marcos Augusto de Sousa*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
 — A União (FN) moveu a Branco Peres Citrus S/A Embargos à Execução por Título Judicial que lhe foi proposta para cobrança de valores devidos a título de crédito-prêmio de IPI, alegando, principalmente, inexistência do valor exequendo, decorrente da falta

de documentos essenciais para apuração do *quantum debeatur* e necessidade de liquidação por artigos.

Intimada a embargada, oferecida impugnação e julgado procedente o pedido da embargante, decretada a nulidade da execução, a pretensão da exequente foi reexaminada, em grau de recurso, pela 7ª Turma Suplementar deste Tribunal, que, por maioria, reformou a decisão do juízo de origem, dando parcial

provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Federal Maria do Carmo Cardoso (fls. 341-359).

Pugnando pela prevalência do voto minoritário, proferido pelo então relator, Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa (convocado) (fls. 342-346), a União (FN), por meio de embargos infringentes, pretende modificação da decisão embargada, alegando ser indispensável, no caso, a observância do que dispõem os arts. 475-A c/c 475-E do Código de Processo Civil.

Sustenta a embargante, também, ser inaplicável à espécie o disposto no art. 250 do CPC porque

[...] há a necessidade de comprovação de fato novo a ensejar o aproveitamento do benefício (exportação), não havendo como simplesmente reaproveitar os atos já praticados como equivalentes a uma liquidação por artigos, em notório prejuízo para a parte executada [...] (fl. 412-v).

Em impugnação, o embargado suscita preliminar de não cabimento dos embargos infringentes, pugnando, no mérito, pela sua improcedência.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
— Em primeiro lugar, afasto a preliminar arguida pelo embargado, considerando que (a) a União (FN), ao contrário do que sustentado, ficou sim vencida em sua pretensão no sentido de que a liquidação na espécie se processe por artigos; e (b) a sentença de primeiro grau não extinguiu o feito, mas julgou procedente o pedido nele deduzido pela União, anulando a execução, em provimento que examinou o mérito da controvérsia objeto da ação de conhecimento de embargos à execução.

Passo ao exame do mérito.

Pretende a embargante que prevaleça o voto vencido constante do acórdão embargado, proferido no julgamento da Apelação Cível 2002.01.00.027267-5/DF pelo Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa (convocado), que negava provimento à apelação da embargada, interposta para modificação da sentença de fls. 180 -186, que acolheu os embargos para decretar a nulidade da execução contra a Fazenda Pública.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Novély Vilanova, Maria do Carmo Cardoso, José Amílcar Machado e Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado).

As conclusões do acórdão referente à decisão embargada foram redigidas nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. EXECUÇÃO INICIADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 8.898/1994. APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS.

1. Nos termos do art. 250 do CPC, o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados. Descabida, portanto, a anulação de execução iniciada antes da vigência da Lei 8.898/1994, quando ausente o prejuízo para a defesa e possível o aproveitamento de atos processuais já praticados.

2. Apelação a que se dá parcial provimento. (fl. 359)

Em seu voto (vencido), o Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa (convocado) esclarece que o seu entendimento está em sintonia com a orientação jurisprudencial deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão:

Tenho que o apelo não merece prosperar.

Com efeito, consigna a sentença de fls. 180-186: 'Instada a se manifestar, a empresa exequente discordou dos cálculos taxando-os de 'imprestáveis', por terem excluído os meses de abril/81 e janeiro/82, e invocando a nova redação do art. 604, do CPC, apresentou a sua própria planilha com exportações não contempladas pela receita federal, fazendo prova através de diversas guias de exportação'. Portanto, a princípio, não haveria mera discussão de critério de cálculos, mas cálculos apurados com base em documentos novos, não constantes do processo de conhecimento, acostados em 2 (dois) volumes, conforme certidão de fls. 102.

Nesse contexto, em situações semelhantes, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a apuração deve ocorrer em liquidação por artigos:

[...]

Assim também esta Corte:

[...]

Enfim, não há como simplesmente reaproveitar os atos já praticados como equivalentes a uma liquidação por artigos, na esteira da orientação jurisprudencial acima, 'uma vez que a apuração do quantum debeatur a ser restituído depende de análise contábil para se verificar o valor efetivamente devido a título de crédito-prêmio de IPI, nos termos do título judicial exequendo, o que, por motivos óbvios, não pode ser efetivado com a simples memória de cálculos apresentada pela própria exequenda' (REsp 939712/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 03/09/2007, p. 151), não havendo perícia conclusiva acerca dos valores [...] (fls. 342/346). (Original destacado).

De fato, verifico que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no mesmo sentido em sede de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, conforme se vê do aresto seguinte:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL E DE HÉVIA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS AO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ERRO MATERIAL RECONHECIDO. EMENTA PUBLICADA QUE DIFERE DAQUELA CONSTANTE NO VOTO CONDUTOR DO ACÓRDÃO. PREVALÊNCIA DESTE ÚLTIMO. DEFERIMENTO DO DIREITO AO CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. POSSIBILIDADE DE JUNTADA DA DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DO QUANTUM DEBEATUR POR OCASIÃO DA LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA, QUE DEVERÁ SER FEITA POR ARTIGOS. INDISPENSABILIDADE DA COMPROVAÇÃO DA EFETIVA EXPORTAÇÃO (GUIA DE EXPORTAÇÃO, CONTRATO DE CÂMBIO E PROVA DA ENTRADA DE DIVISAS NO PAÍS). JUROS DE MORA DEVIDOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICAÇÃO, IN CASU, TÃO SOMENTE, DA TAXA SELIC. PRECEDENTES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NECESSIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES, NO PONTO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS EM 5% DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA QUE SE MOSTRARIA IRRISÓRIA, NO CASO. AÇÃO AJUIZADA EM 1984. VALOR DA CAUSA EM CRUZEIROS, QUE CORRESPONDERIA, HOJE, A POUCO MAIS DE R\$ 18.000,00 (DEZOITO MIL REAIS). DISCUSSÃO DE TEMAS COMPLEXOS. PROCESSO EM TRÂMITE POR 28 ANOS. VERBA HONORÁRIA FIXADA EM 5% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DA FAZENDA NACIONAL PARCIALMENTE ACOLHIDOS. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DE HÉVIA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS LTDA. PARCIALMENTE ACOLHIDOS, APENAS PARA ADEQUAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A ementa publicada não reflete, em sua integralidade, as discussões e conclusões da Seção, especialmente quanto ao tema referente à extensão do efeito devolutivo, que não foi tratado no julgamento. Verifica-se, igualmente, impropriedade no caput da ementa quando aponta que os honorários advocatícios foram fixados em 10% sobre o valor da condenação, quando em verdade, restabeleceu-se a sentença de primeiro grau, no ponto em que determinou honorários de 5% sobre o valor atualizado da causa, conforme dito no voto condutor do acórdão; assim, a ementa correta do julgado possui o seguinte teor:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DIREITO A APROVEITAMENTO DE CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI SUSPENSO ILEGALMENTE COM PEDIDO DE RESSARCIMENTO (ART. 1º DO DL 491/69). SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO PARA DECLARAR A EXISTÊNCIA DO DIREITO

DA AUTORA DE USUFRUIR DO DENOMINADO CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI NO PERÍODO DE 07.12.79 A 31.03.81, BEM COMO CONDENOU A FAZENDA NACIONAL AO RESSARCIMENTO DO BENEFÍCIO COM CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. COMPROVAÇÃO DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM E DO INTERESSE. POSSIBILIDADE DE JUNTADA DO RESTANTE DA DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DO QUANTUM DEBEATUR POR OCASIÃO DA LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA, QUE DEVERÁ SER FEITA POR ARTIGOS, NOS TERMOS DA PACÍFICA ORIENTAÇÃO DESTA CORTE. JUROS DE MORA DEVIDOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICAÇÃO, IN CASU, TÃO SOMENTE, DA TAXA SELIC. PRECEDENTES. SUCUMBÊNCIA TOTAL DA FAZENDA NACIONAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 5% DO VALOR DA CAUSA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUJEITO AO REGIME DO ART. 543-C E DA RES. 08/STJ.

1. Afasta-se a aventada ofensa ao art. 535, II e III do CPC, pois, da simples leitura do acórdão recorrido, complementado por aquele proferido em Embargos de Declaração, resai que todas as questões suscitadas pela ora recorrente foram devidamente analisadas, apenas que de forma contrária ao seu interesse, o que, como tem reiteradamente afirmado esta Corte, não autoriza a interposição do Recurso Especial pelo malferimento da referida legislação processual.

2. Verifica-se dos autos que a recorrente, empresa exportadora de produtos manufaturados, propôs ação declaratória c/c com pedido condenatório, objetivando a declaração de seu direito ao incentivo fiscal previsto no art. 1º do Decreto-Lei 491/69 e o ressarcimento de créditos-prêmio de IPI indevidamente suprimidos pela Portaria 960 do Ministério da Fazenda, com os consectários legais, inclusive juros de mora de 1% ao mês a partir do dia seguinte de cada exportação, sobre o montante daquelas realizadas entre 07.12.1979 a 31.03.1981.

3. É dispensável a exibição de toda a documentação alusiva às operações de exportação realizadas no período cujo ressarcimento é pleiteado com a inicial da ação, pois essa prova não diz propriamente com o direito da parte, que, nesse momento, deve comprovar a sua legitimidade ad causam e o seu interesse.

4. A jurisprudência desta Corte Superior já se manifestou pela possibilidade de juntada da prova demonstrativa do quantum debeatur em liquidação de sentença: REsp. 685.170/DF, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 10.08.2006; REsp. 894.858/DF, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 01.09.2008; REsp. 980.831/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 29/06/2009; AgRg no REsp. 1.067.126/DF, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 07.06.2010; REsp. 1.185.202/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 13.09.2011; REsp. 1.111.003/PR, Rel. Min. HUMBERTO

MARTINS, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, DJe 25.05.2009.

5. *Na oportunidade da liquidação da sentença, que DEVERÁ SER FEITA POR ARTIGOS, segundo remansosa jurisprudência desta Corte, POR SE TRATAR DE RECONHECIMENTO DE CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI, a parte deverá apresentar toda a documentação suficiente à comprovação da efetiva operação de exportação, bem como do ingresso de divisas no País, sem o que não se habilita à fruição do benefício, mesmo estando reconhecido na sentença.*

6. Os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva e, a partir de 01.01.96, início da vigência da Lei 9.250/95, aplica-se somente a taxa SELIC, que compreende correção monetária e juros de mora; assim, para as demandas ainda em curso, aplica-se tão-somente a SELIC. Precedentes: EDcl no REsp. 465.097/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 08/09/2009; REsp. 931.741/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 18/04/2008.

7. Manutenção da sentença quanto aos honorários advocatícios.

8. *Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Res. 8/STJ.*

2. Quanto aos Embargos Declaratórios da Fazenda Pública, à exceção da contradição já apontada, não há no julgado qualquer obscuridade ou omissão a ser sanada. Restou claro, constando especificamente tanto da ementa quanto do voto, que a liquidação deverá ser feita por artigos e que somente deve incidir a taxa SELIC a título de juros de mora, uma vez que a demanda ainda não transitou em julgado; esse entendimento, como consignado no voto condutor do acórdão embargado, encontra ressonância na jurisprudência pacífica desta Corte.

3. Insurge-se a empresa HÉVIA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS LTDA. contra a determinação de apresentação de toda a documentação suficiente à comprovação da efetiva operação de exportação, inclusive do ingresso de divisas no País, porque a questão não teria sido objeto do recurso e ante a desnecessidade desses documentos. No ponto, vê-se de plano que não há omissão, obscuridade ou contradição, mas a tentativa de alterar o entendimento perfilhado pela colenda 1ª Seção.

4. Para o efeito de perceber qualquer benefício decorrente dos incentivos à exportação, esta deve estar exaustivamente comprovada. E a exportação só se consuma com o ingresso de divisas no País. As etapas iniciais (como a exportação física) podem até ser comprovadas com a GE, mas o processo ainda requer um contrato de câmbio e o crédito que comprove o ingresso de divisas no País; isso porque, o crédito-prêmio de IPI objetivou incentivar exatamente esse ingresso de divisas no País, sendo desprovida de sentido a concessão do benefício quando ausente esse pressuposto.

5. Ao fixar os honorários sobre o valor da causa, olvidou-se esta Seção que a ação foi proposta

em 1984, quando a moeda ainda era o cruzeiro. O valor da causa, na época de sua propositura (07.12.1984), de Cr\$ 3.900.000,00 foi atribuído sem compromisso com o conteúdo econômico da demanda, já que ilíquido o pedido; segundo atualização feita pela Caixa Econômica Federal, essa quantia corresponderia, hoje, a cerca de R\$ 18.851,63.

6. Considerando a complexidade da causa, o extremo zelo da atuação profissional e o tempo de duração da demanda (28 anos), sem que sequer tenha se iniciado a fase de liquidação da sentença, mostra-se mesmo irrisório o quantum arbitrado, que corresponderia a aproximadamente R\$ 900,00; todavia, não se pode acolher o pleito de majoração dessa verba para 10% sobre o valor da condenação, sob pena desta tornar-se, então, exorbitante.

7. Embargos Declaratórios de HÉVIA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS LTDA. parcialmente acolhidos, para, reconhecendo omissão na análise das circunstâncias fáticas necessárias ao arbitramento da verba sucumbencial, em prestar-lhes efeitos modificativos, fixando os honorários advocatícios em 5% sobre o valor da condenação; parcialmente acolhidos os Embargos da FAZENDA PÚBLICA, apenas e tão somente para sanar a contradição apontada" (EDcl no REsp 959.338/SP, STJ, Primeira Seção, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho). (Destaquei).

Portanto, está consolidado no âmbito do STJ o entendimento no sentido de que, cuidando-se de ressarcimento de crédito-prêmio do IPI, a liquidação da sentença será feita por artigos, oportunidade em que serão apresentados os documentos respectivos, imprescindíveis à comprovação da ocorrência das operações de exportação.

Nesse passo, é de se destacar que a jurisprudência daquela Corte Superior foi além, isto é, em julgados de ambas as turmas que compõem a sua Primeira Seção, decidiu pela possibilidade de reforma, inclusive de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, de sentença proferida no bojo de execução, a fim de determinar que seja observada a liquidação por artigos. Nessa linha, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SUSTENTAÇÃO ORAL. NÃO CABIMENTO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS. MATÉRIA PACIFICADA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA (REsp 959.338/SP). SENTENÇA. ANULAÇÃO DE OFÍCIO. CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Corte Especial já decidiu que, "nos termos do art. 159, caput, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ, não cabe sustentação oral no julgamento de agravo regimental" (EDcl no AgRg

no RE nos EDcl no AgRg nos EAg 1.121.374/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 01/02/13).

2. O Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, entendeu que, em se tratando de ressarcimento de crédito-prêmio de IPI, a liquidação da sentença se dará por artigos, oportunidade em que serão apresentados os documentos pertinentes, indispensáveis à comprovação de ocorrência das operações de exportação (REsp 959.338/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, DJe 08/03/12).

3. *Ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção já decidiram pela possibilidade de reforma de ofício da sentença, a fim de determinar que seja observada liquidação por artigos por ocasião da sentença que reconhecer direito ao crédito-prêmio de IPI, por se tratar de matéria de ordem pública.*

4. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp 1.017.014/DF, STJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima). (Destaquei).

Tendo em vista a sedimentada orientação jurisprudencial do STJ, e considerando algumas particularidades do caso concreto — que serão a seguir detalhadas —, entendo que a irrisignação apresentada pela União (FN) via dos presentes embargos infringentes merece acolhimento.

Com efeito, consta do voto-vista vencedor do julgamento da apelação, proferido pela eminente Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, argumentação no sentido seguinte:

Reputo descabida, no entanto, a decretação de nulidade da execução, diante das peculiaridades existentes na espécie, principalmente o fato de que a execução foi iniciada em momento anterior à vigência da Lei 8.898/1994, e a sentença foi proferida antes de apreciado o pedido formulado pela Fazenda Nacional à fl. 497 dos autos em apenso — de prorrogação do prazo para que pudesse se manifestar sobre os documentos ora em discussão nestes embargos.

Assim, considerada a possibilidade de aproveitamento dos atos processuais prevista no art. 250 do CPC, e uma vez ausente prejuízo para a executada — que terá assegurado seu direito de exercer o contraditório —, a decretação de nulidade deve se limitar aos atos processuais praticados a partir do despacho de fl. 555, que, antes de examinar o pedido da União, determinou sua citação, nos termos do art. 730 do CPC [...] (fl. 357).

De outra parte, sustentou sua excelência, no voto que desacolheu os embargos de declaração opostos pela União (FN) contra a deliberação anterior, o seguinte:

Fazer reiniciar, formalmente, a execução, sob o título de liquidação por artigos, após 20 anos do seu início, apenas retardaria em outros tantos infindáveis anos o desfecho da ação, e seria inócuo. A apresentação de documentos novos, e sua exposição ao contraditório, finalidades precípua da execução por artigos — CPC, art. 475-E — já está superada, porque, na prática, já foi acolhida pelo acórdão, que, repita-se, decretou a nulidade parcial da execução para que a Fazenda Nacional se manifeste sobre os documentos juntados aos autos e, assim, possa, enfim, ser aferido o quantum debeat.

Basta agora, a par da exposição da referida documentação ao contraditório, que sejam observados os critérios e os índices já determinados nas diversas decisões constantes destes autos e do processo originário para se liquidar a sentença e executar o julgado, em prestígio da celeridade e da economia processuais [...] (fl. 402).

Nesse último voto, foi citado, por sua excelência, precedente da Oitava Turma deste TRF da 1ª Região, também em embargos de declaração, que contém entendimento na linha que se segue:

Execução que tramita há mais de 16 anos, sob o rito dos arts. 604 e 730 do CPC, na qual já foram juntados documentos novos, submetidos ao contraditório, não deve ser transmutada em execução por artigos – CPC, art. 475-E. Tal procedimento retardaria ainda mais o desfecho da ação, e seria inócuo, porque os documentos novos já foram objeto de exame pela sentença e pelo acórdão. Prestígio ao princípio da celeridade e economia processuais [...] (fls. 402-403).

Com a devida vênia à ilustre desembargadora, verifico, em primeiro lugar, que a controvérsia solucionada pelo julgado acima mencionado difere da que agora se examina. É que naquele caso os documentos novos juntados pela parte exequente já tinham sido objeto de análise tanto pelo juízo de origem como pelo próprio Tribunal, tanto que se salientou que, para a liquidação da sentença, bastaria a observância dos critérios e índices já estabelecidos em diversas decisões constantes dos autos.

Na hipótese em tela, distintamente, os documentos sequer chegaram a ser examinados pelo juízo de primeiro grau, o qual declarou a nulidade da execução, e tampouco por esta Corte.

Visto isso, tem-se que não se pode considerar, como no julgado aludido da Oitava Turma, que, diante do longo tempo de tramitação da execução, a determinação da observância da liquidação por artigos seja providência inócua na espécie, notadamente porque, como visto, inexistia ainda sequer uma

deliberação judicial sobre os documentos novos juntados, com o fito de liquidação.

Ainda sobre o tempo de tramitação da execução, cabe frisar que, na apelação, o voto-vista vencedor, considerando que, de fato, houve violação ao amplo direito de defesa da parte executada, deu parcial provimento à irresignação da União (FN) e determinou a anulação dos atos processuais a partir do despacho de citação do ente federal, proferido nos termos do art. 730 do CPC e datado de maio de 1995, o que significa dizer que, a prevalecer a solução que foi dada, apenas os atos processuais efetuados num período de cerca de três anos é que seriam aproveitados, já que o despacho que abre vista para a promoção da execução pela exequente data de janeiro de 1992.

De se salientar, também, que, nesse íterim, não foram praticados atos decisórios, mas apenas atos instrutórios, os quais, registre-se, podem e devem ser aproveitados, a despeito da declaração de nulidade da execução.

Em verdade, a determinação da observância do apropriado rito da liquidação visa, em última análise, a assegurar a plena regularidade processual, prevenindo qualquer alegação de nulidade no futuro, e mais: garante a ambas as partes o irrestrito respeito ao devido processo legal.

Registre-se que, na linha da jurisprudência do STJ (REsp 959.338/SP), necessário se faz alegar e provar não apenas a consumação da exportação, mas o efetivo ingresso de divisas no país, o que, não tendo sido debatido e provado na fase de conhecimento, deverá sê-lo na fase de liquidação.

Em relação à União (FN) tal determinação ganha especial relevo porque, tendo a parte exequente de, no procedimento de liquidação por artigos, mais do que apenas juntar documentos, apresentar petição inicial com exposição dos fatos novos que pretende comprovar com a prova documental, permite-se ao ente federal que, mais do que simples manifestação sobre os documentos, defenda-se desses mesmos fatos, em cognição plena e mais consentânea com o amplo direito de defesa.

Mas, também no que se refere à parte credora, não resta dúvida de que a mais ampla cognição milita a favor de seu justificável interesse no efetivo recebimento da quantia que lhe toca, na medida em que sempre existe a possibilidade de, na via mais estreita dos embargos à execução, o Juízo, após análise da documentação acostada, considerar como não provados os fatos geradores do crédito que lhe foi reconhecido no processo de conhecimento, hipótese

em que a parte exequente terá a sua atuação adstrita aos termos da sentença respectiva.

No tocante aos honorários advocatícios, conquanto se tenha, durante os debates, equivocadamente, entendido que o voto vencido continha erro material nessa parte, uma verificação mais detida permite concluir o contrário. O voto vencido efetivamente enfrentou a questão relativa aos ônus de sucumbência, tendo, contudo, afastado a arguição constante do apelo, daí porque negou provimento à apelação, mantendo íntegra a sentença recorrida.

Ante o exposto, *dou provimento* aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido do Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa (convocado), que negou provimento à apelação da embargada.

É o voto.

Voto-Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— No Superior Tribunal de Justiça, em recurso repetitivo o voto não vai às esferas necessárias para se trazer como se fosse um recurso repetitivo, que se tratou de IPI, exclui do Código de Processo Civil e todo ele será assim. No voto que dei, inclusive, sua excelência, a senhora advogada da tribuna, disse que deixei de considerar ou não deixei de analisar o que digo no meu voto e vou me permitir lê-lo aqui, na íntegra, da seguinte forma: “Discute-se, nos autos, no essencial, o procedimento [...] [lê] [...] para exame dos cálculos apresentados.” Em nenhum momento, a Fazenda Nacional impugnou a forma utilizada para liquidação da sentença. “Remetidos novamente os autos [...] [lê] [...] a decretação da nulidade da execução.” Faço umas aspas aqui. Apesar de sua excelência, o relator, ter mencionado que somente poucos três anos tiveram despachos não decisórios, entendo que esses três anos, um conjunto de anos que já se passaram, são relevantes, por isso que digo no meu voto: “Principalmente o fato de que a execução [...] [lê] [...] determinou sua citação, nos termos do art. 730.” Assim, excelência, com todas as vênias do relator, com todas as vênias dos nobres julgadores do Superior Tribunal de Justiça, que entendo que não se declinaram em situação como esta, o que não poderia ser levado a título de recurso repetitivo, uma matéria em que há de ser enfrentada questão de fato, não poderia ter sido considerada como uma mera tese, como bem disse o Des. José Amilcar: Tira do Código de Processo Civil tudo que se refere à execução de crédito-prêmio do IPI, por conta de um repetitivo que joga numa ilação

genérica que todos os casos devem ser levados. Já julgamos nesta Seção um caso em que toda a execução tinha sido por artigo, toda, e o juiz anulou a execução dizendo que não, que não precisava ser por artigo. Então, há casos e casos. É impossível analisar se não houver os fatos. Com isso, com todo respeito que tenho a sua excelência, também aqui destaco no voto que havia a condenação de honorários, reduzi para 5% sobre o valor atribuído à causa, em obediência ao art. 20, § 4º, do CPC. Não sei se vossa excelência faz alguma ressalva com relação a honorários, se mantém ou se analisa honorários. Assim, mantenho meu voto e nego provimento aos embargos infringentes da Fazenda Nacional.

Voto-Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova: — Este caso se reveste de peculiaridades e não pode ser adotada a orientação do STJ por essa razão. Nos outros casos, tudo bem, mas neste caso não é possível em razão do tempo decorrido, dos atos processuais já praticados. Então, acompanho a divergência.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Senhora presidente, esta matéria efetivamente tem comportado decisões divergentes tanto nas Turmas permanentes, 7ª e 8ª, quanto nas turmas suplementares deste Tribunal. Efetivamente, após o pronunciamento

do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo, na sistemática do art. 543-C do CPC, a 7ª Turma tem aplicado a orientação da instância superior, inclusive anulando de ofício a execução, quando o caso, quando se trata de documentos novos, como é o caso dos autos. Quando a documentação já existe no processo de conhecimento, a solução é diversa, pois não há fatos novos. Recentemente tivemos a oportunidade, em julgamento conduzido pelo Des. Amílcar Machado, salvo engano, de reconhecer ali a inoportunidade de nova discussão em liquidação por artigos, em razão dos institutos processuais da preclusão, coisa julgada etc. Este caso é muito semelhante a um outro caso em que fiquei vencido na 5ª Turma Suplementar, tal como o Juiz Lino Osvaldo (voto vencido na apelação, ora em embargos infringentes), porque existe fato novo, que está sendo provado com novos documentos. Portanto, é exatamente a hipótese de liquidação por artigos, espécie de liquidação que já existia antes mesmo da lei nova. Recorde-se que desde o início do Código de 1973, três eram hipóteses de liquidação: arbitramento, artigos e cálculo, e a lei nova apenas retirou a liquidação por cálculo e colocou essa discussão para a via dos embargos à execução. Invoco, pois, os argumentos que usei na AC 1998.34.00.000482-0/DF, da relatoria do Juiz Federal convocado Grigório Carlos dos Santos. Meu voto vencido foi na mesma linha do voto vencido do Juiz Lino Osvaldo e hoje voto vencedor do Des. Marcos Augusto de Sousa. Portanto, pedindo a mais respeitosa vênua à divergência, acompanho o eminente relator.

Quarta Seção

Ação Rescisória 0036996-46.2011.4.01.0000/BA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
Autor: Intermarítima Terminais Ltda.
Advogados: Dr. Roberto Barriue e outros
Ré: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Publicação: e-DJF1 de 30/09/2014, p. 185

Acórdão

Processual Civil e Administrativo. Ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC – preliminar de inépcia da inicial e aplicação da Súmula 343/STF afastadas – instrução normativa da Secretaria da Receita Federal (IN SRF 69/1999) que condiciona a retomada do despacho aduaneiro, após o transcurso do prazo de 90 dias, à prévia autorização da autoridade aduaneira. Fraude. Inexistência de violação ao art. 18 da Lei 9.779/1999. Matéria fática. Ação mandamental. Ônus da prova. Inversão. Descabimento.

I. Não é inepta a inicial se, da narração dos fatos, é possível depreender a conclusão apontada pela parte-autora.

II. Descabida a aplicação da Súmula 343/STF quando a decisão rescindenda não está baseada em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

III. Se, por um lado, o art. 18 da Lei 9.779/1999 autoriza o importador a dar início ao despacho aduaneiro, mesmo depois do transcurso do prazo de 90 dias estabelecido no art. 461 do Decreto 91.030/1995, desde que tal iniciativa ocorra antes da aplicação da pena de perdimento do bem, por outro lado, o mesmo art. 18 da Lei 9.779/1999 exige que, além do pagamento dos tributos incidentes sobre a importação e das eventuais despesas com o armazenamento da mercadoria, sejam também cumpridas as “formalidades exigidas”.

IV. Dado que o art. 20 da Lei 9.779/1999 permite que a Secretaria da Receita Federal expeça atos necessários à aplicação do disposto nos arts. 18 e 19 da mesma lei, é legítima a exigência, contida no § 2º do art. 2º da IN SRF 69/1999, de que o importador somente dê início ou retome o despacho aduaneiro, mediante prévia autorização “em despacho fundamentado da autoridade competente para aplicar a pena de perdimento”, autorização essa que, nos termos do § 3º do art. 2º da IN SRF 69/1999, não será concedida “se ficar constatado intuito doloso na inobservância do prazo” estabelecido em norma legal.

V. Estabelecido no acórdão rescindendo que “o requerimento para a autorização do início/retomada do despacho aduaneiro foi negado, ‘ante a caracterização do intuito doloso no descumprimento do prazo para registro da DI e da não comunicação, para poder fazer o registro sem a autorização necessária, além do uso indevido da máquina’”, a ação rescisória não se presta a reexaminar prova que deveria ter sido produzida pela parte interessada no acórdão rescindendo, tanto devido ao fato de que se tratava de um mandado de segurança, cuja prova é pré-constituída, quanto devido ao fato de que as decisões administrativas gozam de presunção de veracidade *juris tantum*.

VI. De mais a mais, “A ação rescisória não é a via processual idônea para a rediscussão de prova, sob a alegação de sua errônea valoração, nem se presta a corrigir eventual injustiça ou má interpretação dos fatos havidos na decisão rescindenda, por não ser sucedânea de recurso.” (AR 0063246-05.2000.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, rel. acór. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, Terceira Seção, DJ, p. 3, de 20/10/2004).

VII. Vê-se, assim, que, se algum *error in iudicando* pudesse ser imputado ao julgado rescindendo, tal erro seria de avaliação da prova. No entanto, essa não constitui uma das hipóteses que dá acesso à ação rescisória. Precedentes: AR 0004652-08.1994.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Olindo Menezes, Segunda Seção, DJ, p.198, de 06/04/1998; AGRAR 0106879-03.1999.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Mário César Ribeiro, Segunda Seção, DJ, p. 79, de 19/11/2001; AR 0010058-14.2011.4.01.0000/GO, rel. Des. Federal Kassio Marques, Primeira Seção, e-DJF1, p. 47, de 23/08/2013. EDcl no REsp 1431518/GO, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 15/08/2014; AgRg no AREsp 450.787/GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/05/2014, DJe 26/05/2014; AR 3.574/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 23/04/2014, DJe 09/05/2014.

VIII. Pedido rescisório julgado improcedente.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, julgar improcedente o pedido rescisório.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 27/08/2014.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator p/ acórdão.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— Esta ação rescisória foi proposta, com base no art. 485, V, do Código de Processo Civil, por Intermarítima Terminais Ltda., para rescindir o acórdão proferido pela Sétima Turma deste Tribunal, que, nos autos do Mandado de Segurança 2002.33.00.027594-2/BA, deu provimento à apelação da Fazenda Nacional e à

remessa oficial para denegar a segurança na ação que discute a validade da Instrução Normativa 69/1999 da Secretaria da Receita Federal, que teria criado condição não prevista nos arts. 18 a 20 da Lei 9.779/1999, no sentido de exigir prévia autorização da autoridade competente para dar início ao despacho aduaneiro.

Entendeu o acórdão rescindendo — por não se ter iniciado o *despacho* no prazo do art. 461 do Decreto

91.030/1985 — não ser mais possível o registro, e ser considerada abandonada a mercadoria (fl. 244).

Alega a autora que houve violação do artigo 18 da Lei 9.779/1999, a qual — ao contrário do consignado no acórdão rescindendo — autoriza o início do despacho aduaneiro mesmo após o vencimento do prazo previsto no inciso II do art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976, e impõe como condição, apenas, que não tenha sido aplicada a pena de perdimento da mercadoria.

Informa que deu início ao despacho aduaneiro com apenas seis dias úteis de atraso, com recolhimento dos tributos devidos (II e IPI) e antes da aplicação da pena de perdimento.

Requer, assim, a rescisão do julgado e novo julgamento da remessa oficial e do recurso de apelação da Fazenda Nacional, com a observância do disposto no art. 18 da Lei 9.779/1999, e que sejam considerados ilegais os §§ 2º e 3º do art. 2º da Instrução Normativa SRF 69/1999, por impor condição para o despacho aduaneiro não prevista no citado art. 18.

Concedi a antecipação dos efeitos da tutela para determinar que seja sobrestada a execução referente ao processo originário, até o julgamento final deste feito ou nova decisão, e que fossem deslacradas as mercadorias, conforme consta no Termo Lacração 4/2011 (fls. 301-303).

A Fazenda Nacional interpôs agravo regimental (fls. 310-317).

Em contestação (fls. 318-326), alega, preliminarmente, que a petição inicial não está acompanhada dos documentos essenciais à propositura da ação, como a procuração com poderes específicos para a ação rescisória, a cópia da petição inicial da ação rescindenda e a cópia das certidões de intimação da sentença rescindenda. Entende, ainda, ser inepta a petição inicial, pois os argumentos foram levantados pelo autor de forma confusa, sem a presença de conexão lógica entre os fundamentos e o pedido.

Considera ser aplicável ao caso a Súmula 343 do STF.

No mérito, defende a manutenção da decisão rescindenda.

Réplica às fls. 341-350.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela improcedência da ação rescisória (fls. 377-383).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— O trânsito em julgado do acórdão rescindendo ocorreu em 15/07/2009 (conforme certidão de publicação do acórdão rescindendo – fl. 248 e a certidão de trânsito em julgado do *decisum* – fls. 249). Tempestiva, portanto, a presente ação rescisória ajuizada em 28/06/2011.

Não merecem prosperar as preliminares suscitadas pela Fazenda Nacional por não guardarem pertinência com o presente caso. A autora juntou aos autos procuração com poderes específicos para a propositura de ação rescisória (fls. 20 e 26), e cópias da petição inicial da ação originária (fls. 39-52) e da certidão de publicação do acórdão rescindendo (fl. 248).

Não há de se falar, também, em inépcia da inicial, pois a narração dos fatos ocorreu em sequência lógica até a conclusão, e não ficou configurada, no presente caso, nenhuma das hipóteses previstas no parágrafo único do art. 295 do Código de Processo Civil.

Afasto, por fim, a aplicação da Súmula 343/STF, uma vez que a decisão rescindenda não está baseada em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Das partes e de seus patronos deve-se esperar a boa-fé processual de modo a não se utilizarem, de forma inconsequente, de expedientes que venham a procrastinar a entrega da prestação jurisdicional eternizando a angústia dos envolvidos no litígio.

Esse entendimento, longe de restringir a função jurisdicional, serve para democratizá-lo, por manter des congestionadas suas vias de acesso.

No caso, a autora defende que houve violação do art. 18 da Lei 9.779/1999, pois, embora esse dispositivo autorize ao importador dar início ao despacho aduaneiro depois do prazo — impondo como condição apenas que a pena de perdimento não tenha ainda sido aplicada —, o acórdão rescindendo tem como fundamento para denegar a segurança que o *impetrante inviabilizou o registro da Declaração de Importação, pois deixou transcorrer o prazo para dar início ao despacho aduaneiro* (fls. 244).

Ora, de fato, dizer que a autora não poderia mais, após o transcurso do prazo, dar início ao despacho é

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Reynaldo Fonseca, Novély Vilanova, Marcos Augusto de Sousa e José Amílcar Machado.

desconsiderar todo o art. 18 da Lei 9.779/1999, que assim dispõe:

Art. 18. O importador, antes de aplicada a pena de perdimento da mercadoria na hipótese a que se refere o inciso II do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, poderá iniciar o respectivo despacho aduaneiro, mediante o cumprimento das formalidades exigidas e o pagamento dos tributos incidentes na importação, acrescidos dos juros e da multa de que trata o art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e das despesas decorrentes da permanência da mercadoria em recinto alfandegado.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, considera-se ocorrido o fato gerador, e devidos os tributos incidentes na importação, na data do vencimento do prazo de permanência da mercadoria no recinto alfandegado. (Vide Lei nº 10.833, de 2003)

Por tal razão, considero cabível a presente ação rescisória, motivo pelo qual desconstituo o acórdão proferido na Apelação Cível 2002.33.00.027594-2/BA, e passo a analisar a apelação da Fazenda Nacional (fls. 213-221) e a remessa oficial.

A mercadoria importada chegou ao país no dia 14/01/2002 e foi armazenada nas instalações da autora, por ter condição de depositária. Em razão de ter sido necessária vistoria no produto, para constatação de avaria sofrida durante o transporte marítimo, o prazo para registro da declaração de importação no Siscomex — que é de 90 dias — iniciou-se em 22/04/2002. O registro, porém, ocorreu apenas em 30/07/2002, fora do prazo, portanto.

Em consequência, a autoridade coatora indeferiu o pedido de despacho aduaneiro por entender não preenchidos os requisitos da IN SRF 69/1999 — pois o registro se deu sem a autorização necessária da autoridade responsável pela aplicação da pena de perdimento —, bem como por considerar caracterizado o intuito doloso no descumprimento do prazo para registro da DI, em razão do uso indevido da mercadoria antes de concluído o despacho aduaneiro.

A sentença concedeu em parte a segurança para determinar que a autoridade coatora desse início ao despacho aduaneiro, independentemente da existência da autorização prévia exigida na IN SRF 69/1999, pois entendeu que a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal não poderia criar restrições ao direito concedido pelo art. 18 da Lei 9.779/1999.

A Fazenda Nacional apelou ao argumento de que o art. 20 da Lei 9.779/1999 permite que se criem novas condições para aplicação do disposto nos arts. 18 e

19 da mesma lei. Informa que o instrumento utilizado para tal regulamentação foi a Instrução Normativa SRF 69/1999.

De fato, o art. 20 da Lei 9.779/1999 permite que a Secretaria da Receita Federal expeça atos necessários à aplicação do disposto nos arts. 18 e 19 da mesma lei, e, diante dessa autorização, foi expedida a Instrução Normativa SRF 69/1999, que assim dispõe:

Art. 2º O importador, antes de aplicada a pena de perdimento, poderá iniciar ou retomar o respectivo despacho aduaneiro, mediante o cumprimento das formalidades exigidas e o pagamento dos tributos incidentes na importação, acrescidos dos juros e da multa de mora, e das despesas decorrentes da permanência da mercadoria no recinto alfandegado.

[...]

§ 2º O procedimento de que trata este artigo será autorizado em despacho fundamentado da autoridade competente para aplicar a pena de perdimento.

§ 3º A autorização de que trata o parágrafo anterior não será efetivada se ficar constatado intuito doloso na inobservância do prazo.

No entanto, ao contrário do que afirma a Fazenda Nacional, não está demonstrado nos autos o intuito doloso da autora em não observar o prazo para apresentação da declaração de importação, bem como a intenção de abandonar a mercadoria.

Não obstante o descumprimento do prazo de noventa dias, não há relato nos autos de que a declaração feita com apenas seis dias de atraso tenha ocorrido por provocação da autoridade fiscal. Há, sim, demonstração de que a autora, por liberalidade, recolheu os impostos e procedeu ao registro da Declaração de Importação no Siscomex. A propósito, eis o relato do caso realizado pela autoridade fiscal no processo administrativo em que se analisou a impugnação da autora:

A interessada promoveu, perante o Porto de Salvador, o ingresso de mercadoria estrangeira, chegada ao país em 14/01/2002, amparada pelo conhecimento de Carga n. LEHSSA400.

A mercadoria foi armazenada nas instalações da própria importadora, cuja identidade confundeu-se com a identidade jurídica do depositário. Ou seja, o importador e o depositário, neste caso, são a mesma pessoa jurídica.

Em 06/02/2002, a interessada requereu à Alfândega do Porto de Salvador a realização de Vistoria Aduaneira, em razão de avaria supostamente sofrida pela carga durante o transporte marítimo.

A vistoria foi realizada, concluindo-se pela responsabilização do transportador pelas avarias ocorridas na carga, decorrendo disso, uma redução de 4,4% no valor da mercadoria importada. O transportador ficou obrigado a ressarcir à União Federal, a título de indenização, a diferença dos tributos que deixou de ser recolhida pelo importador em função da redução do valor da mercadoria.

O importador foi cientificado, em 22/04/2002, do Termo e Relatório de vistoria, emitido pela repartição fiscal.

Em 30/07/2002, a interessada registrou do Siscomex a Declaração de Importação n. 02/0677167-8, apresentando a documentação instrutiva do despacho somente em 26/08/2002, data em que a DI foi distribuída para a fiscalização aduaneira. (fl. 104).

É importante ressaltar ainda, que, entre a data de chegada da mercadoria ao Brasil (14/01/2002) e o registro da Declaração de Importação no Siscomex (30/07/2002), a autora não se manteve inerte, pois, por diversas vezes dirigiu-se ao Fisco para tratar de assuntos relacionados à mercadoria em questão, seja para protocolar pedido de vistoria da mercadoria, seja para atender aos pedidos do Fisco de apresentação de documentos. Bem demonstra a conduta não dolosa da ora autora o seguinte trecho, extraído relatório da vistoria:

Em 06 de fevereiro do corrente ano, o contribuinte em epígrafe protocolizou nesta Alfândega solicitação de vistoria aduaneira da empilhadeira STACKER TFC 45 AMPARADA PELO Conhecimento de Carga LEHSSA400, formalizada no processo n. 12689.000119/2002-40. No presente caso, a interessada figura como importadora e depositária da mercadoria conforme consignado no Sistema MANTRA.

Apresentou, ainda, cópias do referido B.L. da fatura comercial relativa à mercadoria importada, do termo de avaria lavrado pelo TECON, arrolando os danos que havia sofrido o equipamento, e do relatório de danos de carga firmado pelo responsável do grupo transportador eximindo-se de culpa pelo ocorrido. Cumpre informar que nenhum dos documentos citados é original.

Tendo em vista o grau de complexidade do maquinário, foi solicitado laudo técnico que identificasse com precisão as partes avariadas e a extensão dos danos causados.

Designou-se o perito Aristóteles Mário Souza Araújo para examinar o equipamento e especificar as avarias detectadas. Após o referido exame, o engenheiro elaborou o laudo técnico anexo ao mencionado processo.

Concomitantemente, o contribuinte foi intimado a apresentar os originais dos documentos anexos ao processo para fins de autenticação,

exigência que foi cumprida pelo contribuinte, à exceção do termo lavrado pelo representante do transportador no exterior, razão pela qual a peça foi desconsiderada por esta comissão.

Observando que o Termo de Avaria foi lavrado por um Terminal que não consta como depositário da carga, a presente comissão intimou o contribuinte a prestar esclarecimentos a respeito da irregularidade em questão. Vale salientar que a ciência do transportador não consta do aludido documento, tampouco sua ausência se encontra registrada.

A Intermarítima encaminhou uma carta de esclarecimentos justificando seu procedimento e juntando carta protesto enviada ao transportador com o recibo deste último. Argumentou que as duas peças pareceram-lhe suficientes como instrumentos tanto para comprovação dos danos como para satisfação das exigências legais.

Lançando mão do princípio da equidade elencado pelo CTN e considerando justa a alegação do contribuinte, esta comissão acatou a documentação apresentada como prova suficiente de que a mercadoria efetivamente desembarcou no Porto de Salvador avariada.

De posse do laudo técnico, dando prosseguimento às formalidades legais, a comissão endereçou carta convite à importadora/depositária da mercadoria e à representante da transportadora envolvida na operação, convocando-as para o ato de vistoria aduaneira com início marcado para as 14:00 horas do dia 08/04/2002 no endereço da depositária.

No dia e na hora previstos na convocatória, realizou-se a vistoria aduaneira com a presença desta comissão, do Sr. Gustavo Marinho de Carvalho, superintendente comercial da Intermarítima Terminais, na qualidade de representante da importadora e depositaria, Sr. Carlos José Alcântara, advogado da empresa importadora, Sr. Tony Bernedo, diretor, representando a Agência Marítima Brisamar. No curso da vistoria, a comissão constatou todas as avarias apontadas preliminarmente pelo Termo de Avaria e posteriormente detalhadas no Laudo Técnico emitido pelo engenheiro credenciado. (Fls. 80-81).

Assim, ainda que a declaração tenha sido realizada sem a autorização da autoridade competente para aplicar a pena de perdimento, nota-se que, na forma do § 3º do art. 2º da IN 69/1999, o pedido só poderia ser indeferido se constatado o intuito doloso na ausência de observância do prazo, o que, como já visto, não foi demonstrado pelo Fisco.

Por tal razão, não merece reforma a sentença de fls. 194-200.

Dispositivo

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para desconstituir o acórdão proferido no Mandado de Segurança 2002.33.00.027594-2/BA e julgo prejudicado o agravo regimental da Fazenda Nacional de fls. 310-317.

Em consequência, rejulgando a causa nego provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial.

Em relação à ação rescisória, condeno a União ao pagamento de honorários de advogado que fixo em R\$1.000,00 (mil reais), com base no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Determino a restituição do depósito à autora (art. 494, CPC).

É como voto.

Voto Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Senhora presidente, peço a mais respeitosa vênua a vossa excelência para divergir. A ação rescisória tem por fundamento violação ao art. 18 da Lei 9.779, ao argumento de que a 7ª Turma deste Tribunal teria considerado impossível o prosseguimento do despacho aduaneiro formulado a destempo. Tal assertiva daria ensejo a uma suposta violação à lei federal. *Data venia*, a 7ª Turma deste Tribunal, conduzida em voto da Juíza Federal convocada Gilda Sigmaringa Seixas, reafirmou textualmente os termos do art. 18 da Lei 9.779/1999, no sentido da possibilidade, em tese, da continuidade desse despacho aduaneiro, desde que não ocorrentes indícios de fraude. Todavia, na hipótese, o referido órgão fracionário constatou o intuito doloso na inobservância do prazo, inclusive pelo uso indevido da máquina.

Aliás, *in casu*, estamos diante de uma ação mandamental. A autoridade administrativa recusou o despacho aduaneiro por vislumbrar intuito doloso. A prova pré-constituída era, pois, da parte impetrante. Não se pode agora, em ação rescisória, inverter o ônus da prova e dizer que é da Fazenda Nacional. A ação originária era — repita-se — mandamental. Fora concedida a segurança. O parecer ministerial na 2ª instância foi pelo provimento do recurso. O julgamento da 7ª Turma deu provimento do recurso. O parecer ministerial na ação rescisória é pela improcedência do pedido.

Portanto, peço a mais respeitosa vênua a vossa excelência por não vislumbrar a alegada violação ao art. 485, V, do CPC e ao art. 18 da Lei 9.779/1999. De

qualquer forma, era dever da parte impetrante na ação mandamental, desconstituir aquilo que a Fazenda Nacional disse que teria havido: intuito doloso na inobservância do prazo. Fato!

Em suma: a) não é inepta a inicial se, da narração dos fatos, é possível depreender a conclusão apontada pela parte-autora; b) Descabida a aplicação da Súmula 343/STF quando a decisão rescindenda não está baseada em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais; c) Se, por um lado, o art. 18 da Lei 9.779/1999 autoriza o importador a dar início ao despacho aduaneiro, mesmo depois do transcurso do prazo de 90 dias estabelecido no art. 461 do Decreto 91.030/1995, desde que tal iniciativa ocorra antes da aplicação da pena de perdimento do bem, por outro lado, o mesmo art. 18 da Lei 9.779/1999 exige que, além do pagamento dos tributos incidentes sobre a importação e das eventuais despesas com o armazenamento da mercadoria, sejam também cumpridas as “formalidades exigidas”; d) Dado que o art. 20 da Lei 9.779/1999 permite que a Secretaria da Receita Federal expeça atos necessários à aplicação do disposto nos arts. 18 e 19 da mesma lei, é legítima a exigência, contida no § 2º do art. 2º da IN SRF 69/1999, de que o importador somente dê início ou retome o despacho aduaneiro, mediante prévia autorização “em despacho fundamentado da autoridade competente para aplicar a pena de perdimento”, autorização essa que, nos termos do § 3º do art. 2º da IN SRF 69/1999, não será concedida “se ficar constatado intuito doloso na inobservância do prazo” estabelecido em norma legal; e) Estabelecido no acórdão rescindendo que “o requerimento para a autorização do início/retomada do despacho aduaneiro foi negado, ‘ante a caracterização do intuito doloso no descumprimento do prazo para registro da DI e da não comunicação, para poder fazer o registro sem a autorização necessária, além do uso indevido da máquina’”, a ação rescisória não se presta a reexaminar prova que deveria ter sido produzida pela parte interessada no acórdão rescindendo, tanto devido ao fato de que se tratava de um mandado de segurança, cuja prova é pré-constituída, quanto devido ao fato de que as decisões administrativas gozam de presunção de veracidade *juris tantum*; f) De mais a mais, “A ação rescisória não é a via processual idônea para a rediscussão de prova, sob a alegação de sua errônea valoração, nem se presta a corrigir eventual injustiça ou má interpretação dos fatos havidos na decisão rescindenda, por não ser sucedânea de recurso.” (AR 0063246-05.2000.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, rel. acór. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, Terceira Seção, DJ,

p. 3, de 20/10/2004); g) Vê-se, assim, que, se algum *error in iudicando* pudesse ser imputado ao julgado rescindendo, tal erro seria de avaliação da prova. No entanto, essa não constitui uma das hipóteses que dá acesso à ação rescisória. Precedentes: AR 0004652-08.1994.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Olindo Menezes, Segunda Seção, DJ, p. 198, de 06/04/1998; AGRAR 0106879-03.1999.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Mário César Ribeiro, Segunda Seção, DJ, p. 79, de 19/11/2001; AR 0010058-14.2011.4.01.0000/GO, rel. Des. Federal Kassio Marques, Primeira Seção, e-DJF1, p. 47, de 23/08/2013. EDcl no REsp 1431518/GO, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 15/08/2014; AgRg no AREsp 450.787/GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/05/2014, DJe 26/05/2014; AR 3.574/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 23/04/2014, DJe 09/05/2014.

Senhora presidente, julgo improcedente a ação rescisória, dou provimento ao agravo regimental para cassar a tutela antecipada e fixo a verba honorária em R\$ 1.000,00 (mil reais) em favor da Fazenda Nacional.

É como voto.

Voto Divergente

O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova: — A sentença concedeu a segurança, autorizando o início do desembaraço aduaneiro “independentemente da existência da autorização prévia exigida na IN SRF 69/1999”. O acórdão rescindendo reformou o julgado entendendo ser legítima essa exigência:

Art. 2º O importador, antes de aplicada a pena de perdimento, poderá iniciar ou retomar o respectivo despacho aduaneiro, mediante o cumprimento das formalidades exigidas e o pagamento dos tributos incidentes na importação, acrescidos dos juros e da multa de mora, e das despesas decorrentes da permanência da mercadoria no recinto alfandegado.

[...]

§ 2º O procedimento de que trata este artigo será autorizado em despacho fundamentado da autoridade competente para aplicar a pena de perdimento.

§ 3º A autorização de que trata o parágrafo anterior não será efetivada se ficar constatado intuito doloso na inobservância do prazo.

Efetivamente, embora o art. 18 da Lei 9.779/1999 autorize o início do despacho aduaneiro antes de aplicada a pena de perdimento da mercadoria (mesmo após o decurso do prazo de 90 dias previsto no art. 23/II do Decreto-Lei 1.455/1976), o art. 20 dessa lei

estabelece que “a SRF expedirá os atos necessários à aplicação do disposto nos arts. 18 e 19”:

Art.18. O importador, antes de aplicada a pena de perdimento da mercadoria na hipótese a que se refere o inciso II do art. 23 do Decreto-Lei no 1.455, de 7 de abril de 1976, poderá iniciar o respectivo despacho aduaneiro, mediante o cumprimento das formalidades exigidas e o pagamento dos tributos incidentes na importação, acrescidos dos juros e da multa de que trata o art. art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e das despesas decorrentes da permanência da mercadoria em recinto alfandegado.

Diante disso, é legítima a exigência de autorização para início/retomada do despacho aduaneiro, prevista na Instrução Normativa SRF 69/1999, não tendo, assim, o acórdão rescindendo incorrido em violação de “literal disposição de lei” (art. 18 da Lei 9.779/1999), de modo a legitimar o cabimento da ação rescisória (CPC, art. 485/V).

Indeferida essa autorização em virtude do intuito doloso no descumprimento do prazo para registro da declaração de importação, não é possível o despacho aduaneiro ordenado pela sentença. Nesse sentido decidiu o acórdão rescindendo (fls. 244-5):

[...]

Trata-se de discussão acerca da validade da Instrução Normativa 69/99 da Secretaria da Receita Federal, que teria criado condição não prevista na Lei 9.779/99, arts. 18, 19 e 20, no sentido de exigência de prévia autorização da autoridade competente para se dar início ao despacho aduaneiro.

O artigo 20 da Lei 9.779/99 atribui à Secretaria da Receita Federal expedir os atos necessários ao cumprimento dos artigos 18 e 19:

[...]

No caso dos autos, conforme ressaltou a autoridade impetrada (fl.133), “valendo-se da condição de depositário da mercadoria, o importador não só deixou de registrar a Declaração de Importação no prazo regulamentar, como, irregularmente, passou a utilizar-se da mercadoria antes mesmo do desembaraço aduaneiro, ou seja, antes da autorização da entrega da mercadoria pela Autoridade Alfandegária.”

A União argumentou que o requerimento para a autorização do início/retomada do despacho aduaneiro foi negado, “ante a caracterização do intuito doloso no descumprimento do prazo para registro da DI e da não comunicação, para poder fazer o registro sem a autorização necessária, além do uso indevido da máquina”.

O impetrante inviabilizou o registro da Declaração de Importação, pois deixou transcorrer o prazo para dar início ao despacho aduaneiro (art.461,

Dec. 90.030/85). *Não havendo, durante esse prazo, início do despacho*, o registro não é mais possível e a mercadoria é considerada abandonada, sendo que é iniciado o processo de perdimento do bem.

Não sendo possível o registro, este não pode mais servir como fato gerador do imposto, nos termos da jurisprudência anexada, sendo aplicável o art. 116, I, do CTN, por considerar ocorrido o fato gerador e existente seus efeitos, tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios. Ora, decorrido o prazo para despacho aduaneiro, a mercadoria se considera abandonada, com os seus efeitos.

Rejeito o pedido da ação rescisória, ficando revogada a decisão antecipativa dos efeitos da tutela e prejudicado o agravo regimental da União/ré. A autora pagará a verba honorária de R\$ 10 mil (CPC, art. 20, § 4º). Converta-se o depósito em renda da União/PFN (art. 494).

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Senhora presidente, quero dizer que me recordo muito bem desse julgamento, inclusive o Des. convocado Mark Yshida estava sentado a meu lado aqui, e nós já fazíamos algumas considerações enquanto o Des. Reynaldo votava. Entendo perfeitamente a inteligência do voto de vossa excelência, que se fixou na seguinte parêmia: “Está certo, não pode e tudo, mas cadê a prova disso?” Não há prova nenhuma disso nos autos, portanto, não pode ser um tema crível ante a ausência de prova, só que, na hipótese, o Des. Reynaldo esclareceu essa questão do *onus probandi*, porque a ação subjacente é um mandado de segurança, então o *onus probandi* era exatamente do impetrante. Isso ficou bem claro para mim tanto que me recordo até hoje desse detalhe. A formatação do voto do Des. Novély realmente sistematiza como a retomada do espaço aduaneiro se processa. “Ah, mas foi negado!”, mas foi negado por quê? É um ato discricionário do inspetor de alfândega? Não, também não é um ato discricionário, não, porém o interessado que

praticou aquele abandono de mercadoria tem que se desincumbir de algumas obrigações, até burocráticas e que, na hipótese aqui, vossa excelência sustenta que não havia prova.

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— Não havia prova de que ele estava utilizando a mercadoria.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:
— Exatamente, eu me recordo que era uma espécie de empilhadeira. A retomada do despacho foi negada porque ele estaria utilizando-se indevida e ilicitamente do bem importado, e a Des. Maria do Carmo, relatando, disse que não tinha prova disso, mas o *onus probandi*, na hipótese, como o Des. Reynaldo explicou...

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— É prova negativa.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:
— Não, nós estamos rescindindo um acórdão que foi proferido numa ação mandamental, não é em uma ação de segurança, em que a prova tem que ser pré-constituída. Então, rescindir uma segurança dessas realmente esbarra nesse óbice do tema *probandi*, e, no ponto de vista da rescisória, também não seria aí a hipótese de se tratar de literal dispositivo de lei; seria uma questão de interpretação. A inversão do *onus probandi* é uma questão legal, e aqui está sobejamente demonstrado que incumbia ao impetrante ante a natureza específica da ação mandamental e liquidez da certeza do direito e prova pré-constituída. Com essas considerações, desembargador presidente, rogando vênias a vossa excelência, vou acompanhar a divergência.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
— Senhora presidente, embora não tenha participado do julgamento, mas o relato feito pelo Des. Novély me esclareceu suficientemente, acompanho a divergência.

Primeira Turma

Apelação/Reexame Necessário 0017496-42.2012.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão
Apelante: União Federal
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
Apelante: José Pires da Cunha
Advogados: Dr. Luiz Alberto Bettiol e outros
Apelados: os mesmos
Remetente: Juízo Federal da 16ª Vara/DF
Publicação: e-DJF1 de 26/08/2014, p. 173

Ementa

Administrativo, Constitucional e Previdenciário. Procurador de Estado. Aposentação anterior à nomeação para o cargo de juiz federal. Aposentadoria compulsória aos 70 anos. Possibilidade. Arts. 37, § 10, e 40, § 6º, da Constituição Federal. Emenda Constitucional 20/1998. Regimes de previdência pública distintos. Tempo de serviço concomitante. Impossibilidade de contagem em duplicidade. Proventos proporcionais.

I. Em que pese o disposto no art. 37, § 10, e art. 40, § 6º, da Constituição Federal, o procurador do Estado de São Paulo, aposentado em 28/10/1993, que ingressou no cargo de juiz federal em 30/09/1998 e se aposentou como magistrado compulsoriamente aos setenta anos, em 23/03/2012, tem o direito às duas aposentadorias dada a submissão a dois regimes de previdência públicos diversos, com fontes pagadoras distintas, nos termos da ressalva contida na parte final do art. 11 da Emenda Constitucional 20/1998.

II. O tempo de serviço utilizado anteriormente para a obtenção da aposentadoria no cargo de procurador de Estado não pode ser computado para fins de aposentação no cargo de juiz federal, eis que é vedada a contagem de tempo de serviço em duplicidade, mesmo que seja referente ao exercício de advocacia privada.

III. Dada a concomitância de tempo de serviço, devem ser excluídos os períodos de trabalho prestados à Procuradoria do Estado de São Paulo ou lá averbados para fins de aposentadoria no cargo de procurador de Estado e que também foram averbados no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

IV. Aplicado ao caso o enunciado da Súmula 729 do STF e evidenciado o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a antecipação de tutela é mantida para pagamento dos valores revisados dos proventos de aposentadoria proporcionais, com o cômputo do tempo de serviço efetivo no cargo de juiz federal e dos períodos compreendidos entre 29/10/1993 e 31/08/1996 e entre 1º/09/1996 e 31/08/1998, já averbados.

V. Apelação da União a que se nega provimento e apelação do autor e remessa oficial a que se dá parcial provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da União e dar parcial provimento à apelação do autor e à remessa oficial.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 10/06/2014.

Desembargadora Federal Ângela Catão, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Trata-se de apelações interpostas pela União (fls. 296-302) e por José Pires da Cunha (fls. 308-313) e de remessa oficial contra a sentença de fls. 276-282 que confirmou a antecipação de tutela concedida no Agravo de Instrumento 31192-63.2012.4.01.0000/DF e julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados para (a) reconhecer o direito do autor de perceber os proventos de aposentadoria correspondentes ao seu tempo de serviço no cargo de juiz federal, ou seja, proporcionalmente, independentemente de renúncia aos proventos de aposentadoria do cargo de procurador do Estado de São Paulo, a ser convertida em pensão em favor do cônjuge supérstite, caso sobrevenha sua morte; e (b) condenar a União a ressarcir ao autor os valores não pagos relativos aos proventos de aposentadoria proporcional, desde a data de sua aposentadoria compulsória, em 23/03/2012, até a data em que começaram efetivamente a ser pagos.

A parte-autora opôs embargos de declaração (fls. 285-288), requerendo o deferimento da aposentação com proventos integrais, os quais foram rejeitados por sentença de fl. 304.

Em suas razões de apelação, a União sustenta, em síntese, a inadmissibilidade da cumulação de proventos após a Emenda Constitucional 20/1998, especialmente porque a segunda aposentadoria do autor, no cargo de juiz federal, ocorreu quando já vigorava a referida emenda, requerendo a reforma da sentença (fls. 296-302).

A parte-autora, em seu recurso de apelação, requer a reforma parcial do julgado, alegando que há documentação comprobatória da existência de suficiente cômputo do tempo de serviço para a inativação do apelante com proventos integrais na magistratura federal, com o acréscimo de 17% previsto para magistrados que ingressaram no serviço público anteriormente à Emenda Constitucional 20/1998 (fls. 308-313).

Afirma que esta Corte reconheceu o cômputo de tempo de serviço em favor do magistrado no total de 35 anos e 10 meses, o qual seria totalmente independente do tempo de serviço utilizado para a concessão da aposentadoria no cargo de procurador do Estado de São Paulo.

Pleiteia ainda a antecipação da tutela recursal, para imediato pagamento dos proventos devidos a partir da inativação e ainda não pagos.

Os recursos foram recebidos no efeito devolutivo e, apresentadas as contrarrazões, os autos foram encaminhados a este Tribunal (fls. 321 e 323).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Assim me manifestei quando da apreciação do Agravo de Instrumento 31192-63.2012.4.01.0000/DF, interposto pela parte-autora contra o indeferimento do pedido de tutela antecipada para implementação do pagamento dos proventos de aposentadoria no cargo de juiz federal, independentemente de renúncia à aposentadoria no cargo de procurador do Estado de São Paulo (fls. 247-252):

A questão posta em debate cinge-se à possibilidade de o agravante perceber cumulativamente os proventos de aposentadoria do cargo de Procurador do Estado de São Paulo com os do cargo de Juiz Federal.

Eis o ato pelo qual o Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região concedeu aposentadoria compulsória ao agravante (fl. 33):

I – APOSENTAR compulsoriamente, a partir de 23/3/2012, com fundamento nos artigos 93, inciso VI e art. 74 da Lei Complementar n. 35/79, c/c o art. 40, inciso II, da Constituição Federal/88, o Juiz Federal JOSÉ PIRES DA CUNHA, junto à 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso;

II – Os proventos, nos termos do disposto no § 6º do art. 40 da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998), decorrentes da presente aposentadoria somente serão devidos com a comprovação da renúncia à aposentadoria que o magistrado detém junto à Procuradoria do Estado de São Paulo.

O agravante, buscando assegurar o direito à percepção cumulada das duas aposentadorias, que lhe foi negado no ato concessório de aposentadoria acima transcrito, ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, tendo a magistrada a quo proferido a seguinte decisão ora hostilizada (fls. 22/23):

Perquirindo acerca da verossimilhança das alegações do autor, constato que os elementos por ele trazidos em arrimo de seu pedido de antecipação dos efeitos da tutela não se mostram viáveis a tanto. Com efeito, ao menos neste momento cognoscente, o ato administrativo consubstanciado na concessão da aposentadoria compulsória do autor pela Presidência do Tribunal Regional Federal

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Carlos Augusto Pires Brandão e Henrique Gouveia da Cunha (convocados).

da 1ª Região, se mostra acorde com a jurisprudência daquela Corte a respeito da matéria.

Acerca da matéria, assim dispõe a Constituição Federal:

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)

[...]

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

[...]

§ 6º Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

Por sua vez, a Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998, em seu artigo 11, ressaltou os casos de acumulação de proventos com vencimentos existentes até a sua publicação, tendo a parte final do referido dispositivo vedado expressamente a percepção de mais de uma aposentadoria pelo mesmo regime de previdência:

Art. 11 - A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, *não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.*

No caso em apreço, verifico que o agravante entrou em exercício no cargo de Juiz Federal em 30.09.1998 e foi aposentado compulsoriamente em 23.03.2012, período no qual lhe foi permitido acumular os proventos de aposentadoria do cargo de Procurador com o subsídio do cargo de juiz, conforme o artigo 37, § 10, da Constituição Federal, acima transcrito.

E mais, nos termos do artigo 11 da Emenda Constitucional 20/1998, acima transcrito, ser-lhe-ia vedada a percepção de mais de uma aposentadoria pelo mesmo regime de previdência social dos servidores públicos de que trata o artigo 40 da Constituição Federal.

Contudo, o agravante esteve submetido a dois regimes de previdência pública diversos – um estadual, como Procurador do Estado de São Paulo, e o outro federal, como Juiz Juiz Federal.

Em que pese a natureza pública dos regimes de previdência, ambos são distintos, eis que as fontes pagadoras são diversas, de forma que, com fundamento na ressalva constante do artigo 11 da Emenda Constitucional nº 20/98, entendo, neste juízo de cognição sumária, ser possível a acumulação de proventos postulada pelo agravante.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL APOSENTADO ANTES DA NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE CONSULTOR LEGISLATIVO DO SENADO FEDERAL. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS 70 ANOS. ACUMULAÇÃO DE DUAS APOSENTADORIAS. CARGOS NÃO ACUMULÁVEIS. POSSIBILIDADE. RESSALVA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98. REGIMES DE PREVIDÊNCIA DISTINTOS.

1. O §6º do art. 40 da CF/88 veda a percepção de mais de uma aposentadoria no regime próprio de previdência social dos servidores públicos previsto neste artigo, exceto aquelas decorrentes dos cargos acumuláveis na forma da Constituição.

2. A vedação de cumulação de proventos prevista pelo art. 11 da EC 20/98 não se aplica ao impetrante, visto que estava sujeito a dois regimes de previdência: um de previdência no âmbito federal, pois era servidor do Senado Federal, e outro de previdência no âmbito distrital, já que era auditor do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Apesar de serem regimes de previdência públicos, de mesma natureza, as fontes pagadoras são distintas. Ressalva do art. 11 da Emenda Constitucional nº 20/98.

3. Sendo a acumulação de proventos pretendida legal, não pode prevalecer o procedimento da Administração no sentido do cancelamento da segunda aposentadoria.

4. Apelação da União e remessa oficial não providas.

(AMS 2008.34.00.035813-7/DF, Rel. Desembargadora Federal Monica Sifuentes, Segunda Turma, e-DJF1 p.113 de 03/02/2011)

[...]

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL APOSENTADO ANTES DA NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE TÉCNICO JUDICIÁRIO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS 70 ANOS – ACUMULAÇÃO DE DUAS APOSENTADORIAS – POSSIBILIDADE – RESSALVA DA EC Nº 20/98 – REGIME DE PREVIDÊNCIA DISTINTOS – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Possibilidade da percepção cumulativa dos proventos oriundos da aposentadoria do autor como servidor da Assembléia Legislativa de Minas Gerais – ocorrida em 02/08/1991 – com os proventos decorrentes de sua aposentadoria compulsória pelo implemento de 70 anos de idade, em 22/11/2004, perante o Tribunal Superior do Trabalho, cujo cargo de Técnico Judiciário ocupava desde 15/07/1994. Ressalva do art. 11, da Emenda Constitucional nº 20/1998. Inaplicabilidade do art. 37, § 10, da Constituição Federal.

2. “Não se trata do mesmo regime de previdência de que trata o art. 40 da CF/88, mas de dois regimes de previdência distintos, um na esfera federal e outro na esfera estadual. Apesar de serem regimes de previdência públicos, de mesma natureza, as fontes pagadoras são distintas, pelo que a acumulação de proventos pretendida pela impetrante encontra-se embasada na ressalva constante do art. 11 da Emenda Constitucional nº 20/98. Sendo a acumulação de proventos pretendida legal, não há que se falar em opção pela impetrante por uma das duas aposentadorias, não podendo prevalecer o procedimento da Administração no sentido do cancelamento da segunda aposentadoria” (AMS 2000.38.01.002428-6/MG, Rel. Convocada Juíza Federal Sônia Diniz Viana, DJ/II de 30/07/2007, pág. 07).

3. Afastada a taxa SELIC, os juros são devidos à razão de 6% ao ano, nos termos do art. 1º F, da Lei nº 9.494/97, com a redação da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, a partir da citação, e a correção monetária deve incidir a partir de quando devida cada parcela não paga (RSTJ 71/284), utilizando-se os índices legais de atualização (AC 2006.33.04.000006-5/BA, Rel. Des. Fed. Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª Turma, e-DJF1 de 01/04/2008, pág. 70; AC 2003.33.00.012687-2/BA, Rel. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, DJ/II de 29/10/2007, pág. 43).

4. Honorários razoavelmente fixados em 10% do valor da condenação.

5. Apelação e Remessa Oficial parcialmente providas.

(AC 2005.34.00.023850-5/DF, Rel. Juiz Federal Convocado Iteimar Raydan Evangelista, 1ª Turma, e-DJF1 de 26/08/2008, pág. 161).

[...]

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE DUAS APOSENTADORIAS, UMA NO ÂMBITO ESTADUAL E OUTRA NA ESFERA FEDERAL. CARGOS NÃO ACUMULÁVEIS. POSSIBILIDADE. RESSALVA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. ART.11. REGIMES DE PREVIDÊNCIA DISTINTOS. SEGURANÇA CONCEDIDA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. O § 6º do art. 40 da CF/88 veda a percepção de mais de uma aposentadoria no regime próprio de previdência social dos servidores públicos previsto neste artigo, exceto aquelas decorrentes dos cargos acumuláveis na forma da Constituição. No caso, a impetrante pretende acumular duas aposentadorias: a de professora estadual com a de lavadeira ou de operadora de máquina de lavanderia. Como este último cargo não pode ser considerado técnico ou científico, tendo em vista suas atribuições, que não requerem formação específica para a sua execução, a situação fática da impetrante não se enquadra à exceção prevista no artigo 37, inciso XVI, alínea “b”, da CF/88.

2. No entanto, a impetrante entrou em exercício no cargo de lavadeira em 11 de janeiro de 1995, antes da edição da Emenda Constitucional nº 20, de 16.12.1998, tendo se aposentado em 10 de março de 1999, quando já em vigor a referida Emenda Constitucional que, em seu artigo 11, ressaltou os casos de acumulação de proventos com vencimentos existentes até a sua publicação, e, em sua segunda parte, vedou expressamente a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência dos servidores públicos de que trata o art. 40 da CF/88.

3. A vedação de cumulação de proventos prevista pelo art. 11 da EC 20/98 não se aplica à impetrante, visto que a mesma estava sujeita a dois regimes de previdência: um regime de previdência no âmbito federal, pois era servidora da Escola Agrotécnica Federal de Rio Pomba/MG, e outro regime de previdência no âmbito estadual, já que era professora aposentada pelo Estado de Minas Gerais. Assim, não se trata do mesmo regime de previdência de que trata o art. 40 da CF/88, mas de dois regimes de previdência distintos, um na esfera federal e outro na esfera estadual. Apesar de serem regimes de previdência públicos, de mesma natureza, as fontes pagadoras são distintas, pelo que a acumulação de proventos pretendida pela impetrante encontra-se embasada na ressalva constante do art. 11 da Emenda Constitucional nº 20/98.

4. Sendo a acumulação de proventos pretendida legal, não há que se falar em opção pela impetrante por uma das duas aposentadorias,

não podendo prevalecer o procedimento da Administração no sentido do cancelamento da segunda aposentadoria.

5. Apelação provida para reformar a sentença e conceder a segurança.

(AMS 2000.38.01.002428-6/MG, Rel. Juíza Federal Convocada Sônia Diniz Viana, 1ª Turma, DJ de 30/07/2007, pág. 07).

Entretanto, considerando que o agravante exerceu o cargo de Juiz Federal no período compreendido entre 30.09.1998 e 22.03.2012, deve ser assegurada a percepção concomitante dos proventos de aposentadoria do cargo de Procurador do Estado de São Paulo, na forma como vinham sendo pagos, com os do cargo de Juiz Federal, proporcionais ao tempo em que exerceu o cargo de magistrado (pouco mais de treze anos).

Ressalte-se que se aplica ao caso presente o Enunciado da Súmula 729 do Supremo Tribunal Federal, verbis:

729. A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

Outrossim, evidenciado está o requisito do receio de dano irreparável ou de difícil reparação em razão da natureza alimentar da verba.

O pedido formulado pelo agravante na ação principal é alternativo: recebimento de proventos de aposentadoria correspondentes ao subsídio integral do cargo de juiz federal, sem renúncia prévia aos proventos de aposentadoria correspondentes ao cargo de procurador, ou restituição dos valores recolhidos mensalmente a título de contribuição previdenciária desde a posse no cargo de juiz federal.

Em face de todo o exposto, *CONCEDO EM PARTE* o pedido de tutela antecipada para determinar à União que implemente o pagamento dos proventos de aposentadoria correspondentes ao tempo de serviço do agravante (treze anos) no cargo de Juiz Federal, ou seja, *proporcionalmente*, independentemente de renúncia aos proventos de aposentadoria do cargo de Procurador do Estado de São Paulo, por tratar-se de antecipação dos efeitos da tutela previamente ao exame do mérito da ação principal na primeira instância, a ser convertida em pensão em favor do cônjuge supérstite, caso sobrevenha sua morte, até solução final, uma vez que ainda não foi examinado o mérito do seu pedido que também é alternativo.

Mantenho o entendimento acima transcrito quanto à possibilidade de cumulação das duas aposentadorias pelo autor, uma no cargo de procurador do Estado de São Paulo, concedida em 1993, e a outra no cargo de juiz federal, no qual ingressou em 30 de setembro de 1998, aposentação esta ocorrida compulsoriamente em 23 de março de 2012.

Passo a examinar a questão atinente à existência ou não do cômputo de tempo de serviço concomitante para fins de aposentadoria e, por conseguinte, o direito ao recebimento de proventos integrais ou proporcionais no cargo de magistrado.

A juíza *a quo*, ao prolatar a sentença apelada, com o mesmo entendimento, acrescentou que

[...] a aposentadoria do Juiz Federal deverá ser proporcional ao tempo em que exerceu o cargo de magistrado, haja vista que qualquer tempo exercido anteriormente foi utilizado para a obtenção da aposentadoria no cargo de procurador de estado [...] (fls. 276-282).

Entendo que neste ponto merece reforma a sentença. Vejamos, pois.

Ao examinar a documentação acostada aos autos, verifico que houve a contagem de tempo de serviço concomitante nos cargos de procurador de Estado e de juiz federal; porém não em sua totalidade, ou seja, nem todo o tempo de serviço anterior ao ingresso no cargo de juiz federal foi utilizado quando da aposentadoria no cargo de procurador de Estado.

Explico.

Conforme certidão de tempo de serviço expedida por este Tribunal em 20/03/2012 (fls. 41-44), foi apurado que o autor contava, à época, com 35 anos, 10 meses e 18 dias de efetivo exercício para fins de aposentadoria no cargo de juiz federal. Desse tempo total, foi averbado tempo de serviço computado perante o INSS, correspondente aos seguintes períodos:

- 1º/09/1996 a 31/08/1998 – autônomo;
- 29/10/1993 a 31/08/1996 – autônomo;
- 27/04/1979 a 28/01/1993 – advogado (OAB);
- 10/06/1978 a 25/04/1979 – advogado (OAB/SP);
- 22/11/1976 a 30/03/1977 – advogado (OAB/SP); e
- 1º/02/1969 a 18/08/1971 – autônomo.

Já a certidão de contagem de tempo de serviço 02/2012, expedida pelo Governo do Estado de São Paulo/Procuradoria Regional de Campinas em 13/02/2012, certifica que o autor, no período de 18/10/1960 a 26/10/1993, contava com o tempo de serviço de 33 anos e 12 dias para fins de aposentadoria no cargo de procurador de Estado, no qual foram computados os seguintes períodos trabalhados (fls. 81-82):

- 27/04/1979 a 31/12/1986 – junto à Procuradoria Regional de Campinas, no cargo de procurador de Estado;

- 1º/02/1969 a 31/01/1973 – junto à Prefeitura Municipal de Indaiatuba/SP;

- 22/11/1976 a 30/03/1977 – junto à Prefeitura Municipal de Indaiatuba/SP;

- 10/06/1978 a 25/04/1979 – junto à Prefeitura Municipal de São Paulo;

- 1º/02/1973 a 21/11/1976 – tempo de exercício de advocacia OAB;

- 1º/04/1977 a 09/06/1978 – tempo de exercício de advocacia OAB;

- 18/10/1960 a 03/03/1969 (excetuado o período de 1º/02/1969 a 03/03/1969 – concomitante com tempo de serviço público municipal) – tempo de serviço prestado à atividade privada;

- anos de 1987 a 1992 - prestado à Procuradoria Regional de Campinas, no cargo de procurador de Estado; e

- ano de 1993 (até 26/10/1993) – prestado à Procuradoria Regional de Campinas, no cargo de procurador de Estado.

Confrontando o tempo de serviço efetivamente prestado e averbado junto ao Governo do Estado de São Paulo e ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, constato que os seguintes períodos de tempo de serviço são concomitantes:

- 1º/02/1969 a 18/08/1971;

- 22/11/1976 a 30/03/1977;

- 10/06/1978 a 25/04/1979; e

- 27/04/1979 a 28/01/1993.

Os períodos de trabalho acima destacados foram prestados à Procuradoria do Estado de São Paulo e a municípios do Estado de São Paulo ou se referem ao exercício de advocacia privada e já foram computados/averbados para fins de aposentadoria no cargo de procurador de Estado, o que impede seu cômputo na apuração do tempo de serviço no cargo de juiz federal, sob pena de contagem em duplicidade.

Portanto, dos períodos averbados neste Tribunal, constantes da certidão de fls. 41-44, somente podem ser computados, juntamente com o tempo de serviço efetivo no cargo de juiz federal, para fins de aposentadoria neste cargo, porque não foram utilizados para tal finalidade anteriormente, os seguintes: 29/10/1993 a 31/08/1996 e 1º/09/1996 a 31/08/1998.

No Processo Administrativo 4.310/1998, que trata da revisão das averbações de tempo de serviço do autor, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região não

se manifestou sobre a existência de concomitância nos períodos acima descritos (fls. 60-80).

Naquela ocasião, a Asmag emitiu parecer cujos seguintes trechos ora destaco:

A revisão das averbações se deteve em três questionamentos:

1) É correto averbar, para fins de aposentadoria, tempos de serviço exercidos em atividades concomitantes aos já utilizados para a concessão de aposentadoria como Procurador do Estado de São Paulo, desde que computados em sistema de previdência diverso?

[...]

No que tange ao primeiro questionamento, as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça têm se manifestado no sentido de que as únicas vedações legais quanto ao direito de averbação de tempo de serviço/contribuição referem-se à contagem de tempo de contribuição de atividade privada com a do serviço público, quando concomitantes, e ao período já utilizado para a concessão de aposentadoria, em qualquer regime de previdência social.

[...]

No que tange ao terceiro questionamento, foi verificado que os 15 (quinze) anos de atividade advocatícia averbados por esta Assessoria, em 17/12/1998, com base em certidão emitida pela OAB/SP (fls. 3), para fins de aposentadoria e adicional de gratificação, nos termos da Lei 7.724/1989 e Decisão 541/1996 do TCU, estavam concomitantes com o tempo de serviço de atividade advocatícia utilizado pela Procuradoria Regional de Campinas/SP, com base no artigo 3º da Lei Complementar 308, de 07/02/1983, da Assembleia Legislativa de São Paulo, para fundamentar o ato de concessão de aposentadoria do referido magistrado como Procurador do Estado de São Paulo.

[..]

Desta forma, esta Assessoria sugere, para que seja afastada a concomitância dos períodos averbados a título de advocacia e para dar maior clareza às averbações procedidas pela ASMAG, a substituição dos períodos averbados – 19/08/1971 a 07/10/1971 (50 dias) e 08/10/1971 a 14/08/1986 (5.424 dias) – pelos seguintes períodos: 22/11/1976 a 30/03/1977 (129 dias); 10/06/1978 a 25/04/1979 (320 dias); e de 27/04/1979 a 28/01/1993 (5.026 dias).

O voto proferido pelo então Corregedor Regional/Relator, Des. Federal Cândido Ribeiro, no Processo Administrativo 4.310/1998 fundou-se basicamente no aspecto constitucional do direito à percepção de proventos provenientes de duas aposentadorias, tendo ao final deferido a revisão procedida pela

Asmag, afastando-se a concomitância identificada por aquela assessoria (fls. 77-80).

Em conclusão, reconheço o direito do autor às duas aposentadorias, sendo que a aposentadoria no cargo de juiz federal deve ser paga com proventos proporcionais ao tempo de serviço efetivo no cargo, ao qual devem ser acrescentados os dois períodos já averbados, acima destacados – 29/10/1993 a 31/08/1996 e 1º/09/1996 a 31/08/1998 –, excluindo-se os demais averbados nesta Corte, posto que concomitantes aos utilizados para aposentadoria no cargo de procurador de Estado.

Quanto à tutela antecipada pleiteada, conforme já asseverado na decisão por mim proferida quando da apreciação do Agravo de Instrumento 31192-63.2012.4.01.0000/DF, entendo que se aplica ao caso presente o enunciado da Súmula 729 do Supremo Tribunal Federal e evidencia-se o requisito do receio de dano irreparável ou de difícil reparação em razão da idade do autor e do caráter alimentar da prestação.

Assim, a antecipação da tutela é medida que se impõe, razão pela qual fica determinado à União que proceda à imediata revisão (obrigação de fazer) e respectivo pagamento dos proventos de aposentadoria proporcionais no cargo de juiz federal que vinham sendo pagos ao autor com base na decisão por mim proferida no referido agravo de instrumento, mediante o cômputo do tempo de serviço efetivo no cargo e dos períodos compreendidos entre 29/10/1993 e 31/08/1996 e entre 1º/09/1996 e 31/08/1998, já averbados neste Tribunal, diante do direito reconhecido e do caráter alimentar da verba.

Isto posto, *nego provimento* à apelação da União e *dou parcial provimento* à apelação da parte-autora e à remessa oficial para julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais para reconhecer o direito do autor de perceber os proventos de aposentadoria proporcionais ao seu tempo de serviço no cargo de juiz federal, incluindo os períodos compreendidos entre 29/10/1993 e 31/08/1996 e entre 1º/09/1996 e 31/08/1998, já averbados neste Tribunal, independentemente de renúncia aos proventos de aposentadoria do cargo de procurador do Estado de São Paulo, a ser convertida em pensão em favor do cônjuge supérstite, caso sobrevenha sua morte, mantendo a condenação da União no pagamento dos valores não pagos relativos aos proventos de aposentadoria proporcional, desde a data de sua aposentadoria compulsória, em 23/03/2012, até a data em que começaram efetivamente a ser pagos.

Em sede de antecipação dos efeitos da tutela, determino a imediata revisão e respectivo pagamento dos proventos de aposentadoria proporcionais no cargo de juiz federal, que vinham sendo pagos ao autor com base na decisão por mim proferida no Agravo de Instrumento 31192-63.2012.4.01.0000/DF, mediante o cômputo do tempo de serviço efetivo no cargo e dos períodos compreendidos entre 29/10/1993 e 31/08/1996 e entre 1º/09/1996 e 31/08/1998, já averbados neste Tribunal.

Oficie-se imediatamente ao presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, intimando-o para que cumpra a ordem judicial acima.

É o meu voto.

Primeira Turma

Apelação Cível 0061344-16.2011.4.01.3400/DF

Relator : Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado)
 Apelante: Giselle Moreira Cabral Figueiredo de Oliveira
 Advogados: Dr. Márcio Wanderley de Azevedo e outros
 Apelada: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Publicação: e-DJF1 de 1º/10/2014, p. 58

Ementa

Administrativo. Servidor público federal. Revisão de incorporação de quintos pela atividade efetivamente exercida. Impossibilidade. Desvio de função. Percepção das diferenças salariais entre os cargos. Apelação improvida.

I. A autora exerceu o cargo de secretária da Secretaria Executiva do Plano de Saúde da Justiça Militar da União. Pelo exercício, percebeu a função comissionada de oficial de gabinete, código STM-CJ-01, (antiga STM-FC-07). Sob

argumento de que exercia cargo equiparado aos demais diretores do STM, pretende equiparação remuneratória com base no CJ-03.

II. Não havendo previsão normativa para referenciar a remuneração do cargo de secretário da Secretaria Executiva do Plano da Saúde da Justiça Militar da União, com base na CJ-03, não assiste razão à pretendente.

III. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que o servidor público federal tem direito à incorporação dos quintos em valor correspondente à remuneração da função efetivamente exercida, sendo incabível a majoração da contagem incorporada sob a alegação de que referida função foi transformada.

IV. Apelação desprovida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 05/08/2014.

Juiz Federal *Carlos Augusto Pires Brandão*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Carlos Augusto Pires Brandão*: — Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 167-168, pela qual o juízo *a quo* julgou improcedente o pedido para que sejam consideradas, para fins de incorporação de quintos, as atribuições efetivamente exercidas, e não o cargo em comissão ocupado pela recorrente, o que implicaria a transformação dos 2/5 incorporados do cargo em comissão de oficial de gabinete (CJ-01) em 2/5 do cargo em comissão CJ-03.

A apelante sustenta, em síntese, que, apesar de, formalmente, ter sido nomeada para as funções comissionadas STM-06 e 07, nos períodos de 15 a 21 de março de 2000 e 17/05/2000 a 17/10/2006, respectivamente, desenvolveu, de fato, atividades próprias do rol de atribuições de secretária da Secretaria Executiva do Plano de Saúde da Justiça Militar durante o período compreendido entre 15/03/2000 a 17/10/2006.

Contrarrazões pela União (fl. 186-191).

É, em síntese, o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Carlos Augusto Pires Brandão*: Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 167-168, pela qual o juízo *a quo* julgou improcedente o pedido para que sejam consideradas, para fins de incorporação de quintos, as atribuições exercidas e não o cargo em comissão ocupado pela

recorrente, o que implica a transformação dos 2/5 incorporados do cargo em comissão de oficial de gabinete (CJ-01) em 2/5 do cargo em comissão CJ-03.

Sem razão a recorrente.

A tese defendida pela recorrente é no sentido de que a incorporação de quintos no período questionado deve se fazer com base nas atividades por ela exercida em tal momento, no caso, atribuições cometidas à função de secretária executiva do Plano de Saúde da Justiça Militar. Tal função, segundo defende, teria *status* funcional idêntico às demais funções da tipologia CJ-03.

A jurisprudência deste Tribunal, todavia, é no sentido de que a incorporação de quintos deve se dar com base na função efetivamente exercida pelo servidor. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. QUINTOS. TRANSFORMAÇÃO DO CARGO OU FUNÇÃO EM QUE SE DEU INCORPORAÇÃO. MAJORAÇÃO. EXTENSÃO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. APOSENTADO. PARIDADE. ART. 40, § 8º (REDAÇÃO DA EC 20/98). EC 47/2005. AUSÊNCIA DE AFRONTA. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o servidor público federal tem direito à incorporação dos 'quintos' em valor correspondente à remuneração da função efetivamente exercida, sendo incabível a majoração da vantagem incorporada sob a alegação de que referida função foi transformada. (RMS 13308/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2007, DJe 04/08/2008). 2. Não se reconhecendo aos servidores em atividade do direito à majoração, impõe-se a conclusão de que as regras constantes do art. 40, § 8º, da CF/88, na redação da EC 20/98 e da EC 47/2005, não podem ser tomados como fundamento para favorecer o servidor aposentado. 3. Remessa oficial, tida por interposta, e apelação providas para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão e o Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado).

(AC 0014696-56.2003.4.01.3400 / DF, Rel. JUIZ FEDERAL FRANCISCO HÉLIO CAMELO FERREIRA, 1ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p. 268 de 23/05/2012) (Destaquei).

Ora, por função efetivamente exercida, para os fins da pretendida incorporação de quintos, há de ser entendida a função gratificada titularizada pelo servidor, vale dizer, aquela em que formalmente investido, com tipologia instituída pela estrutura do órgão com vistas ao atendimento das demandas dos seus vários setores. Há, portanto, uma substancial diferença entre aquilo que a apelante entende por função efetivamente exercida e a exata definição do que seja função comissionada, para os fins de incorporação de quintos. Na verdade, o que a recorrente denomina função é o conjunto das atividades que exerceu no período.

Não há possibilidade de se emprestar a situação funcional informal, como a que alega haver a recorrente exercido no período questionado, a legitimidade das situações funcionais de fato e de direito, em que o servidor exerce suas atribuições subjacente a um ato de nomeação.

Não se está, neste caso, a contemporizar com a indevida utilização dos recursos humanos disponibilizados para o atendimento das demandas da Administração Pública. Para os desvios de função, a jurisprudência tem reconhecido o direito às diferenças salariais entre os cargos.

Veja-se o entendimento expresso no precedente a seguir:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AGENTE ADMINISTRATIVO. REENQUADRAMENTO: ANALISTA PREVIDENCIÁRIO. PROVIMENTO DERIVADO: ASCENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. STF: INCONSTITUCIONALIDADE. DESVIO DE FUNÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DIFERENÇAS VENCIMENTAIS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1.O STF afastou qualquer possibilidade de aproveitamento ou ascensão, como forma de provimento derivado por ofensa à acessibilidade ao cargo público somente mediante concurso público (art. 37, II, CF/88). Precedentes de inconstitucionalidade de normas que permitiram o provimento: ADI 245, ADI 837 e ADI 980, além de outras). 2.O pedido de reenquadramento do autor de Agente Administrativo (nível

médio) para Analista Previdenciário (nível superior) encontra óbice no art. 37, II, da Constituição e nos precedentes do STF. 3. Numa interpretação restritiva dos pedidos (art. 293 do CPC) não se pode avançar no mérito do pedido de pagamento de diferenças vencimentais a título de desvio de função, porque o pedido acessório (verbas vencimentais) é dependente do êxito do principal (reenquadramento). 4. Ainda que afastado o óbice processual o pedido de pagamento de diferença de verbas vencimentais deveria ser rejeitado porque não ficou comprovado desvio de funções entre as atribuições do cargo de Agente Administrativo com as funções efetivamente desempenhadas pelo autor nas dependências da Autarquia Previdenciária. O fato de o apelante confeccionar expedientes juntamente com Analista Previdenciário não tem o condão de comprovar que suas tarefas estão em descompasso com as atribuições do cargo a qual está jungido, pois cada qual tem seu âmbito de conhecimentos exigíveis. Ainda que haja coincidência na atividade de atendimento aos usuários, cada exercente o fará de acordo com a complexidade do caso que pode demandar atendimento de servidor qualificado em nível superior ou até especializado, como perito, médico ou advogado. 5. A formação acadêmica do autor em nível superior e mestrado não pode, por si só, determinar seu reenquadramento ou desvio de função, principalmente porque essa formação, aparentemente, não guarda relação com o objetivo da Autarquia (psicologia), conquanto seja louvável a iniciativa do autor. 6. A prova coligida aos autos se mostrou insuficiente para demonstrar que as atividades desempenhadas pelo apelante estavam sob a responsabilidade exclusiva de servidor ocupante do cargo de analista previdenciário. 7. Apelação improvida.

(AC 0001891-90.2007.4.01.3801/MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE ASSIS BETTI, Rel. Conv. JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), SEGUNDA TURMA, e-DJF1 p.423 de 08/05/2013)

Nessa perspectiva, não se vislumbra o alegado vício da sentença recorrida, que, acertadamente, declarou a inviabilidade da pretendida revisão da incorporação de quintos em favor da apelante.

Nenhum reparo, portanto, está a merecer a sentença recorrida.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Segunda Turma

Numeração única: 0004942-17.2007.4.01.9199

Apelação Cível 2007.01.99.005220-0/RO

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
 Apelantes: Geralda Lima Ribeiro e outros
 Advogados: Dr. Elisa Dickel de Souza e outros
 Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Publicação: e-DJF1 de 26/08/2014, p. 374

Ementa

Previdenciário. Processual Civil. Pensão por morte. Óbito em 1º/06/2003, posterior à Lei 9.528/1997. Qualidade de segurado. Recolhimento à prisão no período de graça. Companheira. União estável comprovada. Filhos menores. Termo inicial. Data do óbito. Correção monetária. Juros de mora. Honorários advocatícios. Custas. Apelação provida. Sentença reformada. Pedido inicial procedente.

I. De acordo com o CNIS juntado à fl. 60, o último vínculo empregatício do falecido se encerrou em 13/07/2000, logo, ao ser recolhido à prisão em 1º/03/2001 (fl. 21), encontrava-se no período de graça (art. 15, II) e, portanto, mantinha a qualidade de segurado.

II. Prevê o art. 15, IV, que o segurado retido ou recluso mantém esta qualidade até 12 (doze) meses após o livramento. Isto é, a qualidade de segurado fica suspensa durante o cumprimento da pena, e retorna pelo período de um ano após a soltura.

III. No caso dos autos, o falecido era segurado quando do óbito, apesar de tal qualidade estar suspensa em razão do seu recolhimento à prisão, portanto, os seus dependentes fazem jus à pensão por morte.

IV. Óbito do instituidor ocorrido em 1º/06/2003 (fl. 20).

V. DIB: o benefício é devido desde a data do requerimento administrativo em relação à autora Geralda Lima Ribeiro, e desde a data do óbito em relação aos demais autores, menores à época.

VI. Correção monetária e juros de mora nos termos do MCCJF.

VII. Honorários advocatícios: 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação do acórdão, de acordo com a Súmula 111 do STJ e art. 20, § 3º, do CPC.

VIII. Sem custas, porque nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (§ 3º do art. 109 da CF/1988), o INSS está isento delas quando lei estadual específica prevê o benefício, o que se verifica nos Estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia e Mato Grosso.

IX. Implantação imediata do benefício, nos termos do art. 461 do CPC – obrigação de fazer.

X. Apelação provida, para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido inicial, concedendo à parte-autora pensão por morte rural, nos termos dos itens 5 a 8.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 13/08/2014.

Juiz Federal *Cleberson José Rocha*, relator convocado.

Relatório

Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: — 1. Geralda Lima Ribeiro por si e assistindo/representando seus filhos menores, Marina Ribeiro de Jesus, Alice Jesus Ribeiro e Delmar Ribeiro de Jesus propuseram ação ordinária contra o INSS, a fim de que lhe seja concedida pensão por morte de seu marido e pai, Cosmerino de Jesus, falecido em 1º/06/2003.

2. Citado, o INSS não apresentou contestação (fl. 46 verso).

3. Sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Jaru/RO (fls. 82-85) julgou improcedente o pedido.

4. Em suas razões de apelação, os autores sustentam que o falecido encontrava-se no período de graça (fls. 89-92).

5. Recebido o recurso em ambos os efeitos (fl. 93), sem contrarrazões.

6. Parecer do MPF opina pelo desprovimento da apelação (fls. 99-100).

É o relatório.

Voto*

Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: — 1. Trata-se de apelação interposta pelos autores contra sentença que indeferiu seu pedido de pensão por morte.

2. A concessão de pensão por morte rege-se pelo princípio do *tempus regit actum*, isto é, pela lei vigente na data de falecimento do instituidor, que, no caso, é 1º/06/2003 (fl. 20).

3. O benefício de pensão por morte pressupõe: a) óbito do instituidor que mantinha a condição de segurado; b) qualidade de dependente; e c) dependência econômica (art. 74 da Lei 8.213/1991).

4. Ressalte-se que a morte do instituidor da pensão restou comprovada, conforme certidão de óbito coligida à fl. 20.

5. O autor, quando do óbito, encontrava-se recolhido à prisão e seus dependentes não percebiam auxílio-reclusão.

6. Nos termos do art. 15 da Lei 8.213/1991:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

7. De acordo com o CNIS juntado à fl. 60, verifico que o último vínculo empregatício do falecido se encerrou em 13/07/2000, logo, ao ser recolhido à prisão em 1º/03/2001 (fl. 21), encontrava-se no período de graça (art. 15, II) e, portanto, mantinha a qualidade de segurado.

8. Prevê o art. 15, IV, que o segurado retido ou recluso mantém esta qualidade até 12 (doze) meses após o livramento. Isto é, a qualidade de segurado fica suspensa durante o cumprimento da pena, e retorna pelo período de um ano após a soltura.

9. No caso dos autos, o falecido era segurado quando do óbito, apesar de tal qualidade estar suspensa em razão do seu recolhimento à prisão, portanto, os seus dependentes fazem jus à pensão por morte.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Candido Moraes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado).

10. Prevê a Lei 8.213/1991, na redação do art. 16, I:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

11. Os filhos em comum comprovam a condição de companheira da autora Geralda Lima Ribeiro e os autores Marina Ribeiro de Jesus, Alice Jesus Ribeiro e Delmar Ribeiro de Jesus sustentam a condição de filhos (fls. 14-16) e, como tais, a dependência necessária à obtenção do benefício.

12. A sentença deve ser reformada, para que seja deferido o benefício de pensão por morte a que fazem jus os autores.

13. Aos dependentes de segurado especial de que trata o art. 11, inciso VII, da referida lei, fica garantida a concessão de pensão por morte no valor de um salário-mínimo, dispensada carência (art. 39, I), exigindo, tão só, a comprovação de filiação à Previdência Social, que, no caso, poderá ser feita depois do falecimento (Dec. 3.048/1999, art. 18, § 5º).

14. Quanto à data inicial do benefício, a Lei 8.213/1991, em seu art. 74, dispõe que a pensão por morte será devida a partir do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; ou da data do requerimento administrativo, como no caso, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior observada a prescrição quinquenal.

15. No entanto, em relação aos autores Marina Ribeiro de Jesus, Alice Jesus Ribeiro e Delmar Ribeiro de Jesus, menores quando do ajuizamento da ação,

não há que se falar em prescrição, nos termos do art. 198, inciso I, do CC 2002 e art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/1991, sendo sua quota parte devida desde a data do óbito.

16. A propósito, colaciono a seguinte ementa:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. TRABALHADOR RURAL. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESUAIS. [...]. 2. A prescrição quinquenal não corre contra os absolutamente incapazes (art. 198, inciso I do CC 2002 e art. 103, parágrafo único da Lei 8.213/91). Entretanto, a causa impeditiva do transcurso do prazo prescricional somente ocorre até a relativização da incapacidade do menor, ou seja, quando ele completa 16 anos de idade, passando, a partir de então, a ter fluência para o requerimento das parcelas vencidas. [...]. 11. Apelação do INSS não provida. Remessa provida em parte.

(AC 200901990306272, DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, TRF1 - SEGUNDA TURMA, e-DJF1 DATA:02/04/2012 PAGINA:66.)

17. Desta forma, o benefício é devido à autora Geralda Lima Ribeiro, desde a data do requerimento administrativo, observada a prescrição quinquenal, e aos demais autores, desde a data do óbito.

18. Saliento que a pensão por morte, havendo mais de um pensionista, como no caso, será rateada entre todos em parte iguais, nos termos do art. 77 da Lei 8.213/1991.

19. Correção monetária e juros de mora nos termos do MCCJF.

20. No tocante aos honorários de advogado, esta Corte estabilizou o entendimento de que são devidos na ordem de 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação do acórdão, de acordo com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça e art. 20, § 3º, do CPC.

21. Nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (§ 3º do art. 109 da CF/1988), o INSS está isento das custas somente quando lei estadual específica prevê a isenção, o que ocorre nos Estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia e Mato Grosso.

22. A implantação do benefício deve se dar em 30 dias (obrigação de fazer), por aplicação do art. 461 do CPC.

23. Em face do exposto, dou provimento à apelação para, reformando a sentença, julgar

procedente o pedido inicial, concedendo aos autores o benefício de pensão por morte, na condição de companheira e filhos de segurado especial, desde a data do requerimento administrativo para a autora Geralda Lima Ribeiro e desde a data do óbito para os demais, nos termos dos itens 14 a 17. Condene o INSS a pagar as prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora (item 19); bem como ao

pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento), nos termos do item 20. Sem custas em face da isenção de que goza a autarquia federal no Estado de Rondônia (item 21). De ofício, determino a imediata implantação do benefício nos termos do item 22.

É o voto.

Segunda Turma

Apelação Cível 0013749-21.2010.4.01.9199/PI

Relator: Desembargador Federal Candido Moraes
 Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelada: Maria de Jesus Silva Bispo
 Advogado: Dr. Hugo Bastos Lima Verde
 Publicação: e-DJF1 de 24/09/2014, p. 481

Ementa

Previdenciário e Processual Civil. Salário-maternidade. Trabalhadora rural. Qualidade de segurada especial. Início de prova material. Prova testemunhal.

I. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 631.240, com repercussão geral reconhecida, entendeu indispensável o prévio requerimento administrativo pelo segurado antes de pleitear benefício previdenciário nas vias judiciais, hipótese que se afasta, todavia, nos casos em que o INSS apresentou contestação de mérito no curso do processo judicial. Isso porque, havendo contestação, caracterizado está o interesse de agir da parte-autora, uma vez que há resistência ao pedido, não havendo que se falar em carência de ação.

II. Somando-se a isso, na hipótese de ter sido proferida, no curso do processo, decisão que expressamente afastou a preliminar de carência de ação por ausência do prévio requerimento administrativo, e inexistindo recurso tempestivo das partes, operou-se a preclusão.

III. O salário-maternidade é devido à segurada especial, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 10 (dez) meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando requerido antes do parto, mesmo que de forma descontínua (art. 92, § 2º, do Decreto 3.048/1999).

IV. Comprovados nos autos a condição de rurícola da autora, nos termos da Lei 8.213/1991, por meio de prova material e testemunhal harmônicas, bem como o nascimento de filho em data não alcançada pela prescrição, mostra-se devida a concessão do benefício (art. 55, § 3º, e parágrafo único do art. 39, da Lei 8.213/1991).

V. O STF, seguido pelo STJ, entende que a correção monetária e os juros de mora são consectários legais da condenação principal, sendo, portanto, consequências impostas por lei, que possuem natureza de ordem pública, os quais, na hipótese de inexistência de recurso da autarquia previdenciária, serão ajustados de ofício (AGAREsp 288026, rel. Min. Humberto Martins, T2/STJ, DJE 20/02/2014; RE 559445, rel. Min. Ellen Gracie, T2/STF, DJe- 10/06/2009 e EREsp 1.207.197/RS).

VI. Correção monetária e juros de mora com base no MCCJF (Resolução CJF 267, de 02/12/2013).

VII. Nos feitos processados perante a Justiça Estadual o INSS é isento do pagamento de custas (inclusive despesas com oficial de justiça) nos Estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia, Mato Grosso e Piauí.

VIII. Tratando-se de benefício de salário-maternidade, cujo proveito é limitado no tempo, não há falar-se em antecipação de tutela, pois os valores atrasados a que faria jus a demandante só podem ser pagos, segundo os termos do art. 100 da Constituição Federal, mediante precatório ou RPV.

IX. Apelação do INSS parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do INSS.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 10/09/2014.

Desembargador Federal *Candido Moraes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Candido Moraes: — O INSS maneja recurso de apelação contra a sentença proferida, pela qual o juízo *a quo* acolheu a pretensão central deduzida em juízo, condenando a referida autarquia a pagar à parte-autora as parcelas referentes ao benefício de salário-maternidade, no valor de um salário-mínimo, pelo prazo legalmente estabelecido.

Correção monetária sobre as verbas em atraso, a que se acrescem juros de mora, além de honorários advocatícios, a cargo da autarquia sucumbente.

Postula o INSS a reforma meritória da sentença, confrontando, ainda, a forma de aplicação dos consectários da condenação.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Candido Moraes: — O magistrado *a quo* entendeu por bem conceder o benefício de salário-maternidade requerido pela parte-autora.

Tratando-se de benefício com prazo certo limitado a cento e vinte dias, não se há de falar em remessa oficial, porquanto certo que o valor da condenação não ultrapassa o teto previsto no art. 475, § 2º, do CPC.

Ausência de interesse de agir

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 631.240, com repercussão geral reconhecida, entendeu indispensável o prévio requerimento administrativo pelo segurado antes de pleitear benefício previdenciário nas vias judiciais.

A e. Corte ressaltou ser despicienda a anterior formulação no INSS quando a pretensão é a revisão de benefícios e/ou caso a posição da autarquia seja notoriamente contrária ao direito postulado (v.g. desaposentação), situações em que o interesse de agir da parte-autora é evidenciado.

Estabeleceu, ainda, os critérios a serem observados, como regras de transição, de modo que, nos casos em que o INSS apresentou *contestação de mérito* no curso do processo judicial, fica mantido seu trâmite. Isso porque, havendo contestação, caracterizado está o interesse de agir da parte-autora, uma vez que há resistência ao pedido, não havendo que se falar em carência de ação.

Somando-se a isso, entendo que, na hipótese de ter sido proferida, no curso do processo, decisão que expressamente afastou a preliminar de carência de ação por ausência do prévio requerimento administrativo, *necessário se faz analisar a eficácia preclusiva daquele decisum.*

De primário saber, o processo é uma sucessão ordenada de atos tendentes à solução da pretensão posta em juízo. Para uma regular caminhada processual, as partes devem arguir em tempo e modo próprios (salvas expressas exceções legais) as questões que entendam pertinentes, sob pena de preclusão.

Assim, embora os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo possam ser examinados a qualquer tempo e grau de jurisdição (dentre os quais se encaixa a regularidade da representação processual), a teor do art. 267, § 3º, do CPC, essa consideração refere-se tão somente às questões ainda não decididas no curso do feito.

Necessário se faz, portanto, estabelecer uma correta interpretação ao enunciado do § 3º do art. 267 do CPC, segundo o qual as questões relacionadas à admissibilidade do processo podem, a qualquer tempo, ser conhecidas *ex officio*, até o trânsito em julgado da decisão final, mesmo pelos tribunais.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Cleberson José Rocha e Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocados).

Neste contexto, filio-me à corrente doutrinária segundo a qual

Não há qualquer referência no texto legal, porém, à inexistência de preclusão em torno das questões já decididas. A qualquer tempo é possível conhecer tais questões, controlar a regularidade do processo, desde que o processo ainda esteja pendente e que não tenha havido preclusão a respeito.¹

Entendo, pois, que, se as questões ditas de ordem pública já foram devidamente apreciadas, seja pelo magistrado de origem, seja pela segunda instância em sede de agravo de instrumento, e inexistindo recurso tempestivo das partes, a hipótese é de preclusão.

Sendo assim, em casos tais, a parte interessada deveria ter interposto o recurso pertinente à decisão que, no curso do processo, expressamente rejeitou a preliminar de carência de ação por ausência de prévio requerimento administrativo, não cabendo ressuscitar a matéria no julgamento apelação.

Pois bem, o comando exarado há de permanecer hígido, *quanto ao mérito*.

Regulado atualmente pela Lei 8.213/1991 o salário-maternidade é concedido na forma estabelecida pelo art. 18, art. 39, parágrafo único, e art. 71, conforme se vê adiante:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

[...]

g) salário-maternidade;

[...]

Art. 39. Parágrafo único. Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário-mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício. (Incluído pela Lei nº 8.861, de 1994)

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003).

O reconhecimento da qualidade de segurada especial apta a receber o específico benefício tratado nos autos desafia o preenchimento dos seguintes requisitos fundamentais: a existência de início de prova material da atividade rural exercida, a corroboração dessa prova indiciária por robusta prova testemunhal e, finalmente, para obtenção do salário-maternidade ora questionado, a comprovação do exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 10 (dez) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício, como define o § 2º do art. 93 do Decreto 3.048/1999.

Na espécie, esses requisitos foram atendidos pela parte-autora, pois os documentos trazidos com a inicial servem como início de prova material da atividade rural alegada, já que apontam para o desempenho do labor campesino da parte-autora, a teor do entendimento sufragado pelo STJ, por esta Turma, e pela 1ª Seção deste TRF.

É pacífica a jurisprudência do STJ e desta Corte no sentido de que o rol do art. 106 da Lei 8.213/1991 é meramente exemplificativo, (STJ AgRG no REsp 1073730/CE) sendo admissíveis, portanto, outros documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, além dos ali previstos.

São idôneos portanto, certidões de casamento, de óbito, de nascimento dos filhos, Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), certificado de reservista, carteiras de beneficiário do extinto Inamps, entre outros registros públicos, sendo certo que a qualificação profissional de lavrador ou agricultor constante desses documentos não só aproveita em favor de seu titular, mas é extensível a cônjuge/companheiro(a) e aos filhos.

Igualmente aceitáveis documentos tais como certidões do Incra, guias de recolhimento de ITR, documentos fiscais de venda de produtos rurais, certidão de registro de imóveis relativos à propriedade rural, contratos de parceria agrícola e todos outros que indiquem a ligação da parte-autora com o trabalho e a vida no meio rural.

A dimensão do imóvel rural, para fins de enquadramento do segurado como empregado ou empregador rural, nos termos do art. 1º, II, b, do Decreto-Lei 1.166/1971, não afasta, *per se*, a caracterização do regime de economia familiar, podendo tal condição ser demonstrada por outros meios de prova, independentemente se a propriedade em questão possui área igual ou superior ao módulo rural da respectiva região (Precedente do STJ REsp 104201/DF).

¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 10. ed., Salvador: Edições Podivm, 2008, p. 515.

Veja-se julgado do STJ sobre a questão:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. DOCUMENTAÇÃO EM NOME DOS PAIS. VALIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da admissibilidade de documentos em nome de terceiros como início de prova material para comprovação da atividade rural. Isso em razão das dificuldades encontradas pelos trabalhadores do campo para comprovar o seu efetivo exercício no meio agrícola.

2. Recurso especial conhecido e improvido.

REsp 501009/SC, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª Turma, DJ 11/12/2006, p. 407. (Grifei)

Ademais, a condição de segurado especial constante de documentos em nome do cônjuge ou do companheiro, cuja comprovação de união estável poderá ser feita por prova testemunhal,² é extensiva à parte-autora.

De igual modo, documentos juntados em nome dos pais da autora também são admitidos como início de prova material para comprovar a atividade rural da filha *quando esta reside ou trabalha em terras de propriedade dos genitores*.

Quanto ao período comprovado pelos documentos, é firme o posicionamento desta Corte no sentido de que não é necessário que o início de prova documental para comprovação de exercício de atividade rural abranja todo o período de carência, sobretudo quando a prova testemunhal é suficientemente forte para corroborar o deferimento da aposentadoria.

Mais, os testemunhos colhidos pelo juízo *a quo* corroboraram a documentação em comento, demonstrando o labor rural por período superior ao da carência exigida.

Deve ser consignado, por importante, que eventuais registros no CNIS de vínculos urbanos *esparcos e exíguos* não infirmam a condição de trabalhador rural do segurado nessa condição, na

hipótese em que o acervo probante presente nos autos aponte para essa direção.

No mesmo sentido, a simples inscrição do segurado como contribuinte individual autônomo, com a simples aposição de determinada profissão, *sem vínculos empregatícios comprovados*, também não descaracteriza a predominância do labor rural do segurado, na hipótese em que o *conjunto* das provas produzidas indicar tal situação.

No que é acessório:

a) O valor do benefício, a ser pago de uma só vez, em face do transcurso do tempo, equivale a quatro prestações (cento e vinte dias) do salário-mínimo vigente à época do parto, atualizável a partir de então.

Apartando-se o comando da origem dessa estipulação, sua reforma desafia recurso voluntário da parte prejudicada.

b) A correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Em questões de índole previdenciária os juros de mora são devidos a partir da citação, em relação às parcelas a ela anteriores, e de cada vencimento, quanto às subsequentes, no percentual de 1% a.m até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir de quando serão reduzidos para 0,5% ao mês, caso a taxa Selic ao ano seja superior a 8,5% ou 70% da taxa Selic ao ano, mensalizada, nos demais casos, segundo a Lei 12.703/2012 e o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

O termo final dos juros corresponde à data do trânsito em julgado deste acórdão, na hipótese de inexistir oposição de embargos à execução pelo INSS. Caso proposta a ação incidental, o termo final dos juros corresponde à data da decisão judicial última e não recorrida que homologa definitivamente os cálculos exequendos.

O STF, seguido pelo STJ, entende que a correção monetária e os juros de mora são consectários legais da condenação principal, sendo, portanto, consequências impostas por lei, que possuem natureza de ordem pública, os quais, na hipótese de inexistência de recurso da autarquia previdenciária, serão ajustados de ofício (AGAREsp 288026, rel. Min. Humberto Martins, T2/STJ, DJE 20/02/2014; RE 559445, rel. Min. Ellen Gracie, T2/STF, DJe- 10/06/2009 e EREsp 1.207.197/RS).

c) Honorários advocatícios 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. Entretanto,

²Precedentes desta e. Corte e do colendo STJ: AC 2001.01.99.047480-6/MG, rel. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado), Primeira Turma, DJ 02/06/2003, p. 76; AC 2000.01.00.066000-8/MG, rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ de 21/06/2002, p. 41; AC 1997.01.00.037724-1/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Segunda Turma, DJ de 30/03/2001, p. 522 e REsp 326717, Rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, DJ de 18/11/2002, p. 300 e REsp 296.128/SE, rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 04/02/2002, p. 475.

caso a sentença tenha fixado valor diferente do entendimento jurisprudencial, deve ela prevalecer na hipótese de ausência de recurso da parte interessada.

Tal parcela é devida igualmente nos feitos em que não houve prévia postulação administrativa, tendo em vista que o INSS não requereu a suspensão do feito para, administrativamente, analisar a prevalência do pedido formulado, optando a autarquia por dar continuidade ao processo judicial em seus ulteriores termos.

d) Nos feitos processados perante a Justiça Estadual, o INSS é isento do pagamento de custas nos

Estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia, Mato Grosso e Piauí.

e) Tratando-se de benefício de salário-maternidade, cujo proveito é limitado no tempo, não há falar-se em antecipação de tutela, pois os valores atrasados a que faria jus a demandante só podem ser pagos, segundo os termos do art. 100 da Constituição Federal, mediante precatório ou RPV.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do INSS para que, no cumprimento do julgado, sejam observadas estipulações dos itens a ao e supra, naquilo em que a sentença recorrida divirja dos posicionamentos ali consignados.

É como voto.

Terceira Turma

Apelação Criminal 0036953-07.2005.4.01.3400/DF

Relator:	Desembargador Federal Ney Bello
Apelante:	Francisco Brígido da Costa
Advogados:	Dr. Michel Saliba Oliveira e outro
Apelante:	Justiça Pública
Procurador:	Dr. Luiz Fernando B. Viana
Apelados:	os mesmos
Apelada:	Gleide de Oliveira Brígido
Defensor:	Defensoria Pública da União – DPU
Publicação:	e-DJF1 de 25/08/2014, p. 63

Ementa

Penal e Processual Penal. Concussão. Art. 316, caput, do Código Penal. Materialidade, autoria e dolo comprovados em relação a uma das condutas apontadas na denúncia contra o primeiro apelante. Absolvição da segunda denunciada mantida. Provas insuficientes para a condenação. Dosimetria parcialmente reformada. Aumento da pena-base.

I. O contexto probatório demonstrou que o réu, na condição de deputado federal, exigiu de um de seus funcionários, como condição para sua admissão no gabinete, o repasse em seu favor de parte considerável de seu salário. Materialidade, autoria e dolo comprovados. A condenação se impõe nesta hipótese.

II. Não há base probatória para condenar o réu pela prática do segundo crime de concussão apontado na denúncia.

III. A absolvição da segunda denunciada fica mantida nos termos da fundamentação adotada pelo julgador de primeiro grau. As provas são insuficientes para responsabilizá-la penalmente pelas condutas apontadas na denúncia.

IV. Dosimetria reformada em parte. A pena-base fixada no patamar mínimo legal não atende aos requisitos de prevenção e reprovação do crime praticado pelo réu. O significativo grau de reprovação social da conduta delitiva praticada pelo réu impõe o aumento da pena-base em patamar superior ao mínimo legal.

V. Apelação do réu não provida. Apelação do Ministério Público Federal provida em parte.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação do réu e dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 19/08/2014.

Desembargador Federal *Ney Bello*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: — Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e por Francisco Brígido da Costa contra sentença prolatada pelo Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

A sentença julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar Francisco Brígido da Costa pela prática do crime de concussão (art. 316, *caput*, do Código Penal) e absolvê-lo da prática do delito de corrupção passiva (art. 317, §1º, do Código Penal), e absolveu Gleide de Oliveira Brígido da acusação de prática do delito de concussão com fundamento no art. 386, V e VII, do Código de Processo Penal.

A pena foi fixada em 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão de R\$ 302,00 (trezentos e dois reais), com substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito (fls. 801-814).

Narra a denúncia que Francisco Brígido da Costa, durante o exercício de mandato de deputado federal, com auxílio de sua esposa Gleide de Oliveira Brígido, exigiu, de forma direta e por diversas vezes, que os funcionários Crispiniano da Silva Velame e Marineide Lima Soares, lotados em seu gabinete, depositassem grande parte de seus salários em sua conta pessoal e de sua esposa. Com tais condutas, supostamente incorreram nas penas do art. 316, *caput*, do Código Penal.

Descreve, ainda, que Francisco Brígido solicitou à sua então suplente, Antônia Adelaide Néri, dinheiro e passagens aéreas como condição para que se licenciasse do mandato, conduta descrita no art. 317, §1º, do Código Penal.

O Ministério Público Federal recorre, afirmando existir nos autos provas suficientes da efetiva participação de Gleide de Oliveira Brígido nos fatos noticiados na denúncia. Sustenta que a apelada tinha conhecimento das condutas ilícitas e que alguns dos comprovantes de depósito bancário encartados nos autos estavam em seu nome (fls. 57-59, 64 e 67).

Assevera, também, que não existe dúvida de que Francisco Brígido da Costa fez a exigência descrita na denúncia também contra a funcionária Marineide Lima

Soares e, por fim, que sua conduta merece maior grau de reprovação, requerendo o aumento da pena (fls. 824-831).

O réu Francisco Brígido da Costa argumenta que já transcorreram mais de 7 (sete) anos entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, requerendo seja reconhecida extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição.

No mérito, sustenta, em síntese, que não há evidências do cometimento do delito de concussão, e que o depoimento testemunhal de Crispiano da Silva Velame não guarda conexão com as declarações prestadas perante a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

Por fim, assevera que as demais testemunhas ouvidas em juízo não confirmam a versão apresentada por Crispiano.

Defende, por fim, a atipicidade de conduta, pelo fato de não possuir relevância na esfera criminal, e por ausência de dolo.

Contrarrazões apresentadas pelos acusados (fls. 845-855 e 856-864) e pelo *Parquet* Federal (fls. 895-898).

Nesta instância, o Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso do acusado e pelo provimento da apelação do Ministério Público Federal (fls. 903-911).

É o relatório.

Encaminhe-se este feito à eminente revisora em 31 de julho de 2014.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: — Preliminarmente, afasto a alegação do réu de extinção da punibilidade pela prescrição. É que, na hipótese, a contagem do prazo prescricional não será feita pela pena em concreto, a teor do que dispõe o art. 110, *caput* e §1º, do Código Penal.

O recurso interposto pelo Ministério Público Federal contra a pena aplicada na sentença transfere

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mônica Sifuentes e Mário César Ribeiro.

o marco regulatório da prescrição para a pena máxima prevista no tipo penal, nos termos previstos pelo art. 109, *caput*, do Código Penal.

Considerando que a pena máxima prevista para o *caput* do art. 316 do Código Penal é de 8 (oito) anos, não há que se falar em prescrição.

No mérito, verifico que a sentença apelada merece ser parcialmente reformada.

A materialidade e a autoria do delito de concussão praticado pelo acusado Francisco Brígido da Costa contra a vítima Crispiniano da Silva Velame ficaram comprovadas pelos recibos de depósito bancário de fls. 57-59, pelo interrogatório do réu colhido em juízo às fls. 399-402, e pelos depoimentos testemunhais de fls. 427-428, 448-449, 510 e 706.

Em que pese a argumentação deduzida pelo apelante Francisco Brígido da Costa, os depoimentos prestados por Crispiniano da Silva Velame no curso da instrução processual não são contraditórios e estão em conformidade com as demais provas dos autos.

O contexto probatório é firme no sentido de confirmar a materialidade, a autoria e a presença do dolo na conduta do réu, que efetivamente exigiu de Crispiniano da Silva Velame vantagem indevida, conforme extraído do próprio interrogatório do acusado às fls. 399-402, em cotejo com os demais elementos de prova.

Também não merece acolhimento a tese de atipicidade pela insignificância da conduta, sustentada pelo réu. Não é razoável admitir que a exigência feita a funcionário para que este disponha de parte considerável de seu salário como condição para sua contratação não possua relevância para o Direito Penal.

No que diz respeito a Marineide de Lima Soares, as provas dos autos não são suficientes para responsabilizar penalmente o réu Francisco Brígido.

Da análise de seus depoimentos colhidos em juízo (fls. 425-426 e mídia de fl. 753), concluo que, de fato, o repasse de parte de seu salário como funcionária do gabinete do réu, então deputado federal, ocorreu por espontânea vontade, na linha do que decidiu o juízo de primeiro grau.

Acerca dos fatos, esclareceu Marineide ser funcionária estadual, e que, à época, trabalhava na representação do Estado do Acre em Brasília. afirmou que pediu ao réu que a requisitasse para trabalhar no seu gabinete na Câmara dos Deputados, e que fora ela mesma quem sugeriu a dispensa de parte de seu salário para pagar outro funcionário estadual.

Asseverou, também, que “o acusado, nem tampouco a Sr^a Gleide fizeram qualquer exigência de repasse de parte do salário da depoente” (fl. 425).

Diante da ausência de outras provas que corroborem a exigência da vantagem indevida por parte do réu em relação a Marineide de Lima Soares, não há como imputar a ele a prática deste crime. A apelação do Ministério Público Federal não merece ser provida nesta parte.

Também entendo não assistir razão ao Ministério Público Federal quando postula a condenação de Gleide de Oliveira Brígido pela prática do crime de concussão. As provas dos autos não são suficientes para afirmar que a ré exigiu do funcionário Crispiniano da Silva Velame os repasses de parte do seu salário.

Ainda que haja nos autos notícias de que a acusada auxiliava o réu em seu gabinete, este fato, por si só, não pode ser utilizado para concluir que a ré tenha feito exigência indevida a Crispiniano.

A vítima, ao ser arrolada como testemunha, afirmou no depoimento de fls. 427-428, em síntese, que “Gleide de Oliveira Brígido não interferia em suas relações com o acusado” (fl. 427).

Diante da ausência de outras provas que confirmem a responsabilidade penal da acusada, mantenho a absolvição nos termos da fundamentação adotada pelo julgador de primeiro grau.

Quanto à dosimetria, observo que o MM. juízo *a quo* aplicou a pena-base no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão, por considerar favoráveis todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal. A pena de multa foi fixada em 10 (dez) dias-multa à razão de R\$ 302,00 (trezentos e dois) reais.

A pena ficou definitivamente fixada neste patamar diante da ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes, ou causas de diminuição ou aumento da pena.

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, o juízo *a quo* substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, prestação de serviços comunitários e prestação pecuniária.

A meu ver, deve ser provido o recurso interposto pelo Ministério Público Federal. A fixação da pena-base no mínimo legal não atende aos requisitos de reprovação e prevenção do crime apurado nesta ação penal.

O elevado grau de reprovabilidade da conduta delitiva praticada pelo réu impõe a fixação da pena-base em montante superior àquele fixado na sentença.

Francisco Brígido da Costa, na qualidade de deputado federal, é destinatário de fé pública outorgada pela sociedade e não agiu com a retidão exigida pelo cargo. A pena imposta ao acusado não guardou proporcionalidade entre o ato delitivo praticado e a sanção imposta.

Tais circunstâncias autorizam a elevação da pena-base de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Ausentes circunstâncias atenuantes/agravantes, bem como causas de diminuição ou aumento de pena,

torno a pena definitiva em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial aberto, a teor do que dispõe o art. 33, §2º, c, do Código Penal.

Fica mantida a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos moldes em que fixada pelo juízo de primeiro grau.

Sentença reformada, no particular.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do Ministério Público e nego provimento à apelação do réu.

É como voto.

Terceira Turma

Agravo de Instrumento 0022688-34.2013.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
 Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Agravado: Gerson Peixoto da Silva
 Advogados: Dra. Anália Maria Guimarães Lima e outra
 Publicação: e-DJF1 de 03/10/2014, p. 145

Ementa

Processual Civil. Agravo de instrumento. Desapropriação. Acordo homologado em juízo. Trânsito em julgado. Descumprimento. Cláusula rebus sic stantibus. Teoria do adimplemento substancial.

I. O acordo judicialmente homologado é um ato jurídico que tem existência e efeitos que se irradiam no ordenamento jurídico.

II. O Código de Processo Civil, em seu art. 467, dispõe: “Denomina-se coisa julgada a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

III. A tese de relativização da coisa julgada somente é aceitável em casos excepcionais, vícios insanáveis, incontornáveis (p. ex. falta de citação no processo de conhecimento), sob pena de colocar em risco a segurança jurídica.

IV. A cláusula *rebus sic stantibus* permite a inexecução da avença, desde que se modifiquem as bases fáticas que lhe deram sustentação, com acontecimentos extraordinários e/ou desconexos com o acordo celebrado. Precedente do STJ.

V. Em termos simplificados, pode-se conceituar “*adimplemento substancial*” como o cumprimento de um contrato muito próximo do que foi pactuado e que implica o afastamento das consequências rígidas da mora, vale dizer, do inadimplemento. Teoria que vem sendo cogitada em *demandas contratuais*, oriundas do Direito Civil e do Consumidor. Precedentes do STJ.

VI. Cuida a hipótese de *acordo judicialmente homologado*, acerca da indenização devida pela desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, com existência e efeitos que se irradiam no ordenamento jurídico, vale dizer, não se trata de um contrato nominado pelo Código Civil, ou de obrigações decorrentes do Direito do Consumidor.

VII. *Ad argumentandum tantum*, mesmo que se cogitasse da aplicação de tal teoria no âmbito das desapropriações para fins de reforma agrária, ter-se-ia que observar, no mínimo, os dois critérios indicados pela

jurisprudência, para embasar tal acolhimento, a saber: “a seriedade das consequências que de fato resultaram do descumprimento, e a importância que as partes aparentaram dar à cláusula pretensamente infringida”.

VIII. Nesse viés, consoante destacou o il. Min. Sidnei Beneti no voto condutor do julgamento do REsp 1.215.278/SP, importaria também ver “que o desenvolvimento da teoria em referência teve por escopo permitir que uma das partes contratuais não se beneficiasse de tímida aparência de descumprimento contratual por parte da outra, servindo assim a teoria a obstar o enriquecimento ilícito”.

IX. Agravo de instrumento desprovido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 16/09/2014.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Mário César Ribeiro* — Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra contra decisão proferida pela MMª juíza federal substituta da 12ª Vara/MG nos autos da Ação de Desapropriação 2007.38.00.001663-4, que determinou a intimação do ora agravante “para lançar os TDAs faltantes”, em cumprimento a “acordo firmado entre as partes” e homologado pelo juízo, sob pena de incidir a multa diária anteriormente cominada pelo juízo em caso de descumprimento do acordo (cf. fls. 15-17).

Sustenta o agravante, em apertada síntese, que “descaberia relançar títulos vencidos porque seu valor já havia se convertido em dinheiro, acrescido de juros e correção monetária”, sendo que “as partes convencionaram no acordo não mexer nos títulos vencidos, tanto que desde o início combinou-se alterar prazo e juros somente dos títulos vincendos”.

Apresentada contraminuta às fls. 73-79.

O Ministério Público Federal opinou “pelo provimento do agravo”, ao argumento de que,

[...] mesmo considerando-se não terem as partes deliberado acerca dos TDAs cujo vencimento ocorresse anteriormente ao lançamento dos novos títulos, não se afigura de direito, revelando-se verdadeiro enriquecimento ilícito do agravado, compelir a autarquia a efetuar pagamento em duplicidade [...] (fls. 83-86).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Mário César Ribeiro* — Compulsando os presentes autos, verifico que, em 03/02/2011, conciliaram-se as partes que contendem nos autos principais, Incra e Gerson Peixoto da Silva, consoante “*Termo de Audiência e Conciliação*” trazido às fls. 25-27 (fls. 839-841-autos principais). No que importa ao presente instrumento de agravo, destaco os seguintes tópicos do acordo:

[...] Pela MMª Juíza Federal Substituta foi dito que, nos termos do art. 6º, § 4º, da Lei Complementar 88, de 23 de dezembro de 1996, propunha às partes a conciliação. *Conciliação aceita nos termos:*

a) *Cancelamento de 17.283 Títulos da Dívida Agrária*, referente à oferta, ainda não vencidos, com conseqüente *relançamento de igual número, com prazo de resgate de dois a cinco anos e juros de 6% ao ano;*

b) Será acrescido à oferta o percentual de 7%, calculado sobre o valor da mesma, dentro do campo de arbítrio da avaliação, em Títulos da Dívida Agrária, com prazo de resgate de dois a cinco anos e juros de 6% ao ano;

c) Será acrescido à oferta o valor de R\$256.051,00, referente ao passivo ambiental, especificamente ao plantio de espécies e recuperação natural induzida, cuja implementação não se mostra necessária em face de laudo de vistoria elaborado pelo Instituto Estadual de Florestas, datado de 12.03.2008, cuja juntada ora se requer. O valor será pago em Títulos da Dívida Agrária, com prazo de vencimento de dois a cinco anos e juros de 6% ao ano;

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mônica Sifuentes e Ney Bello.

d) Será acrescido, ainda, o valor de R\$81.000,00, referente ao passivo ambiental, especificamente ao cercamento das áreas de reserva legal e preservação permanente, condicionado à prévia comprovação, pelo expropriado, mediante documento oficial do Instituto Estadual de Florestas, de sua realização. Caso ocorra a comprovação da efetivação do cercamento das referidas áreas o valor a ser pago o será em Títulos da Dívida Agrária com prazo de resgate de dois a cinco anos e juros de 6% ao ano. O expropriado se compromete a apresentar a documentação comprobatória do cercamento das áreas no prazo de 30 (trinta) dias, com vista ao expropriante e ao MPF para prévia avaliação. Resta desde já consignado que a não comprovação do cumprimento das mencionadas obrigações ambientais referentes ao cercamento, no prazo acima assinalado, não prejudica as demais condições do acordo, ocorrendo preclusão e conseqüente não pagamento do valor constante neste item;

e) Será pago o valor máximo de até R\$30.000,00, referente ao desmonte, mediante idônea comprovação do seu dispêndio, no prazo de 30 (trinta) dias;

f) O [...] *relançamento dos Títulos da Dívida Agrária*, bem como da complementação da oferta, será feito no prazo de 180 dias, contados da cabal definição acerca do pagamento do valor consignado no item “d”.

[...]

Pela MMª Juíza foi dito que HOMOLOGAVA, com a aquiescência da Dra. Procuradora o acordo avençado, para que produza seus jurídicos e legais efeitos.

[...]

(fls. 25/26 - grifei)

A MMª juíza *a quo*, em 24/06/2011, proferiu a decisão trazida às fls. 32-34 (fls. 881-882-autos principais), em que, reportando-se ao referido acordo, entre outras deliberações, estabeleceu multa diária ao Incra no valor de R\$1.000,00 (mil reais), no caso de “descumprimento do prazo para [re]lançamento dos TDAs”.

Continuando a análise da documentação que instrui o presente instrumento, verifico que o Incra, em 09/10/2012, peticionando nos autos principais, requereu

[...] *a juntada de parte dos TDAs objeto do acordo firmado entre as partes, mais exatamente 15.713 títulos relativos ao lançamento originário, cujo prazo de resgate foi reduzido para 05 anos, com juros de 6% [...]*,

esclarecendo, ainda, naquela ocasião, *verbis*:

No acordo consignou-se o relançamento dos 17.283 títulos ainda vencidos, com prazo de

resgate reduzido. Entretanto, como o relançamento ocorreu após a data de resgate do lote vencido em 01.11.2011, os 1.570 títulos do referido lote foram descontados do relançamento, originando os 15.713 títulos objeto do demonstrativo anexo [cf. fl. 39 deste agravo, fl. 932 dos autos principais].

Ressalta-se que no acordo foi determinado o relançamento do número de títulos, com prazo reduzido para 05 anos e juros de 6%. Caberia, pois, o relançamento com data inicial em 2012 e resgate final em 2016. A autarquia, todavia, procedeu ao relançamento com data retroativa a 2006 (data dos TDAs originários), com resgate final em 2011, significando que todos os títulos relançados já estão vencidos, trazendo enorme benefício para o credor, o que, por certo, mitiga eventual prejuízo decorrente do atraso no relançamento dos títulos.

Falta, ainda, o lançamento dos TDAs necessários ao pagamento do campo de arbítrio da oferta e do passivo ambiental do imóvel, no total de R\$414.000,00, o que, segundo informações da Diretoria de Gestão Administrativa da autarquia, deve ocorrer em breve. Assim que disponibilizados tais títulos pela Secretaria de Tesouro Nacional, serão os mesmos juntados aos autos.

(fls. 37/38-agravo, fls. 930/931-autos principais - grifei)

Em 20/11/2012, a autarquia expropriante peticionou novamente para apresentar, à fl. 946 dos autos principais (fl. 45-agravo), o demonstrativo de lançamento “dos TDAs ainda devidos ao expropriado, referentes à parcela de R\$414.032,00, objeto da transação firmada entre as partes” e, ainda, requereu, *verbis*:

[...]

4. [...] *a redução da multa arbitrada contra a autarquia por conta do atraso no lançamento dos TDAs objeto da transação.*

Referida multa flui desde 10.04.2012, no valor de R\$1.000,00 [mil reais] diários, somando, atualmente, mais de R\$200.000,00 [duzentos mil reais].

[...]

(fl. 42 - grifei)

Consoante despacho proferido em 06/12/2012 (fl. 50-agravo, fl. 951-autos principais), a MMª juíza condutora do feito determinou a expedição de “alvará para o levantamento dos TDAs com lançamento comprovado às fls. 932 e 939”, ressalvando

[...] *o direito do desapropriado de reclamar qualquer diferença que entenda cabível no que se refere ao demonstrativo de fl. 932, haja vista as ponderações feitas pelo INCRA às fls. 930/931 [...]*.

Quanto ao pedido de redução do valor da multa, consignou que nada havia a deferir, por se tratar

[...] de penalidade imposta em decisão fundamentada, inclusive confirmada pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região ao julgar o agravo de instrumento interposto [...].

Por petição protocolizada em 08/01/2013, atendendo esse despacho, o desapropriado manifestou-se nos autos principais nestes termos:

1. O desapropriado não entende ser juridicamente, nem moralmente, cabível a *supressão de 1.570 TDAs do relançamento* efetuado pelo INCRA, conforme informado às fls. 930/931.

O acordado foi o relançamento de 17.283 títulos, com prazo de resgate reduzido. Não cabe ao expropriante alterar os termos do acordo celebrado anteriormente, sem consultar a outra parte, e realizar a *supressão de títulos com alteração do prazo de resgate sob a alegação infundada de que isso trará benefício ao credor* – uma vez que *não foi demonstrado efetivamente o benefício por parte do credor.*

Além do mais, tem que ser considerado que *esse dinheiro na mão do produtor rural teria sido aplicado na sua atividade rural ou no mercado de capitais, e teria uma rentabilidade muito maior.* O índice de correção monetária mais baixo de uma poupança é superior à benesse oferecida pela Autarquia.

2. Requer, portanto, o *relançamento dos 1.570 TDAs que foram descontados indevidamente, nos termos do acordo realizado.*

E, caso haja eventual atraso por parte da referida Autarquia Federal no relançamento dos referidos títulos, requer a imposição de multa diária, em valor a ser arbitrado por V.Exa.

3. Com relação à *aplicação da multa diária* (fls. 881/883), assim que ocorrer o trânsito em julgado da decisão, uma vez que esta está sob julgamento do TRF 1 (AI n. 0066250-64.2011.4.01.0000), tendo sido interposto um Recurso Especial na data de hoje, a parte desapropriada procederá a execução da mesma.

(fls. 51/52 - grifei)

Novamente, o Incra peticionou nos autos principais (cf. fls. 55-59-agravo, fls. 965-969-autos principais) e, após manifestação do MPF (cf. fls. 62-64-agravo, fls. 972-974-autos principais), a MMª juíza *a quo* relatou as questões a ela submetidas no feito principal nestes termos, que destaco:

I. O desapropriado requereu às fls. 956/957 a intimação do INCRA para *comprovar o lançamento de 1.570 TDAs, para completar o número total de títulos previsto no acordo firmado entre as partes* (Termo de fls. 839/841). Argumenta que não poderia o INCRA, sem a sua anuência, alterar os termos do acordo com a *supressão do quantitativo de títulos,*

mesmo porque, diverso do alegado pela autarquia, isso não lhe traria vantagens.

O INCRA, às fls. 965/969, resistiu à pretensão do desapropriado. Sustentou que as condições do acordo deveriam ser respeitadas *apenas* na hipótese de não haver alteração do quadro fático. Contudo, quando do relançamento dos títulos uma nova série daqueles originários já haveria vencido, com o seu resgate e disponibilização do valor ao reclamante. Portanto, nos termos da cláusula *rebus sic standibus* entendeu que, apesar dos termos do acordo, *estaria autorizado a desconsiderar o número de títulos dessa série, devendo o desapropriado levantar o respectivo valor em dinheiro.* Ainda diz que *não houve qualquer prejuízo ao desapropriado, porque em ato de liberalidade os títulos teriam sido relançados com data retroativa.*

O Ministério Público Federal se manifestou às fls. 972/974 dando razão ao INCRA, eis que o lançamento dos TDAs, do modo como procedido, não causaria efetivo prejuízo ao desapropriado. Por último, requereu a intimação do INCRA para comprovar que o valor de R\$414.032,00 [quatrocentos e quatorze mil e trinta e dois reais], representado pelos TDAs de fls. 939, corresponde ao cumprimento dos itens “b” e “c” do acordo.

(fl. 15 - grifei)

E, diante desse contexto, proferiu a *r. decisão ora agravada*, em 25/03/2013, que destaco:

II. As partes se conciliaram restando avençado, dentre outros, o relançamento de 17.283 TDAs, com prazo de resgate de 02 a 05 anos e juros de 6% ao ano. Ainda ficou combinado o levantamento pelo desapropriado do valor já depositado, relativo aos títulos vencidos à época da audiência.

A decisão transitou em julgado, sem insurgência de quem quer que fosse.

Os argumentos dos quais se valeu o INCRA emanam da tese de relativização da coisa julgada, que vem sendo aceita pela doutrina. Mesmo para aqueles que admitem a flexibilização, ela há de ser feita com reservas, consubstanciando exceção à regra, por colocar em risco a segurança jurídica. Encontra espaço apenas diante de situações de trato continuado, em que ocorre a modificação do fato jurígeno e da norma que o tipifica.

Com efeito, tratando-se de situação que se mantém viva mesmo após o trânsito em julgado da decisão em que se analisou a questão originariamente posta, a alteração das circunstâncias pode tornar inviável o seu cumprimento, cabendo alterações. Tudo se dá ao influxo da cláusula *rebus sic standibus*.

Entretanto, este *não é o caso dos autos.*

A relação entre as partes não é de trato continuado. *No momento em que proferida a sentença homologatória todos os elementos relativos*

à relação jurídica foram detalhados e em nada foram modificados.

Oportuno lembrar que as partes tinham consciência do possível vencimento de uma ou de algumas séries dos TDAs que acompanharam a inicial, até o momento em que fossem relançados os novos títulos. Contudo mesmo assim nada dispuseram a respeito do resgate do respectivo valor, à exceção daquelas séries que já estavam vencidas na data da assentada.

Outrossim, não houve qualquer impedimento involuntário para que o INCRA deixasse de lançar os títulos no exato montante previsto no acordo. Tanto é verdade que a autarquia sequer apresentou escusas, dizendo apenas que o seu proceder foi mais vantajoso para o desapropriado.

Portanto, a tese da autarquia agrária não pode ser acolhida, mesmo sob a alegação de que o lançamento dos novos títulos se deu de modo mais vantajoso. Primeiro porque o próprio INCRA reconheceu à fl. 968 que a retroação do termo inicial dos títulos se deu por liberalidade sua. Segundo porque não cabe a este imiscuir na questão e dizer se o lançamento deste ou daquele jeito é mais benéfico ou não ao desapropriado, mesmo porque esta pesquisa pode ultrapassar o aspecto financeiro e ganhar contornos psicológicos, por exemplo.

Com base nestas razões, reconheço que até o momento não houve o integral cumprimento do acordo, no que toca ao valor da terra nua. Intime-se o INCRA para lançar os TDAs faltantes.

Também deverá a autarquia declinar os dados da conta bancária para onde deverão ser transferidos os valores relativos à série de TDAs vencida, pertinente aos títulos originários e que hão de ser substituídos.

III. Quanto ao pedido de fixação de multa em desfavor do INCRA, nada a deferir, haja vista o que foi decidido às fls. 881/882, que se faz forte por seus próprios fundamentos. Enquanto não for comprovado o lançamento integral dos TDAs, nos exatos termos do acordo, prevalece o já decidido.

IV. Intime-se o INCRA, como requerido pelo MPF às fls. 972/973.

(fls. 15/17)

Pois bem, insurge-se o Incra contra esse *decisum*, sustentando, em síntese, que “descaberia relançar títulos vencidos porque seu valor já havia se convertido em dinheiro, acrescido de juros e correção monetária”, sendo que “as partes convencionaram no acordo não mexer nos títulos vencidos, tanto que desde o início combinou-se alterar prazo e juros somente dos títulos vincendos”. Nesse contexto, afirma que se equivocou “a d. Magistrada ao entender que a cláusula rebus sic stantibus aplica-se apenas às relações de trato continuado”, já que, segundo defende,

[...] referida cláusula implícita, decorrente da Teoria da Imprevisão, reúne como requisitos uma obrigação de trato sucessivo ou uma obrigação de execução diferida, como é o caso destes autos [...].

Alega, ainda, que, “apesar do relançamento dos TDAs ainda não vencidos e do pagamento dos lotes já vencidos”, pelo teor da decisão agravada

[...] o INCRA não teria cumprido a obrigação pactuada em audiência, de sorte que a multa cominatória [de R\$1.000,00 por dia, no caso de descumprimento do prazo para lançamento] continuaria a incidir [...]

e, assim ocorrendo, sustenta que a decisão agravada desconsiderou “a Teoria do Adimplemento Substancial”, segundo a qual

[...] o juiz deve examinar o comportamento do devedor e, na hipótese de cumprimento quase integral da obrigação, negar a rescisão contratual ou a aplicação de penalidade por inadimplemento absoluto [...].

Diante disso, requer que:

1) seja concedido efeito suspensivo para suspender a decisão agravada em todos os seus termos;

2) no mérito, [...] seja julgado procedente o agravo para a cassação da decisão recorrida, considerando-se cumprido o acordo pelo INCRA;

3) na eventualidade de não ser cassada a decisão recorrida em seu inteiro teor, [...] [seja cassada a] ordem de fluência da multa diária até a comprovação do lançamento dos TDAs faltantes, posto que a maior parte do acordo já foi cumprida pelo agravante;

4) na eventualidade de não ser provido o pedido supra, [...] [seja reduzido o] valor da multa para R\$50,00 (cinquenta reais) diários e, ainda, com termo inicial na data de intimação da decisão agravada e termo final na data do lançamento dos títulos, constante do respectivo certificado, a partir da qual se inicia a fluência do prazo de resgate dos mesmos.

(fls. 12-13)

Assim contextualizada a questão veiculada nos presentes autos, passo a decidir.

Vejamos.

É certo que, na hipótese, as partes se conciliaram e o acordo sobre a indenização foi homologado pelo juízo singular, para que produzisse “seus jurídicos e legais efeitos”, sendo incontroverso que tal decisão transitou em julgado, fazendo, portanto, lei entre as partes.

O acordo judicialmente homologado é um ato jurídico que tem existência e efeitos que se irradiam no ordenamento jurídico.

O Código de Processo Civil, em seu art. 467, dispõe: “*Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*”.

Pois bem, a tese de *relativização da coisa julgada* somente é aceitável em casos excepcionais, vícios insanáveis, incontornáveis (p. ex. falta de citação no processo de conhecimento), sob pena de colocar em risco a segurança jurídica.

Ora, não se controverte, *in casu*, sobre a existência de qualquer vício insanável/incontornável no acordo homologado, conforme proposto pela MMª juíza condutora do feito, relativamente ao justo preço da indenização, o que foi aceito por ambas as partes, devidamente representadas na audiência, em todos os seus termos, com a presença do Ministério Público Federal (cf. Termo às fls. 25-27-agravo; fls. 839-841-autos principais).

Com efeito, o Incra, com a mera alegação de ser “*mais vantajoso*” para a outra parte, sem comprovação de tal vantagem, simplesmente optou por não cumprir a avença em sua totalidade, não relançando os arguidos 1.570 (um mil, quinhentos e setenta) Títulos da Dívida Agrária que haviam vencido no intervalo de tempo entre a homologação do acordo e o relançamento dos demais TDAs indicados no item *a* do referido “*Termo de Audiência e Conciliação*”.

Quanto ao argumento no sentido de que se aplica, na hipótese, a cláusula *rebus sic stantibus* implícita no acordo, por tratar, a hipótese, de “*obrigação de execução diferida*”, é certo que sobre o tema já decidiu o eg. Superior Tribunal de Justiça que a

[...] *cláusula rebus sic stantibus permite a inexecução de contrato comutativo – de trato sucessivo ou de execução diferida – se as bases fáticas sobre as quais se ergueu a avença alterarem-se, posteriormente, em razão de acontecimentos extraordinários, desconexos com os riscos ínsitos à prestação subjacente*” (REsp 849.228/GO, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 12/08/2010 - grifei).

Esse não é, porém, o caso dos autos, consoante evidenciado na r. decisão recorrida, por isso que, no momento da feitura do acordo, “*todos os elementos relativos à relação jurídica foram detalhados e em nada foram modificados*”, não podendo ser considerado como modificação de situação de fato ou de direito, ou acontecimento extraordinário e desconexo com o acordo celebrado, o *vencimento de TDAs pré-existent*

e *conhecidos*, que, *independentemente da data de vencimento*, deveriam ser relançados.

Requer, ainda, o Incra/agravante a aplicação da “*Teoria do Adimplemento Substancial*”, ao argumento de que ocorreu o “*cumprimento quase integral da obrigação*”, razão pela qual pede que seja cassada a “*ordem de fluência da multa diária até a comprovação do lançamento dos TDAs faltantes*”, ou que seja reduzido o

[...] valor da multa para R\$50,00 (cinquenta reais) diários e, ainda, com termo inicial na data de intimação da decisão agravada e termo final na data do lançamento dos títulos [...].

Pois bem, em termos simplificados, pode-se conceituar “*adimplemento substancial*” como o cumprimento de um contrato muito próximo do que foi pactuado e que implica o afastamento das consequências rígidas da mora, vale dizer, do inadimplemento.

É certo que a teoria em questão já foi aplicada pelo eg. Superior Tribunal de Justiça em algumas *demandas contratuais*, consoante se depreende dos seguintes precedentes:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL. OTN COMO INDEXADOR. AUSÊNCIA DE ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL QUANTO AO NÚMERO DE PARCELAS A SEREM ADIMPLIDAS. CONTRATO DE ADESÃO. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO ADERENTE. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. AFASTADA. INADIMPLEMENTO MÍNIMO VERIFICADO. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA CABÍVEL. APLICAÇÃO DA EQUIDADE COM VISTAS A CONSERVAÇÃO NEGOCIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO.

1. Demanda entre promitente vendedor e promitente comprador que se comprometeu a pagar o valor do imóvel em parcelas indexadas pela já extinta OTN. Na ocasião, as partes acordaram que o adquirente arcaria com um valor equivalente a certo número de OTN's estabelecido no contrato. No entanto, no instrumento particular de compra e venda não restou definida o número de prestações a serem pagas.

2. O Tribunal de origem sopesou o equilíbrio entre o direito do adquirente de ter o bem adjudicado, após pagamento de valor expressivo, e o direito do vendedor de cobrar eventuais resíduos. Nesse diapasão, não há que se falar em violação do dispositivo mencionado referente à equidade. O artigo 127 do Código de Processo Civil, apontado como violado, não constitui imperativo legal apto a desconstituir o fundamento declinado no acórdão recorrido no sentido de se admitir a ação do autor para garantir o domínio do imóvel próprio,

reservando-se ao vendedor o direito de executar eventual saldo remanescente.

3. Aparente a incompatibilidade entre dois institutos, a exceção do contrato não cumprido e o *adimplemento substancial*, pois na verdade, tais institutos coexistem perfeitamente podendo ser identificados e incidirem conjuntamente sem ofensa à segurança jurídica oriunda da autonomia privada.

4. No adimplemento substancial tem-se a evolução gradativa da noção de tipo de *dever contratual* descumprido, para a verificação efetiva da gravidade do descumprimento, consideradas as conseqüências que, da violação do ajuste, decorre para a *finalidade do contrato*. Nessa linha de pensamento, *devem-se observar dois critérios que embasam o acolhimento do adimplemento substancial: a seriedade das conseqüências que de fato resultaram do descumprimento, e a importância que as partes aparentaram dar à cláusula pretensamente infringida.*

5. Recurso Especial improvido.

(REsp 1.215.289/SP, 3ª Turma, rel. Min. SIDNEI BENETI, DJ 21.02.2013 - grifei)

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (*LEASING*). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. *APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL.*

1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual “[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

2. Nessa linha de entendimento, a *teoria do substancial adimplemento* visa a impedir o *uso desequilibrado* do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da *função social do contrato*.

3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: “31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido”. O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.

4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de

realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.051.270/RS, 4ª Turma, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJ 05.09.2011 - grifei)

Mencionando a referida teoria, *no contexto de contratos e no âmbito do Direito do Consumidor*, conferir, ainda, os seguintes julgados: AgRg no AREsp 204.701/SC, 3ª Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 17/12/2013; AgRg no AREsp 238.432/RS, 3ª Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 21/06/2013; AgRg no AREsp 155.885/MS, 3ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, DJ 24/08/2012; REsp 1.200.105/AM, 3ª Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 27/06/2012; REsp 877.965/SP, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 1º/02/2012; REsp 1.202.514/RS, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 30/06/2011; REsp 953.389/SP, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 15/03/2010; AgRg no Ag 1.140.717/SC, 3ª Turma, rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), DJ 27/10/2009.

Com efeito, como já exaustivamente explanado, o presente caso cuida de *acordo judicialmente homologado*, acerca da indenização devida pela desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, com existência e efeitos que se irradiam no ordenamento jurídico, vale dizer, não se trata de um contrato nominado pelo Código Civil, ou de obrigações decorrentes do Direito do Consumidor.

Ad argumentandum tantum, mesmo que se cogitasse da aplicação de tal teoria no âmbito das desapropriações para fins de reforma agrária, ter-se-ia que observar, no mínimo, os dois critérios indicados pela jurisprudência, para embasar tal acolhimento, a saber:

[...] *a seriedade das conseqüências que de fato resultaram do descumprimento, e a importância que as partes aparentaram dar à cláusula pretensamente infringida* [...].

Nesse viés, consoante destacou o il. Min. Sidnei Beneti no voto condutor do julgamento do referido REsp 1.215.278/SP, importaria também ver

[...] *que o desenvolvimento da teoria em referência teve por escopo permitir que uma das partes contratuais não se beneficiasse de tímida aparência de descumprimento contratual por parte da outra,*

servindo assim a teoria a obstar o enriquecimento ilícito [...].

Com efeito, na hipótese, “a seriedade das consequências que de fato resultaram do descumprimento” e a “importância que as partes” efetivamente deram “à cláusula pretensamente infringida” foram evidenciadas na r. decisão recorrida, que considerou tanto as argumentações do Incra quanto a manifestação do desapropriado no feito principal.

Destaque-se, a propósito, que o desapropriado afirmou categoricamente:

Além do mais, tem que ser considerado que esse dinheiro na mão do produtor rural teria sido aplicado na sua atividade rural ou no mercado de capitais, e teria uma rentabilidade muito maior. O índice de correção monetária mais baixo de uma poupança é superior à benesse oferecida pela Autarquia.

(fls. 51/52 - grifei)

Aliás, corrobora essa afirmação de *desvantagem* o documento de fl. 40 (fl. 674-autos principais), que

noticia o “cancelamento e reemissão” dos 15.713 (quinze mil, setecentos e treze) TDAs, “com alteração do prazo e taxas de juros, de 15 anos a taxa de 3% ao ano, para 05 anos a 6% ao ano”, o que implica em concluir que os 1.570 (mil quinhentos e setenta) TDAs não relançados continuaram com a taxa de juros de 3% ao ano, inferior, portanto, ao “índice de correção monetária mais baixo de uma poupança”, que tem juros de 6% (seis por cento) ao ano.

Quanto à questão apontada pelo Ministério Público Federal, relativa a “pagamento em duplicidade” gerando “enriquecimento ilícito do agravado”, não se evidencia, na espécie, por isso que, consoante determinado na r. decisão ora agravada, “os valores relativos à série de TDAs vencida, pertinente aos títulos originários e que hão de ser substituídos”, serão “transferidos” para a conta bancária que a autarquia declinar no juízo *a quo* (cf. fl. 17, antepenúltimo parágrafo da decisão agravada).

Isso posto, por tais razões e fundamentos, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Quarta Turma

Numeração única: 0008434-11.2003.4.01.3200

Apelação Criminal 2003.32.00.008439-3/AM

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
 Apelante: Chen Jing Wei (réu preso)
 Advogado: Dr. Artur Gomes Ferreira
 Apelante: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Edmilson da Costa Barreiros Júnior
 Apelados: os mesmos
 Publicação: e-DJF1 de 11/09/2014, p. 260

Ementa

Penal. Processo Penal. Introdução de estrangeiro clandestinamente no país. Cárcere privado. Documento público falso. Pena. Dosimetria correta. Apelações improvidas.

I. O crime de introdução clandestina de estrangeiro é misto alternativo, de forma que se consuma com a prática de qualquer uma de suas condutas. O acervo probatório é firme no sentido de que o apelante era figura de destaque em operação de migração ilegal, razão pela qual deve ser mantida a condenação, no particular.

II. O crime de cárcere privado se consuma quando o sujeito passivo é privado de sua liberdade de locomoção, ainda que por curto lapso de tempo, não importando a finalidade almejada pelo agente. A versão de que cinco cidadãos chineses ficaram privados de liberdade, enquanto em trânsito no Brasil, encontra amparo em elementos informativos inseridos nos autos.

III. Dessumindo-se do conjunto das provas a participação do acusado na obtenção de passaporte falso, bem como sua ciência acerca da contrafação, impõe-se a manutenção da sentença que o condenou nas penas do art. 297, *caput*, do Código Penal.

IV. Credencia-se à confirmação o decreto condenatório que aplicou a pena em suas diversas fases, de forma moderada, em face da prova, o suficiente para reprovação e prevenção do crime (art. 59 – CP). Não procede a pretensão da acusação de exacerbação da reprimenda.

V. Apelações desprovidas.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento às apelações, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 25/08/2014.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Chen Jing Wei apela (fls. 1.075-1.104) de sentença da 4ª Vara Federal/AM (fls. 954-962), que condenou o réu a 4 anos e 8 meses de reclusão¹, em regime semiaberto, e 10 dias-multa, na base de 1/30 do SM do tempo do fato, pela prática dos crimes capitulados nos arts. 125, XII, da Lei 6.815/1980² e 148 do Código Penal³, em concurso material, ainda, com a sua participação nos crimes de uso de documento público ideologicamente falso (cinco vezes), com aplicação da pena do art. 297 – CP.

Pela narrativa da denúncia, adotada pela sentença apelada, extrai-se que:

[...] por volta dos meses de outubro/novembro de 2001, o denunciado *MARCO ANTONIO BERNARDES* e *CHEN JING WEI* realizaram a introdução clandestina, em território nacional, dos estrangeiros *THIAN MIN HAN*, *LIU MIN*, *YU KE YU*, *KAU THIN Y* e *CAO YI TAO* – todos de nacionalidade chinesa – valendo-se, para tanto, do indevido fornecimento a estes de autênticos passaportes (Laudo de Exame Documentoscópico – fls. 110/115) de origem japonesa (expedidos em nome de terceiros, porém, que foram perdidos ou furtados em diversas partes

do mundo – Of. 50/01/CONSULADO JAPÃO – fls. 97/98) os quais foram utilizados pelos cinco chineses para que estes se fizessem passar por fictícios cidadãos japoneses, inclusive, utilizando-se dos nomes japoneses ali constantes.

Os denunciados *THIAN MIN HAN*, *LIU MIN*, *YU KE YU*, *KAU THIN Y* e *CAO YI TAO* foram uníssonos em confessar a autoria criminosa, em especial, em admitir que tinham pleno conhecimento de que os nomes constantes nos passaportes japoneses não eram os seus reais e próprios nomes (Auto de Flagrante – fls. 03/25).

Os referidos denunciados foram, também, uníssonos em delatar que, durante todo o período em que estiveram em trânsito da China até os EUA (destino final almejado), foram privados de sua liberdade, mediante cárcere privado, porquanto foram trancados em quartos sem qualquer comunicação com o mundo exterior.

[...]

No curso do procedimento de abordagem, os denunciados *LIU MIN*, *YU KE YU*, *CAO YI TAO* e *KAU THIN Y*, primeiramente, lograram evadir-se daquele local, contudo, foram interceptados, posteriormente, nas proximidades do “HOTEL PARADISE” e conduzidos à SR/DPF/AM (Informações – fls. 95/96). Nas instalações do *AIEG*, os policiais federais detectaram, também, a relação de *SILVIO DA SILVA E SILVA*, o qual afirmou que tinha sido contratado por *MARCO ANTONIO* e por outra pessoa de traços orientais (cuja identificação ainda não se logrou descobrir) com o fito de acompanhar o Denunciado *THIAN MIN HAN* à cidade de Belém/PA.

Logrou-se descobrir, também, que *CHEN JING WIE* foi quem arcou com todas as despesas pertinentes a pousada e alimentação para todos esses hóspedes, que ocuparam os apartamentos nº 65, 67 e 69 do Hotel Vidonhos, em Belém/PA, entre os dias 27/10/2003 e 04/11/2003 (relatório de Missão – fls. 130/131). (Destques do original)

[...]

¹ Penas de 1 ano de detenção (art. 125, XII, da Lei 6.816/1980); 1 ano de reclusão (art. 148 do CP); 2 anos de reclusão (art. 304, c/c art. 297, ambos do CP), acrescido de 1/3, totalizando 4 anos e 8 meses de reclusão.

² Art. 125. Constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas:
[...]
XII - introduzir estrangeiro clandestinamente ou ocultar clandestino ou irregular
Pena: detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão.

³ Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos.

A decisão de fls. 518-519 ordenou o desmembramento e a suspensão do feito em relação aos acusados Marco Antônio Bernardes, Thaian Min Han, Liu Min, Yu Ke Yu, Cao Yi Tao e Kau Thin Y, uma vez que, soltos sob fiança (fls. 66 e seguintes), não mais atenderam ao chamado processual.

Sustenta, preliminarmente, a nulidade dos interrogatórios de Thian Min Han, Liu Min, Yu Ke Yu, Kau Thin Y e Cao Yi Tao na fase policial, pois, segundo alega, não é possível afirmar que o intérprete designado teria entendido as declarações prestadas pelos corréus, tanto que os depoimentos são similares, “com poucas mudanças em seus textos, parecendo terem sido copiados uns dos outros”; e a extinção da punibilidade prescrição da pretensão punitiva (art. 107, IV, CP) em relação os delitos dispostos no art. 125, XII, da Lei 6.815/1980 (introdução clandestina de estrangeiros) e no art. 148 do Código Penal (cárcere privado).

No mérito, sustenta que não existem provas que vinculem a sua pessoa a nenhum dos crimes que lhe foram imputados; e que não há de se falar em crime de cárcere privado, porquanto, conforme manifestado em sede policial pelos corréus Thian Min Han, Liu Min, Yu Ke Yu, Kau Thin Y e Cao Yi Tao, estavam eles hospedados em uma residência aguardando a data da viagem para os Estados Unidos da América.

Na sequência, atribui a Marco Antônio Bernardes a prática do crime de introdução clandestina de estrangeiro; impugna o relatório de missão de fls. 174 - 189, que, segundo afirma, não traz nenhum elemento a justificar a instauração da presente ação penal; e enfatiza que não pode ser condenado pelo crime do art. 304 do CP, pois não apresentou passaporte falsificado no guichê da companhia aérea, nem os forneceu aos corréus, e ressalta que fora o corréu Marco Antônio Bernardo quem retirara os passaportes no balcão da TAM e os fornecera aos outros.

Pugna pelo reconhecimento da nulidade dos depoimentos prestados em sede policial pelos acusados Thian Min Han, Liu Min, Yu Ke Yu, Kau Thin Y e Cao Yi Tao, e por sua absolvição. Se mantida a sentença, requer a decretação da prescrição em relação aos crimes de introdução clandestina de estrangeiros e de cárcere privado, e a fixação do regime aberto para cumprimento da pena.

Apela também o Ministério Público Federal, para requerer a majoração da pena-base de todos os crimes, destacando aspectos que não teriam sido devidamente considerados na análise das circunstâncias judiciais, entre eles a conduta social, a culpabilidade e a personalidade do acusado, que devem ser avaliadas

negativamente, pois, segundo afiança, o crime era seu meio de vida.

Ressalta que as consequências do crime são graves, pois a conduta transcorreu por mais de um Estado e em relação a cinco pessoas. Aponta que há nos autos elementos que permitem o dimensionamento das condições econômicas do réu, e pugna pela dupla aplicação da agravante da alínea *b* do inciso II do art. 61 do Código Penal, quanto ao crime de *falsum*.

O Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho, opina pelo improvimento do recurso da defesa e pelo parcial provimento da acusação (fls. 1.143-1.150).

É o relatório. Sigam os autos ao exame do revisor, que pedirá a designação de dia para o julgamento (art. 613, I, CPP).

Voto de Revisão

O Exmo. Sr. Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado: — Recebido o presente feito no Gabinete em 09/07/2014 (fl. 1.163), procedo ao exame da matéria posta nos autos, sem nada a acrescentar ao relatório de fls. 1.160-1.162.

O Ministério Público Federal denunciou Chen Jing Wei pela prática dos delitos do art. 125, XII, da Lei 6.815/1980 e art. 148 do Código Penal.

O réu, ora apelante, foi condenado a pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delituoso (fl. 961).

Recorrem o MPF (fls. 1.041-1.060) e a defesa (fls. 1.075-1.104).

Examino o recurso.

Os fatos relatados na peça acusatória ficaram satisfatoriamente demonstrados, estando a autoria e a materialidade delitivas consubstanciadas pelo auto de prisão em flagrante de fls. 10-33, pelo auto de apreensão de documentos e passaportes ideologicamente falsos, em poder dos chineses, laudo de exame documentoscópico de fls. 118-123, inquirição das testemunhas de acusação e relatório de missão policial, os quais evidenciam que o réu Chen Jing Wei praticou os delitos pelos quais foi denunciado.

A sentença recorrida explicita fundamentação consentânea e alicerçada em elementos de prova que comprovam haver o réu praticado os delitos que lhe foram imputados na peça acusatória, como se vê:

Foi imputado ao acusado a prática dos delitos previstos nos artigos 125, XII da Lei, n. 6.815/80 e no artigo 148 c/c artigo 69 do Código Penal.

Quanto ao crime de introdução de estrangeiro clandestinamente, não há dúvidas a respeito da demonstração de sua materialidade, vez que resta comprovada nos autos que o réu promoveu o ingresso dos demais acusados (chineses) irregularmente, constituindo figura tipificada no artigo 125, XII da Lei n. 6.815/80.

No que pertine ao delito de cárcere privado os demais denunciados chineses foram uníssonos em afirmar, que durante o período em que estiveram em trânsito da China até os EUA, foram privados de suas liberdades, mediante cárcere privado, uma vez que permaneceram confinados sem qualquer comunicação com o mundo exterior (fls. 22/33).

O acusado negou a autoria dos delitos, mas essa negativa deve ser entendida como mera estratégia de defesa, nada mais, pois em nenhum momento no decorrer da instrução o acusado fez prova que exima sua culpa.

Pelo que foi depurado na análise dos autos, não persiste dúvida quanto à responsabilidade do acusado, afigura-se que o réu forneceu o passaportes em poder do chineses que se passavam por japoneses para embarcar no voo internacional de Manaus para Miami.

No tocante à capitulação do crime, atente-se à regra do CPP (art. 383), que permite ao juiz, na sentença, dar definição jurídica diversa, da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Trocando em miúdos, na sentença, a definição jurídica do fato poderá ser diversa daquela explicitada na denúncia se o juiz entender que aquele fato se subsume a outro modelo legal abstrato de comportamento proibido.

Saliente-se que o réu é autor mediato do delito de uso de documento público ideologicamente falso perpetrado pelos chineses, quando foram barrados no check-in da TAM.

A testemunha Máximo Eugênio Barreto, ex funcionário da TAM, declarou que houve várias tentativas de embarque nos voos da TAM.

As presenças dos chineses nos hotéis de Belém/PA foram demonstradas por documentos de colheitas de dados, junto aos funcionários dos hotéis. Vale ressaltar, que o pagamento das despesas relacionadas ao Hotel foi efetuado em dinheiro pelo acusado CHEN JING WEI.

Ademais, esclareceu-se, mediante laudo pericial documentoscópico que os passaportes japoneses e britânicos eram falsos.

O conjunto probatório dos autos, constituído pelo auto de prisão em flagrante dos cinco chineses (fls. 10/33), auto de apreensão de documentos e passaportes idealmente falsos, em poder dos chineses, laudo de exame documentoscópico (fls.

118/123), inquirição das testemunhas de acusação, bem como relatório da missão policial, evidencia que o réu Chen Jing Wey praticou os crimes analisados supra.

Em nosso ordenamento jurídico impera o princípio do livre convencimento motivado do Juiz ou da persuasão racional, pelo qual o magistrado forma a sua convicção através da prova que melhor lhe evidencia a realidade dos fatos colocados ao seu arbítrio, desde que o faça motivadamente, não tendo a obrigação de expender juízo sobre todas as circunstâncias que são expostas no processo. (fls. 958/959).

Provadas a materialidade e a autoria das infrações irrogadas ao acusado, mantém-se a sentença, inclusive quanto à dosimetria das reprimendas, posto que afeiçoada ao art. 59 do Código Penal, diante da concreta explicitação pelo magistrado dos fatos que o levaram a estabelecê-la, como o fez, fls. 954-962, não se evidenciando dos autos dados ou elementos que autorizem afastá-los ou pô-los em dúvida.

Dessa forma, em decorrência de tudo o quanto se discute no caso presente, a conclusão a que se chega é a de que a fixação aplicada ao acusado se deu com acerto, devendo, portanto, ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento às apelações para manter a sentença incólume pelos seus próprios fundamentos.

É o voto.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — 1. Apelação de Chen Jing Wei — A teor do art. 110 do Código Penal, não há que se falar em reconhecimento da prescrição pela pena in concreto, de forma retroativa, enquanto não houver o trânsito em julgado da lide para a acusação.

PENAL. PROCESSO PENAL. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE FRAUDE. ART. 19 DA LEI 7.492, DE 16.06.86. AUTORIA E MATERILIDADE COMPROVADA. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DE MULTA E ISENÇÃO DE CUSTAS.

[...]

4. Incabível pedido de declaração da prescrição retroativa com base na pena in concreto, quando ainda não houve trânsito em julgado para a acusação, pois, ao menos em tese, ainda é possível a majoração da pena, tanto nesta quanto em instâncias superiores.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Italo Mendes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado.

5. Apelo do Ministério Público provido em parte, para majorar a pena do réu. Apelo do réu provido, em parte, para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e isentá-lo do pagamento de custas. (ACR 0019169-81.2000.4.01.3500/GO, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, 3ª Turma/TRF-1ª Região, unânime, e-DJF1, p. 760, de 11/01/2013).

A argumentação de nulidade dos depoimentos prestados pelos corréus na Polícia Federal, em razão de o intérprete designado supostamente não ter cumprido seu encargo, além de não ter a devida demonstração material, e mesmo causal em relação à sentença, não gera nulidade da ação penal, pois o inquérito policial é peça meramente informativa, que serve de base para a propositura da ação penal, motivo pelo qual a eventual existência de vício na fase inquisitorial não tem o condão de, por si só, invalidar o feito já instaurado e sentenciado.

[...]

II - O inquérito policial, por sua natureza, é conduzido sem o crivo do contraditório, não dando azo à alegação de cerceamento de defesa, por se tratar de mera peça informativa, com valor, apenas, indiciário. Por isso, orientou-se a jurisprudência no sentido de que a ausência de advogado do réu, na lavratura do auto de prisão em flagrante e mesmo durante o inquérito policial, não constitui causa de nulidade, por não representar ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa.

III - Aliás, a ausência de inquérito policial não tem o condão, sequer, de obstaculizar o oferecimento da denúncia, por parte do Ministério Público, pelo que qualquer vício ou irregularidade porventura existente naquela fase inquisitorial não invalida ou contamina a ação penal, podendo o réu, em Juízo, lançar mão de outros elementos probatórios para fazer valer sua inocência, que é constitucionalmente presumida.

IV - Ora, se nem mesmo o acompanhamento por advogado, na fase do inquérito policial, faz-se necessário, com maior razão a dispensa de intérprete juramentado para traduzir as palavras do inquirido.

[...]

X - Preliminares rejeitadas. Apelação parcialmente provida para absolver o réu do crime previsto no art. 12 da Lei 10.826/2003, com fundamento no art. 386, III do CPP e para reduzir a pena imposta ao réu, pelo delito do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. (ACR 0000174-63.2008.4.01.3201/AM, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Rel. Conv. Juiz Federal Klaus Kuschel (Conv.), 3ª Turma/TRF-1ª Região, unânime, e-DJF1 p.49 de 29/07/2011)

No mérito, foi imputada ao réu a prática dos delitos previstos no art. 125, XII, da Lei 6.815/1980 e

no art. 148 do Código Penal, em concurso material, e participação no delito de uso de documento público ideologicamente falso (art. 304 – CP).

O crime de introdução de estrangeiro encontra-se previsto no art. 125, XII, da Lei 6.815/1980, nestes termos:

Art. 125. Constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas:

XII - introduzir estrangeiro clandestinamente ou ocultar clandestino ou irregular:

Pena: detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão.

O tipo é misto alternativo, de forma que se consuma com a prática de qualquer uma de suas condutas.

O acervo probatório é firme no sentido de que o apelante era figura de destaque em operação de migração ilegal. A busca e apreensão efetuada em sua residência trouxe ao processo um grande número de documentos usados à migração ilegal (fls. 801-804).

Em outras diligências, a autoridade policial constatou que o apelante não apenas se hospedou em Belém/PA com os flagranteados no aeroporto de Manuas/AM, como também pagou as despesas de hospedagem (fls. 17). Ou seja, além dos depoimentos prestados por policiais e pelas demais testemunhas em juízo, há elementos materiais a firmarem que o recorrente era um dos que detinha o domínio do fato, participando, efetivamente, da introdução clandestina dos estrangeiros. Sobre a validade dos depoimentos dos agentes de polícia, confirmam-se:

[...]

VII - “Os depoimentos dos agentes de polícia, quando corroborados por outros elementos probatórios, valem como prova. Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita” (HC 70237, DJ 08/04/94 p. 228, STF - 1ª Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso) (...)” (ACR 2004.32.01.000167-2/AM, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, DJU de 17/08/2007, p.10).

[...]

X - Preliminares rejeitadas. Apelação parcialmente provida para absolver o réu do crime previsto no art. 12 da Lei 10.826/2003, com fundamento no art. 386, III do CPP e para reduzir a pena imposta ao réu, pelo delito do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. (ACR 0000174-63.2008.4.01.3201/AM, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Rel. Conv. Juiz Federal Klaus Kuschel (Conv.), 3ª Turma/TRF-1ª Região, unânime, e-DJF1 p.49 de 29/07/2011)

Tem-se, pois, que o recorrente, juntamente com Marco Antônio Bernardes, realizaram a introdução clandestina, em território nacional, de 5 (cinco) estrangeiros, todos de nacionalidade chinesa, valendo-se, para tanto, do indevido fornecimento de passaportes falsificados (vide laudo de exame documentoscópico de fls. 110-115).

O crime de cárcere privado se consuma quando o sujeito passivo é privado de sua liberdade de locomoção, ainda que por curto lapso de tempo, não importando a finalidade almejada pelo agente.

O apelante alega que os outros corréus não estavam privados de liberdade, mas apenas aguardando a data da viagem. Contrariamente, os demais denunciados (cinco cidadãos chineses) foram uníssonos em afirmar que, durante o período em que estiveram em trânsito no Brasil, permaneceram confinados, sem comunicação com o mundo exterior, aguardando a operacionalização de sua ida ao norte do Brasil, onde embarcariam para Miami/Estados Unidos da América (fls. 10-33).

A versão de que ficaram privados de liberdade encontra amparo em elementos sólidos dos autos, sobretudo nas declarações constantes dos autos de prisão em flagrante (fls. 10-33), não merecendo ajustes a sentença, no particular.

Quanto à participação no delito de uso de documento público ideologicamente falso, previsto no art. 304, a sentença assim se manifestou (fls. 958 - 959):

[...]

Pelo que foi depurado da análise dos autos, não persiste dúvida quanto à responsabilidade do acusado, afigura-se que o réu forneceu os passaportes em poder dos chineses que se passavam por japoneses para embarcar no voo internacional de Manaus para Miami.

[...]

Saliente-se que o réu é autor mediato do delito de uso de documento público ideologicamente falso perpetrado pelos chineses, quando foram barrados no check-in da TAM.

A testemunha Máximo Eugênio Barreto, ex funcionário da TAM, declarou que houve várias tentativas de embarque nos voos da TAM.

As presenças dos chineses nos hotéis de Belém/PA foram demonstradas por documentos de colheitas de dados, junto aos funcionários dos hotéis. Vale ressaltar que o pagamento das despesas relacionadas ao Hotel foi efetuado em dinheiro pelo acusado CHENG JING WEI.

Ademais esclareceu-se, mediante laudo pericial documentoscópico que os passaportes japoneses e britânicos eram falsos.

O conjunto probatório dos autos, constituído pelo auto de prisão em flagrante dos cinco chineses (fls. 10/33), auto de apreensão de documentos e passaportes idealmente falsos, em poder dos chineses, laudo de exame documentoscópico (fls. 118/123), inquirição das testemunhas de acusação, bem como relatório da missão policial, evidencia que o réu Chen Jing Wey praticou os crimes analisados supra.

[...]

Dessumindo-se do conjunto das provas a participação do acusado na obtenção de passaporte falso, bem como sua ciência acerca da contrafação, impõe-se a manutenção da sentença que o condenou nas penas do art. 297, *caput*, do Código Penal⁵.

A fixação do regime aberto para cumprimento da pena encontra óbice no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

2. *Apelação do Ministério Público Federal* — Não se credencia ao provimento, pois os seus fundamentos não desautorizam as razões da sentença. 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.

No caso, a sentença, de forma persuasiva, deu toda a justificação para as diversas fases da dosimetria da condenação, da pena-base à última operação.

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 arbitrárias 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, rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma/STF, julgado em 18/12/2012, processo eletrônico, DJe-044, divulg. 06/03/2013, public. 07/03/2013).

3. *Conclusão* — Por todo o exposto, *nego provimento às apelações*, confirmando o julgado na sua plenitude.

É o voto.

⁴ ACR 0009674-15.2002.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Olindo Menezes e Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado), 3ª Turma/TRF 1ª Região, unânime, DJ de 11/01/2008, p.10.

Quarta Turma

Numeração única: 0001160-17.2009.4.01.3804

Apelação Criminal 2009.38.04.001161-4/MG

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz
Apelante: Justiça Pública
Procuradora: Dra. Ludmila Junqueira Duarte Oliveira
Apelado: Edmar Sebastião Vilela
Advogado Dativo: Dr. Sérgio Fernandes de Oliveira
Publicação: e-DJF1 de 29/09/2014, p. 450

Ementa

Penal. Processual Penal. Crime ambiental. Dano direto à unidade de conservação. Parque Nacional da Serra da Canastra. Art. 40 da Lei 9.605/1998. Sentença absolutória. CPP, art. 386, inciso III. Reforma. Direito à preservação do meio ambiente (CF, art. 225). Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Dosimetria. Circunstância agravante. Art. 15, inciso II, alínea ℓ. Não aplicação. Apelação provida em parte.

I. Em decorrência do princípio da prevenção contido no art. 225 da Constituição Federal, é necessária a ação estatal para impedir a consumação do dano ambiental mesmo diante do direito de propriedade e das limitações referentes à burocracia administrativa. Não se trata de dificultar o exercício do direito de propriedade, mas tão somente compatibilizá-lo com a sua função socioambiental, com vistas a atender ao disposto no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal.

II. Não seria razoável aguardar a conclusão de um processo de desapropriação ou de disputa em relação aos limites da propriedade para só então agir em defesa da preservação da vegetação nativa.

III. Hipótese na qual o acusado causou dano direto à biota de área situada dentro de unidade de conservação de proteção integral, o Parque Nacional da Serra da Canastra, tendo em vista que a implantação de nova edificação na região, topo de morro, causou a supressão da vegetação nativa e impossibilitou a recuperação natural da vegetação. A área onde se encontra a edificação é considerada zona de recarga de aquíferos e a construção prejudica a recarga hídrica no local.

IV. Caracterizado o delito contido no art. 40 da Lei 9.605/1998.

V. O apelado, após ter seu pedido de autorização de construção recusado pelo Ibama, realizou a obra, mesmo sabendo do impedimento. Alegação de ausência de dolo que se rejeita.

VI. A conduta imputada ao apelado, prevista no art. 40 da Lei 9.605/1998, é “*Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização*” (grifei). Ou seja, a circunstância agravante prevista no art. 15, II, ℓ, da mesma lei constitui o crime em tela, dessarte, a majoração da pena pela incidência da agravante em tela configuraria *bis in idem*.

VII. Pena aplicada no patamar mínimo de 1 (um) ano de reclusão.

VIII. Substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (art. 44, § 2º, primeira parte, do CP), a ser definida no juízo da execução.

IX. Apelação provida em parte.

Acórdão

Decide a Turma dar provimento parcial à apelação, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 20/05/2014.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos: — Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal, em face da sentença de fls. 224-231v, v. 2, proferida pelo Juízo da Subseção Judiciária de Passos/MG, que absolveu Edmar Sebastião Vilela do crime previsto no art. 40 da Lei 9.605/1998, com esteio no art. 386, III, do CPP.

A PRR 1ª Região assim sumariou as alegações do recorrente:

a) O douto Magistrado confundiu *criação da unidade de conservação* de domínio público com sua consolidação dominial;

b) de acordo com o disposto no art. 225, § 1º, III, e na Lei n. 9.985/00, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), os parques nacionais são unidades de proteção integral, independente se a área foi ou não transferida ao domínio público, conforme já decidiu o STJ no Resp n. 1.122.909-SC e o TRF da 1ª Região, em decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 2007.01.00.046563-1;

e) até a presente data, não ocorreu qualquer mudança legislativa de redução da área do PARNA Serra da Canastra, que remanesce com a área com que foi originariamente criado;

d) a existência de unidade de conservação não é incompatível com o regime de propriedade privada, tanto que a Lei n. 9.985/00 prevê várias categorias de unidade de conservação de domínio privado, como os monumentos naturais (art. 12, § 1º), as áreas de proteção ambiental (art. 15, 1º), as áreas de relevante interesse ecológico (art. 16, 1º), as reservas naturais do patrimônio particular (art. 21);

e) ainda que a área afetada não estivesse localizada no PARNA Serra da Canastra, a aração no local seria proibida, dado o regime de relativa intangibilidade das áreas de preservação permanente, não sendo a atividade executada de interesse social, utilidade pública ou baixo impacto ambiental (art. 4º da Lei n. 4.771/65 e Resolução CONAMA n. 369/06 vigente à época);

f) o desmate de vegetação em área de preservação permanente sem prévia autorização do órgão ambiental é vedado em qualquer local, configurando os crimes dos artigos 38 ou 48 da Lei 9.605/98, enquadrando-se no caso em tela na figura do artigo 40 do referido diploma legal por causar dano direto ao PARNA Serra da Canastra. (fls. 251v/252).

Ao final, requer o apelante:

[...] o recebimento e provimento do presente recurso para *REFORMA* da decisão de f. 224/231, com a consequente condenação de EDMAR SEBASTIÃO VILELA pela prática do crime previsto no artigo 40,

que deverá ser fixada acima do mínimo legal, em razão da incidência dos artigos 15, II, 'I', todos da Lei n. 9.605/1998.

Caso rechaçadas as razões acima expostas, subsidiariamente, pede a condenação do APELADO pelo cometimento do crime *permanente* do art. 48 da Lei n. 9.605/1998. (fl. 242).

Contrarrazões às fls. 245-247, v. 2.

Ao final, a PRR 1ª Região opinou pelo provimento da apelação (fls. 251-257).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — A ação penal foi proposta nos seguintes termos:

O *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*, por intermédio da Procuradora da República que abaixo subscreve, no uso das atribuições legais e constitucionais que lhe são conferidas, com respaldo no Inquérito Policial em epígrafe, vem perante Vossa Excelência oferecer *DENÚNCIA* contra:

EDMAR SEBASTIÃO VILELA, brasileiro, casado, lavrador, natural de São José do Barreiro/MG, nascido em 20/01/1967, filho de Lázaro Francisco Vilela e Terezinha de Almeida Vilela, portador do RG n. M-7.438.476 SSP MG, residente na Fazenda Moinho 'Chapadãozinho', São Roque de Minas/MG, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

No dia 29/06/2004, o denunciado foi autuado pelo IBAMA, por causar dano direto ao Parque Nacional da Serra da Canastra, mediante edificação não autorizada de uma casa medindo 126 m² (cento e vinte seis metros quadrados), dentro dos limites do referido Parque (Fazenda Moinho).

Nessa data, a obra restou embargada pela fiscalização, consoante a Notificação n. 128954, série 'c' (fl. 09).

Descumprindo o embargo, o denunciado ampliou a sua construção, para dar-lhe destinação comercial (restaurante para turistas), construindo um banheiro de 6 m² (seis metros quadrados) e uma varanda de 141 m² (cento e quarenta e um metros quadrados), totalizando, atualmente, 297 m² (duzentos e noventa e sete metros quadrados) de área edificada.

Em vista disso, foi lavrado novo Auto de Infração de n. 057214, série 'd' (fl. 14), e embargos (fl. 15).

Resta evidente, diante das provas dos autos, que a autoria e a materialidade foram comprovadas,

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes e a Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada).

em especial pelo Laudo Técnico n. 38/2008 (fls. 40/43), elaborado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, que assim esclarece:

‘A área ocupada pela construção é de 297 m² e está localizada em área de preservação permanente (topo de morro), estando também inserida nos limites de unidade de conservação de proteção integral, o Parque Nacional da Serra da Canastra.

A vegetação presente na área da construção é nativa e caracterizada como campo limpo, uma das fisionomias vegetais do cerrado, com predominância de capim (*Tristachia chiysotrix*) e macela (*Achyrocline satureioides*).’

Além disso, a construção ilegal em comento prejudicou drasticamente a beleza cênica de uma das paisagens mais bonitas do parque (fl. 22).

As fotos acostadas às fls. 11 e 42 ilustram a proporção do dano ambiental causado pelo denunciado.

Assim agindo, de forma livre e consciente, está o denunciado incurso nas penas do art. 40, caput e § 1º, da Lei n. 9.605/98, in verbis:

Art. 40 - Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do decreto 99.274, de 6 de junho de 1990, independente de sua localização:

Pena: reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Entende-se por Unidade de Conservação de Proteção Integral as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e os Refúgios da Vida Silvestre. (fls. 03/05).

Da sentença recorrida, destaco:

A hipótese diz da perpetração do delito tipificado na Lei 9.605/98, artigo 40, causação de ‘danos diretos e irreversíveis a unidade de conservação’.

A increpação, todavia, ressent-se de fôlego.

Basta dizer que ‘a construção está em área não regularizada, pelo decreto de criação do Parque Nacional da Serra da Canastra’, na dicção do servidor da agência ambiental e testemunha de acusação, Lourenço Lemos da Silva (f. 189).

A região da Serra da Canastra, radicada no sudoeste de Minas Gerais, no bioma do cerrado, contempla a nascente do Rio São Francisco e relevantes espécies de fauna e da flora. Ao limiar da década de 70, pela primeira vez, fora suspensa a navegabilidade no Velho Chico, mercê de severa seca a assolar a região e do desmatamento sem critérios oriundo da construção da represa de Furnas na região.

Deslizou-se, daí, à criação do Parque Nacional da Serra da Canastra -PNSC, através do Decreto 70.355, de 03-04-1972. Fundamentalmente integrado pelo Chapadão da Canastra (norte) e

pelo Chapadão da Babilônia (sul), o Parque referia ‘uma área estimada em 200.000 ha (duzentos mil hectares)’ (art. 1º). Para sua implementação, autorizou-se o Ministério da Agricultura, por meio de agência própria, ‘a promover as desapropriações necessárias’ (art. 5º), excluídas as terras ‘que tenham alto valor agricultável’ (art. 4º).

Logo à partida, já no levantamento pertinente aos recursos naturais e às propriedades particulares ali existentes, adelgçou-se o perímetro da área alvo de perquirição a pouco mais de 106.000 ha (cento seis mil hectares). No afã de viabilizar futura expropriação, sob pagamento em títulos da dívida agrária, o Executivo baixou dois Decretos, tomando por base a área assim mitigada:

Fica declarada área prioritária de emergência, para fins de reforma agrária, a região constituída pelos municípios de Sacramento, São Roque de Minas e Vargem Bonita, no Estado de Minas Gerais, como os limites e confrontações definidos pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, Decreto 74.446, de 21-08-1974).

É declarada de interesse social, para fins de desapropriação, nos termos do artigo 18, letra ‘h’, artigo 10, incisos II e VI, e artigo 24, inciso V, da Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964, uma área de terras, medindo aproximadamente 106.185,50 ha (cento e seis mil, cento e oitenta e cinco hectares e cinquenta ares), de diversos proprietários, situadas nos municípios de Vargem Bonita, Sacramento e São Roque de Minas, no Estado de Minas Gerais (Decreto 74.447, de 21-08-1974).

A agência agrária - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária/INCRA - fora autorizada a implementar, em nome da União, a desapropriação dos imóveis rurais açambarcados pelo Parque da Canastra (Decreto 74.447/74, art. 3º) e, para tanto, firmara convênio com o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal - IBDF, a quem incumbiria subministrar os recursos necessários.

No contexto das tratativas à expropriação, apontados equívocos arraigados ao levantamento realizado pelo órgão então contratado pelo IBDF (Fundação João Pinheiro), operou-se a exclusão de área reputada de alto valor agricultável (Vale dos Cândidos ou Vão), da área atinente ao Chapadão da Babilônia e de imóveis onde já havia projetos de reflorestamento autorizados pela agência florestal. De conseguinte, o perímetro da área objeto do estudo vestibular (106.185,50 ha) foi adelgado ainda mais, remanesceu na expressão de 61.929,00 ha (sessenta um mil, novecentos e vinte e nove hectares).

Ausente consenso permissivo à expropriação amigável, à conta de inconformismo dos proprietários quanto a valores (terra nua e benfeitorias) e à forma de pagamento (títulos da dívida agrária, resgatáveis num lustro), aforada foi ação de desapropriação, em 1976, na Justiça Federal

de Belo Horizonte: seu objeto contemplava área ainda mais acanhada, 60.748,69 ha (sessenta mil, setecentos quarenta oito hectares, sessenta e nove centiares).

Jurisdicionalizada a pendenga, em 1977, a área cuja desapropriação se colimava foi efetivamente demarcada, agora balizada em 71.525 ha (setenta e um mil, quinhentos e vinte e cinco hectares), remanescendo-lhe à orla o Chapadão da Babilônia (sul).

Mesmo assim, subsistira a resistência de muitos dos proprietários, notadamente pequenos, gente radicada na região havia gerações, desprovida de expectativa com a proposta indenizatória formulada pelo Executivo. Com isto, manu militari, o aparelho estatal deflagrou medidas tendentes à retirada dos proprietários da área então delimitada (Chapadão da Canastra: 71.525 ha), mediante aposição de marcos oficiais, retirada de gado e criações, demolição de casas, currais, benfeitorias em geral e congêneres. Para tanto, houve até o concurso de agentes da força policial federal, a desaguar em atos de truculência e arbitrariedade contra a gente da roça ali enraizada fazia muito, em atividade de agropecuária familiar, voltada à subsistência do grupo. Trata-se de fato público e notório, apurável ao simples exame de jornais de época.

Assim balizada a área do Parque Nacional da Serra da Canastra (71.525 ha) - contemplada no Plano de Manejos lavrado em 1981 e solidificada no Plano de Ação Emergencial de 1993 (PAE) -, implementadas e pagas as desapropriações correlatas - conquanto ainda remanesçam processos judiciais questionando valores -, em 1991, sobreveio a revogação dos próprios Decretos autorizadores dos atos expropriatórios (Decretos 74.446/74 e 74.447/74), ressaltados os efeitos jurídicos até então consumados. Tanto se ultimou, respectivamente, por meio de Decretos Presidenciais não numerados, dados à luz a 05-09-1991 (anexo III) e 10-05-1991 (anexo), in verbis:

DECRETO DE 5 DE SETEMBRO DE 1991.

Ressalva os efeitos jurídicos de declarações de interesse social ou de utilidade pública e revoga os decretos que menciona.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º Ficam ressaltados os efeitos jurídicos das declarações de interesse social ou de utilidade pública, para fins de desapropriação ou de instituição de servidão administrativa, relativas a processos judiciais em curso ou àqueles transitados em julgado há menos de dois anos anteriores à vigência deste decreto.

Art. 2º Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Declaram-se revogados os decretos relacionados no Anexo.

DECRETO DE 10 DE MAIO DE 1991.

Ressalva os efeitos jurídicos dos atos declaratórios de interesse social ou de utilidade pública para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, mantêm autorizações para funcionamento de empresas aos domingos e feriados, e revoga os decretos que menciona.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, e nas Leis n.s 605, de 5 de janeiro de 1949, e 4.504, de 30 de novembro de 1964,

DECRETA:

Art. 1º Ficam ressaltados os efeitos jurídicos dos atos declaratórios de interesse social ou de utilidade pública para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa relativas a processos judiciais em curso ou àqueles transitados em julgado há menos de dois anos da vigência deste decreto.

Art. 2º Ficam mantidas as autorizações outorgadas mediante decreto a empresas, para funcionarem aos domingos e feriados, civis e religiosos.

Parágrafo único. O Ministro de Estado do Trabalho e da Previdência Social declarará, mediante portaria, as autorizações de que trata este artigo.

Art. 3º Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Declaram-se revogados os decretos relacionados no anexo.

Consolidada a área do Parque Nacional da Serra da Canastra em 71.525 ha (Chapadão da Canastra), na área excluída (Chapadão da Babilônia: aproximadamente 130.000 hectares), não expropriada, persistiram a agricultura e pecuária de subsistência, práticas já seculares. Sucedeu, porém, a agregação de novas atividades, dentre elas, o turismo ecológico e a extração mineral, a ensejar a expedição de licenças ambientais de todos os matizes por agências estatais.

Em 2005, depois de dilatada gestação, novo Plano de Manejo do Parque Nacional da Serra da Canastra foi dado a lume, explicitando a situação fundiária regularizada da área já expropriada (Chapadão da Canastra: 71.525 ha), correspondente ao Parque demarcado hoje em operação, e a necessidade de regularização quanto ao Chapadão da Babilônia (130.000 ha), para consecução dos 200.000 hectares estimados ao limiar. As atividades na área assim designada não regularizada somente poderiam ser conspurcadas ou embargadas ao depois da indenização das propriedades/posses. Disseram-no, àquele ensejo, prepostos do Executivo:

Do total da área decretada. 71.525 ha estão com a situação fundiária regularizada, ou seja, sob

posse e domínio do IBAMA, enquanto os outros 130.000 ha são constituídos por propriedades/posses, não estando ainda regularizados.

Chapadão da Babilônia (só podem ser paralisadas quando da indenização das propriedades/posses).

O propalado desiderato expansionista teria como desdobramento jurídico natural a últimação, a instâncias do Executivo, de providências tendentes à expropriação da área não regularizada (composta por propriedades particulares), via desapropriação amigável ou judicial, sob pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro aos proprietários (Decreto-Lei 3.365, de 21-06-1941; Constituição Federal, art. 5º, XXIV).

Todavia, ao invés de palmilhar a liturgia legal, a desaguar em ponderável dispêndio orçamentário com a quitação de indenizações, o Executivo ordenou às suas agências e prepostos a adoção de posturas conducentes a sufocar e aniquilar tantos quantos estivessem na área não regularizada: paralisação, desconstituição e sobrestamento de atos administrativos já expedidos, realização de fiscalizações permeadas por rigor eumático, imposição diuturna de embargos, interdições e multas, etc. A partir daí, uma constelação de ações vem aportando em juízo. A linha de ação ultimada pelo Executivo foi externada ao ensejo de Relatório firmado pelo 'Grupo de Trabalho Interministerial, instituído pelo Decreto de 24 de janeiro de 2006, relativo ao Parque Nacional da Serra da Canastra', verbis:

[...] O IBAMA expediu determinações no sentido de paralisar a concessão ou renovação de licenças e informou a órgãos e entidades da Administração Pública o novo entendimento, gerando a necessidade de desconstituir ou de sobrestar atos administrativos anteriormente expedidos.

Assim, à medida que os responsáveis pelo exercício das atividades incompatíveis com os objetivos do Parque Nacional tiveram seus requerimentos negados, as fiscalizações atuaram as atividades e ações propostas pelo Ministério Público Federal resultaram na sua paralisação [...]

Assim alinhavado o contexto fático subjacente à espécie, resta espancar, a miúdo e por inteiro, o proceder protagonizado pelo aparelho estatal com o escopo de incorporar ao Parque Nacional da Serra da Canastra a área remanescente, Chapadão da Babilônia, integrada por propriedades particulares. Cuida-se de atos de violência institucional, escamoteados sob a capa duma legalidade amalgamada à luz de impressões e concepções míopes. A diretriz legal a ser cumprida - repita-se - é a deflagração de medidas expropriatórias, sob prévia e justa indenização. Aí, precisamente, o cânone da legalidade a que também inexoravelmente se vincula o poder público e seus prepostos. Fora daí, tem-se, unicamente, atos espoliativos perpetrados pelo Estado,

cuja gravidade mais ganha corpo em razão de quem os protagoniza. Neste terreno, aliás, legitimidade de atuação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, à luz da legislação reitora (Lei 11.516/2007, art. 1º, I), confinasse aos limites da área do Parque efetivamente implantada e regularizada, isto é, aos 71.525 hectares: *quanto à área não regularizada, juridicamente estranha ao conceito de Unidade de Conservação, não lhe é dado legalmente fiscalizar, atuar ou atuar. Mesmo a ingerência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA na porção de área não regularizada se atrela concreta existência de situação afeta a atribuições federais (Lei 7.735/89, art. 2º), inferidas à luz do catálogo constitucional (CF, artigos 20 e 21). Fora daí, prevalece a atribuição residual, assaz mais abrangente, sob a alçada dos Estados-membros e municípios.*

Como as restrições impostas às propriedades particulares situadas dentro do Parque almejado transpõem às raiais de meras limitações administrativas, traduzindo aniquilação ao direito dominial, a formal desapropriação é inexorável, sob pena de se legitimar o confisco. Há, por isto, categórica previsão legal a respeito: Lei 9.985/2000, art. 11, § 1º. Sem regular expropriação, é inconcebível a existência de Unidade de Conservação, em qualquer esfera. Ausente a transposição do bem particular ao domínio público, tem-se, unicamente, promessa ou propósito declarado de criá-la, inidônea, por si e em si, a espargir, efeitos jurídicos. Em definitivo, nenhuma Unidade de Conservação pode se erigir à custa de atos espoliativos infligidos a particulares.

Há de se conciliar a proteção ambiental (CF, art. 225) com o direito de propriedade (idem, art. 5º, XXII e XXIV). É dizer, ao proprietário privado ou cerceado de usar e usufruir do bem há de se assegurar prévia e justa indenização. A premência do desafio de implementar o Parque Nacional da Serra da Canastra, tal e como planeado ao exórdio, não pode se metamorfosear em passaporte à atuação desligada da lei, nem servir de alibi ao pisoteio de regras plasmadas no Estado de Direito:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ESTAÇÃO ECOLÓGICA - RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR - PATRIMÔNIO NACIONAL (CE, ART. 225, § 4º) - LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - DIREITO DO PROPRIETÁRIO À INDENIZAÇÃO - DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR - RE NÃO CONHECIDO.

- Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, *não exonera* o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.

- A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias *não impede* que o *dominus* venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena *indenizabilidade* das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. *Precedentes*.

- A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais *não lhe confere*, só por si considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade -, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário.

- A norma inscrita no art. 225, § 4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta política, garante e assegura o direito de propriedade em *todas* as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal.

- O preceito consubstanciado no art. 225, § 4º, da Carta da República, além de *não haver* convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (*Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira*), *também não impede* a utilização, *pelos próprios particulares*, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental.

- A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5º, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus* da *garantia de compensação financeira*, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em *qualquer* das áreas referidas no art. 225, § 4º, da Constituição.

- *Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*: a consagração constitucional de um típico direito de *terceira* geração (CF, art. 225, *caput*).

Efetivamente, é inarredável a preservação do meio ambiente, direito de terceira dimensão, de natureza transindividual. A ausência de providências efetivas a respeito poderá comprometer o futuro da humanidade. A salvaguarda, contudo, não pode ser levada às últimas consequências, nem fazer tábula rasa do arcabouço normativo. A vertente bussolar, neste terreno, há de ser a realidade dos fatos, em ordem a garantir o 'meio ambiente humano', igualmente erigido a princípio fundamental na Carta da República (CF, art. 1º, III).

Aliás, a implementação da totalidade do Parque Nacional da Serra da Canastra, tal e como estimado ao prelúdio (200.000 hectares), pelos desdobramentos que enfeixa, é objeto de iniciativas e tratativas em diversas esferas, inclusive na legislativa (Projetos de Lei 147/2010 e 148/2010, em trâmite no Senado da República; Projetos de Lei 1.448/2007 e 1.517/2007, em curso na Câmara dos Deputados).

Na espécie versada, o local do suposto dano ambiental escapa aos limites do Parque Nacional da Serra da Canastra (71.525 ha). Ele se insere no contexto das denominadas áreas não regularizadas, propriedades particulares incluídas no plano de consecução do parâmetro estimado para a Unidade de Conservação (200.000 ha), ainda não expropriadas.

Nesta conjuntura, é incabível se cogitar da existência de 'unidade de conservação', palco dos danos ambientais propalados, máxime no terreno criminal.

E, juridicamente inexistente 'unidade de conservação', elemento normativo do tipo, sucumbe a imputação sob foco (art. 40), de pertinência adjungida à área do Parque efetivamente implantada (71.525 hectares) e consectários.

O deslance absolutório é de rigor, pois.

III - DISPOSITIVO

NESTAS CONDIÇÕES, à vista da fundamentação expendida, julgo improcedente a pretensão punitiva articulada na prefacial acusatória de f. 03-06 e absolvo o denunciado EDMAR SEBASTIÃO VILELA, já qualificado, com esteio no Código de Processo Penal, art. 386, III. (fls. 225/231v, v. 2 - negritei).

Aprecio o recurso.

Considero, de logo, desnecessário aguardar a conclusão de um processo expropriatório para se fixar os limites de atuação do Poder Público na preservação do meio ambiente. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito assegurado a todos. Como um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que é assegurado a todo o gênero humano, deve ser interpretado como prevalente sobre os interesses meramente privados.

Nesse sentido, tendo em vista o princípio da prevenção contido no art. 225 da Constituição Federal, é necessária a ação estatal para impedir a

consumação do dano ambiental mesmo diante do direito de propriedade e das limitações referentes à burocracia administrativa. Não se trata de dificultar o exercício do direito de propriedade, mas tão somente compatibilizá-lo com a sua função socioambiental, com vistas a atender ao disposto no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal.

Vejamos o que dizem o art. 225 da Constituição Federal e a Lei 9.985, de 18/07/2000:

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.

O mesmo dispositivo legal, em seu § 1º, inciso III, preceitua:

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Regulamentando a referida norma, editou-se a Lei 9.985, de 18/07/2000, que assim dispõe em seu art. 11:

Art. 11. O Parque Nacional tem 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.

§ 1º O Parque Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei.

§ 2º A visitação pública está sujeita 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.

§ 3º A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento.

Não seria razoável aguardar a conclusão de um processo de desapropriação ou de disputa em relação

aos limites da propriedade para só então agir em defesa da preservação da mata nativa. Nesse sentido:

AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC - PARQUE NACIONAL DAS ARAUCÁRIAS - INVALIDAÇÃO DE LICENÇAS AMBIENTAIS PARA O APROVEITAMENTO DE ÁRVORES CAÍDAS, SECAS OU MORTAS, PELO DECRETO INSTITUIDOR DO PARQUE - POSSIBILIDADE - DEBATE QUE NÃO SE RESUME À TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE PARTICULAR PARA O DOMÍNIO PÚBLICO - DEGRADAÇÃO AMBIENTAL IMINENTE - DESNECESSIDADE DE ATO FORMAL PARA QUE A PROTEÇÃO A FAUNA, FLORA, BELEZAS NATURAIS E O EQUILÍBRIO ECOLÓGICO SEJA IMPLEMENTADA. 1. Inexiste a alegada violação do art. 535, II, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da análise do acórdão recorrido. 2. Qualquer alteração danosa ou potencialmente danosa ao ecossistema deve ser combatida pelo Poder Público, sendo a criação de Parque Nacional mais um dos inúmeros instrumentos oferecidos pelo ordenamento jurídico à sociedade para a preservação do meio ambiente. 3. A criação de Parque Nacional não muda a essência ecológica da área em questão; autoriza sim a alteração da natureza da propriedade, ou seja, não é a criação de tal Unidade de Conservação de Proteção Integral, ou a desapropriação em si, que vai garantir proteção ao ecossistema, pois esta proteção lhe é inerente e independe da criação de qualquer Unidade de Conservação ou de qualquer formalização pelo Poder Público, sendo essencialmente pautada na concepção fática da relevância ambiental da área, seja pública ou particular. Caso, contrário, a defesa do meio ambiente somente poderia ocorrer em áreas públicas. 4. A formalização de qualquer das modalidades de Unidade de Conservação invalida as licenças ambientais anteriormente concedidas. Além disso, é patente, in casu, que a extração pretendida é danosa ao ecossistema do Parque, o que impede a concessão de novas licenças. Recurso especial provido.

(STJ REsp 200900075501, Min. Relator Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 07/12/2009)

“CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME AMBIENTAL. EXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. A conduta foi praticada, em tese, na Área de Proteção Ambiental do Cairucu, criada pelo Decreto Federal n. 89.242/83, integrante, portanto, de Unidades de Conservação, da qual faz parte a Reserva Ecológica da Joatinga, criada por decreto estadual. 2. Os critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação estão previstas na Lei n. 9.985/2000, que estabelece que a Área de Preservação Ambiental pode ser instituída tanto em propriedade pública quanto em particular, sendo que nestas podem ser estabelecidas normas e restrições para sua utilização. 3. Uma vez que o crime tenha ocorrido em área sujeita à restrição administrativa

ao uso da propriedade privada, subsiste assim o interesse direto e específico da União na causa, a atrair a competência da Justiça Federal para o deslinde do feito. 4. Patente o interesse do IBAMA na preservação da área atingida, mormente informação trazida aos autos de que a autarquia federal foi a responsável pela concessão da licença para as ações ali desenvolvidas, posteriormente revogada por ter sido reconhecida ilegal. 5. O crime teria provocado também alterações nas características naturais da zona costeira que, a teor do art. 225, § 4º da Constituição Federal, é patrimônio nacional a merecer guarida perante a Justiça Federal, ex vi do art. 109, IV, da Constituição Federal. 6. Conflito conhecido para determinar competente o Juízo Federal da 1ª Vara de Angra dos Reis/RJ, anulados os atos decisórios do Juízo Estadual.

(STJ - CC 200700447743, Min. Relator Og Fernandes, 3ª Seção, DJe, 24/06/2009).

Dessa forma, pela sua pertinência, adoto, para decidir, os fundamentos do opinativo ministerial, da lavra do Procurador Regional da República Dr. Franklin Rodrigues da Costa, destacando o seguinte trecho:

No mérito, o juízo sentenciante equivocou-se ao absolver o Réu, sob o argumento de que seria atípica a conduta imputada ao mesmo. A assertiva é feita pela certeza de que não houve danos ambientais provocados na área compreendida no Parque Nacional da Serra da Canastra.

Narrado na denúncia, que poderá tal construção produzir riscos as espécies ecológica, estando também inserida nos limites de unidade de conservação de proteção integral, consubstanciando o delito permanente do artigo 40 da Lei n. 9.605/98.

[...]

Outrossim, é mister repisar que, no caso em tela, a conduta do APELADO atingiu área de preservação permanente. Logo, ainda que a área não estivesse localizada no PARNA Serra da Canastra a aração no local seria *proibida*, dado o regime de *relativa intangibilidade das áreas de preservação permanente*, haja vista que a atividade executada não é considerada atividade de interesse social, utilidade pública ou baixo impacto ambiental (art. 4º da Lei n. 4.771/1965 e Resolução CONAMA n. 369/2006, vigente à época).

Assim, enquanto o desmate de vegetação em área de preservação permanente, sem prévia autorização do órgão ambiental, é vedado em qualquer local, configurando os crimes dos artigos 38 ou 48 da Lei n. 9.605/1998, no caso em tela *causou dano direto ao PARQUE Serra da Canastra*, enquadrando-se na figura típica do art. 40 do referido diploma legal.

De outro lado, o conjunto probatório colacionado aos autos não deixa dúvida quanto a materialidade e a autoria delitiva, tendo o acusado causado dano ambiental direto ao Parque Nacional

da Serra da Canastra, mediante supressão de vegetação nativa e mata ciliar, sem autorização do órgão ambiental, para efetuar construções sobre área de preservação ambiental.

O Laudo Técnico Ambiental, às fls. 47/48, também comprova o dano efetivo, destacando que a vegetação presente na área da construção é nativa e caracterizada como campo limpo, uma das fisionomias vegetais do Cerrado, com predominância de capim-macega (*Tristachia chrysotrix*) e macela (*Achyrocline satureoides*).

Com relação à atipicidade da conduta do recorrido, tem-se a Lei n. 9.985/00 (arts. 8º, III, e 22) que é clara ao dispor sobre a possibilidade de existência de unidades independente de domínio público, sendo certo que a legislação não condiciona a criação das unidades de conservação à prévia desapropriação ou aquisição das áreas.

Além dos julgados já colacionados no recurso da acusação, observe-se a ementa do recentíssimo aresto proferido por essa egrégia Corte Regional em que se analisou caso semelhante, verbis:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 40 DA LEI N. 9.605/98. RESERVA BIOLÓGICA JARU. UNIDADES DE CONSERVAÇÃO. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DANO INDIRETO EVIDENCIADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. 1. De acordo com o art. 109 do Código Penal, a prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena aplicada ao crime, verificando-se em 04 anos se a pena é igual a 01 ano. Não foi ultrapassado o prazo prescricional previsto para a pena em concreto, de modo que não ocorreu a prescrição retroativa da pretensão punitiva. 2. O art. 40 da Lei n. 9.605/98, consistente em '*causar dano direto ou indireto às Unidades de conservação*', trata de crime material que depende da ocorrência de resultado naturalístico para se caracterizar, ou seja, da efetiva causação de dano, direto ou indireto, à unidade de conservação. É delito de perigo abstrato, pois o prejuízo ao meio ambiente é presumido caso a conduta seja praticada. 3. O caso dos autos se subsume ao art. 40 da Lei n. 9.605/98, eis que houve dano à floresta nativa integrante de Reserva Biológica, a qual constitui elementar do delito do art. 40 da Lei n. 9.605/98, conforme dispõe seu § 1º. 4. O art. 15, § 1º, da Lei 9.985/2000, que regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII, da Constituição Federal, e institui o Sistema Nacional de Unidades de conservação da Natureza, dispõe que a Área de Proteção Ambiental é constituída por terras públicas ou privadas. O Decreto n. 99.274/90, por sua vez, dispõe, em seu art. 27, que '*nas áreas circundantes das Unidades de Conservação, num raio de dez quilômetros, qualquer atividade que possa afetar a biota ficará subordinada às normas editadas pelo Comana*'. 5. Materialidade e autoria do crime devidamente comprovadas nos autos pelos documentos acostados e declarações testemunhais.

(ACR 0002068-59.2009.4.01.4100/RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p. 533 de 07/12/2012)

Além disso, apenas a título de argumentação, mesmo que houvesse dúvida quanto à natureza da unidade de conservação atingida pelo acusado - o que não é o caso -, ainda assim a absolvição do réu seria descabida, visto que a área é protegida.

Assim, estando presentes todos os requisitos formais da imputação (art. 41, CPP), bem como comprovada a materialidade e autoria do fato, a reforma da decisão de primeiro grau, que violou o artigo 40 da lei n. 9.605/98, é medida de lícita Justiça. (fls. 252/257v).

Por oportuno, saliento que, criado pelo Decreto 70.355, de 3 de abril de 1972, o Parque Nacional da Serra da Canastra atrai, para seu benefício, a incidência das normas de proteção do meio ambiente, mesmo as que editadas após sua criação, sendo irrelevante, destarte, para afastá-las a circunstância de ainda não ter sido completada a totalidade das desapropriações dos imóveis que lhe integram o perímetro.

Corretas, portanto, as razões do recorrente, ao sustentar:

RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO: EXISTÊNCIA DO PARNA SERRA DA CANASTRA, INCLUSIVE ÁREA NÃO REGULARIZADA FUNDIARIAMENTE. CRIAÇÃO DA UNIDADE DE CONSERVAÇÃO X CONSOLIDAÇÃO DOMINIAL.

A decisão que absolveu o RÉU teve como fundamento a ausência de regularização fundiária da unidade de conservação que, no entender do Juiz a quo, implicaria inexistência do PARNA Serra da Canastra na área objeto desta ação penal.

Data venia, o douto Magistrado confundiu criação da unidade de conservação de domínio público com sua consolidação dominial.

De acordo com o art. 225, caput da Constituição Federal/88, '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'.

Com o escopo de dar efetividade a esse direito fundamental de caráter difuso, foi atribuído ao Poder Público o dever/poder de definir, em todas as Unidades da Federação, espaços a serem especialmente protegidos, sendo, nos termos do art. 225, § 1º, III, a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

No exercício de tal função pública, foi editada a Lei n. 9.985/00, criando o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) que, dentre suas categorias, inclui os parques nacionais como unidade de proteção integral.

Tem-se, assim, que a criação de unidades de conservação - espécie de espaço especialmente protegido - em determinada área da nova feição à função socioambiental da propriedade, impondo restrições que devem ser observadas no exercício das faculdades do domínio.

Cabe destacar que o fato de ainda não ter ocorrido a desapropriação do imóvel não abala a obrigação do proprietário de observar as limitações impostas pela criação da unidade de conservação.

Deveras, a Lei do SNUC trouxe importante sistematização do regime jurídico das unidades de conservação, prevendo no artigo 22 os requisitos para sua criação (previsão antes inexistente no ordenamento jurídico): ato do poder público, precedido de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade.

Apesar de definir com clareza inclusive os casos em que as unidades são de posse e domínio públicos, observa-se que o legislador não condicionou a criação das unidades de conservação à prévia desapropriação ou aquisição das áreas.

Assim, é nítida a diferença entre a criação do espaço especialmente protegido e sua consolidação dominial. A criação de unidade de conservação, como os Parques Nacionais, depende tão-só da edição de ato do Poder Público, não sendo requisito para sua instituição a expedição de decreto de desapropriação.

Logo, a carência de regularização fundiária do PARNA Serra da Canastra não significa desafetação e nem desvinculação da proteção especial. Sobretudo considerando que não sobreveio lei promovendo a desafetação da área ou de parcela dela, exigência que é trazida pelo art. 225, § 1º, III, da CF/88.

Nesse sentido, a decisão proferida pela DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2007.01.00.046563-1, julgado em 10/10/2007, pela Quinta Turma do Tribunal Regional da Primeira Região:

'O Parque Nacional da Serra da Canastra foi criado por meio do Decreto n. 70.355, de 3 de abril de 1972, com uma área total de aproximadamente 200.000 ha (duzentos mil hectares), sendo que apenas 71.000 ha (setenta e um mil hectares) foram objeto de regularização fundiária por parte do Poder Público, inércia que não constitui autorização para uso incompatível do espaço, pois o fato da integralidade do terreno do Parque Nacional da Serra da Canastra ainda não ter sido objeto de regularização fundiária não suprime a sua condição de unidade de conservação de proteção integral, condição essa atribuída pelo artigo 8º, III, da Lei n. 9.985/2000.'

Nessa mesma linha já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.122.909, em acórdão capitaneado por belo voto do Ministro HUMBERTO MARTINS (grifos nossos):

AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO

DO ART. 535, II, DO CPC - PARQUE NACIONAL DAS ARAUCÁRIAS - INVALIDAÇÃO DE LICENÇAS AMBIENTAIS PARA O APROVEITAMENTO DE ÁRVORES CAÍDAS, SECAS OU MORTAS, PELO DECRETO INSTITUIDOR DO PARQUE - POSSIBILIDADE - DEBATE QUE NÃO SE RESUME À TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE PARTICULAR PARA O DOMÍNIO PÚBLICO - DEGRADAÇÃO AMBIENTAL IMINENTE - DESNECESSIDADE DE ATO FORMAL PARA QUE A PROTEÇÃO A FAUNA, FLORA, BELEZAS NATURAIS E O EQUILÍBRIO ECOLÓGICO SEJA IMPLEMENTADA.

1. Inexiste a alegada violação do art. 535, II, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da análise do acórdão recorrido.

2. Qualquer alteração danosa ou potencialmente danosa ao ecossistema deve ser combatida pelo Poder Público, sendo a criação de Parque Nacional mais um dos inúmeros instrumentos oferecidos pelo ordenamento jurídico à sociedade - para a preservação do meio ambiente.

3. *A criação de Parque Nacional não muda a essência ecológica da área em questão; autoriza sim a alteração da natureza da propriedade, ou seja, não é a criação de tal Unidade de Conservação de Proteção Integral, ou a desapropriação em si, que vai garantir proteção ao ecossistema, pois esta proteção lhe é inerente e independe da criação de qualquer Unidade de Conservação ou de qualquer formalização pelo Poder Público, sendo essencialmente pautada na concepção fática da relevância ambiental da área, seja pública ou particular. Caso contrário, a defesa do meio ambiente somente poderia ocorrer em áreas públicas.*

4. A formalização de qualquer das modalidades de Unidade de Conservação invalida as licenças ambientais anteriormente concedidas. Além disso, é patente, in casu, que a extração pretendida é danosa ao ecossistema do Parque, o que impede a concessão de novas licenças. Recurso especial provido.

(RECURSO ESPECIAL N. 1.122.909-SC (2009/0007550-1); RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS; DJe: 07/12/2009)

Colhe-se do voto do relator:

[...]

O Direito de Propriedade, com o surgimento da doutrina dos Direitos Humanos de Segunda Geração, deixou de ter caráter absoluto, a fim de, como bem asseverado no § 1º acima transcrito, atender a sua função social e, como o surgimento da doutrina dos Direitos Humanos de Terceira Geração, de atender a imperativos de preservação do meio ambiente.

Ressalte-se que o parágrafo § 1º acima citado é decorrência dos imperativos constitucionais do inciso XXIII do artigo 5º, do inciso III do artigo 170, e do artigo 225.

O Ministro Herman Benjamin ilustra bem a mitigação da natureza absoluta do direito de propriedade. Eis o texto:

‘Terceiro, convida-se o direito de propriedade a se atualizar, colimando tomá-lo mais receptivo à proteção do meio ambiente, isto é, reescrevê-lo sob a orientação da sustentabilidade.

Esboça-se, dessa maneira, em maior ou menor escala, uma nova dominialidade dos recursos naturais, seja pela alteração direta do domínio de certos recursos ambientais, seja pela mitigação dos exaeros degradadores do direito de propriedade, com a ecologização de sua função social.’

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8643>>. Acesso em: 11 nov. 2009. (grifo meu.)

Mesmo entendendo que a preservação da flora, da fauna, das belezas naturais e do equilíbrio ecológico, no presente caso, independeria da criação de Parque Nacional, passo a ilustrar também a violação dos artigos 2º, 7º, 8º e 11 da Lei n. 9.985/00.

De fato, o Decreto de 19/10/2005 criou o Parque Nacional de Araucárias.

Parques Nacionais são Unidades de Conservação de Proteção Integral, conforme classificado pelo inciso III do artigo 8º c/c o inciso I do artigo 7º e com o inciso I do artigo 2º da Lei n. 9.985/2000.

O artigo 11 da citada lei mostra o objetivo da criação de Parque Nacional. Eis o texto:

‘Art. 11. O Parque Nacional tem 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.

§ 1º O Parque Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei.

§ 2º A visitação pública está sujeita 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.

§ 3º A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento.

§ 4º As unidades dessa categoria, quando criadas pelo Estado ou Município, serão denominadas, respectivamente, Parque Estadual e Parque Natural Municipal.’

Ainda que sua criação fosse o marco inicial, a proteção da fauna, da flora, das belezas naturais e do equilíbrio ecológico, não dependeria da desapropriação das áreas particulares.

Caso contrário, a defesa do meio ambiente somente poderia ocorrer em áreas públicas.

Ora, a criação de Parque Nacional não muda a essência da área em questão; autoriza sim a alteração da natureza da propriedade, ou seja, não é a criação de tal Unidade de Conservação de Proteção Integral, ou a desapropriação, que vai garantir proteção ao ecossistema, pois esta proteção lhe é inerente e independe da criação de qualquer Unidade de Conservação ou de qualquer formalização pelo Poder Público, sendo essencialmente pautada na concepção fática da relevância da área.

A Constituição Federal não exige, no seu artigo 225, qualquer ato formal do Poder Público para que a proteção e a restauração do meio ambiente sejam iniciadas.

Não se argumente também que o Poder Público, a fim de que a proteção pudesse ser efetivada, precisaria, após a criação do Parque e antes da desapropriação, instituir a limitação administrativa provisória estabelecida no artigo 22-A da Lei n. 9.985/2000, pois aquela limitação pressupõe já existir o exercício de atividades e empreendimentos efetiva ou potencialmente causadores de degradação ambiental e, no caso dos autos, não há ainda o exercício de qualquer atividade ou empreendimento na área em questão.

Ressalte-se que a jurisprudência desta Corte referente à limitação administrativa em Parque Nacional é anterior à entrada em vigor da Lei n. 9.985/2000, portanto não pode ser utilizada para o presente caso.

Assim, ainda que absurdamente seja considerado como marco formal inicial de proteção a edição do Decreto de criação do Parque Nacional - a proibição de violação da flora, da fauna, das belezas naturais e do equilíbrio ecológico não dependeria da desapropriação da área particular, pois sua criação, por si só, invalidou todas as licenças anteriores de exploração da área listada no Decreto.

Deve ser ressaltado que a Administração Pública, apesar da restrição aqui imposta ao particular, tem o dever de efetivar, o mais rápido possível, a desapropriação da área em questão na forma do § 1º do artigo 11 da Lei n. 9.985/2000, pois, nas palavras do Ministro Herman Benjamin 'Economic and ecological concerns are not necessarily in opposition'.

Por fim, fica claro que não houve violação do inciso II do artigo 535 do Código de Processo Civil, mas dúvida não há de que o acórdão atacado violou o § 1º do artigo 1.228 do Código Civil, e os artigos 2º, 7º, 8º e 11 da Lei n. 9.985/00.

Ante o exposto, 'dou provimento ao presente recurso especial, para, reformando o acórdão recorrido, negar-lhe a segurança.

É como penso. É como voto.

Sendo assim, o fato de não haver ocorrido a consolidação territorial do PARNA Serra da Canastra não significa que áreas não indenizadas pela União, pertencentes à unidade de proteção integral, deixem de ser consideradas como tal e nem implica a inexistência de sua zona de amortecimento.

A matéria tem assento constitucional, conforme leciona o Professor Paulo Affonso Leme Machado:

A matéria está prevista na primeira parte do inciso III do § 1º do art. 225 da Constituição Federal que diz: 'definir em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes, a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei'

[...] 'A norma do § 7º do art. 22 - a 'redução dos limites de uma unidade de conservação só pode ser feita por lei específica' - é importante, mas não está completa, se confrontarmos o texto com o da Constituição Federal (art. 225, § 1º, III), acima mencionado. A expressão 'redução dos limites' apequena a regra constitucional. Não só a diminuição de limites da unidade de conservação necessita de lei específica, como, também, a alteração das finalidades dessa unidade. Nem a lei ordinária pode alterar as normas que protejam 'a integridade dos atributos que justifiquem a proteção' da unidade de proteção (art. 225, § 1º, III, da CF). A própria Lei 9.985/2000 proíbe alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os objetivos, o Plano de Manejo e os regulamentos da unidade de conservação (art. 28, caput).

Assim, tendo em vista o interesse público maior na proteção do meio ambiente, é mister a reforma da sentença de absolvição proferida. Até a presente data, não ocorreu qualquer mudança legislativa de redução da área do PARNA Serra da Canastra, que remanesce com a área com que foi originariamente criado, assim como a zona de amortecimento definida no Plano de Manejo de 2005.

Nessa linha, já apontou o Exmo. Procurador Regional da República JOSÉ JAIRO COMES, em parecer lançado nos autos do RSE n. 0002555-73.2011.4.01.3804:

Em que pese a argumentação expendida pelo magistrado, em princípio, não seria razoável aguardar a ulatimação de processo expropriatório para se determinar os limites de atuação do Estado na preservação do meio ambiente.

O Direito Ambiental, compreendido como um direito de terceira dimensão que visa tutelar os interesses da coletividade, por sua própria natureza, deve ser interpretado como prevalente sobre os interesses meramente privados.

Desta forma, ao lançar mão de uma ferramenta para proteção do Meio Ambiente, neste caso a criação de Unidade de Conservação, o poder público, ainda que não tenha efetivado por completo o plano de expropriações, já manifesta de maneira inequívoca sua pretensão de preservação da área estabelecida como parâmetro.

Esta atuação não pode ser ignorada ou submetida por completo às limitações de ordem administrativa, tal como o processo de desapropriação. Assim, tão logo instituída a Unidade de Conservação, que, ressalte-se, depende de procedimento deveras complexo, devem ser reconhecidos alguns dos efeitos esperados e

necessários à ultimateção dos objetivos inerentes à sua própria criação.

Nesse sentido, é forçoso admitir que as terras particulares ainda não desapropriadas passam a sofrer limitações de uso decorrentes da alteração de sua função social. Não se está a tolher por completo o exercício do Direito Privado, mas apenas a compatibilizá-lo com a função socioambiental reconhecida, atendendo-se, inclusive, ao disposto no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal/1988.

Cabe ainda lembrar que, ao contrário do inferido na sentença absolutória, a *existência de unidade de conservação não é incompatível com o regime de propriedade privada*. Tanto que a Lei n. 9.985/00 prevê várias categorias de unidade de conservação de domínio privado, como os monumentos naturais (art. 12, § 1º), as áreas de proteção ambiental (art. 15, § 1º), as áreas de relevante interesse ecológico (art. 16, § 1º), as reservas naturais do patrimônio particular (art. 21).

Nestes casos, assim como na hipótese de unidade de conservação de domínio público ainda não regularizada e respectiva zona de amortecimento, o exercício do direito de propriedade incorpora as *limitações trazidas pela instituição da unidade de conservação*, que passam a compor a função socioambiental do bem.

Tem-se, assim, que a criação de unidades de conservação - espécie de espaço especialmente protegido - em determinada área dá *nova feição à função socioambiental da propriedade*, impondo restrições que devem ser observadas no exercício das faculdades do domínio.

Outrossim, é mister repisar que, no caso em tela, a conduta do APELADO atingiu área de preservação permanente. Logo, ainda que a área não estivesse localizada no PARNA Serra da Canastra as edificações em topo de morro é *proibida*, dado o regime de *relativa intangibilidade das áreas de preservação permanente*, haja vista que a formação de pastagem não é considerada atividade de interesse social, utilidade pública ou baixo impacto ambiental (art. 4º da Lei n. 4.771/1965 e Resolução CONAMA n. 369/2006, vigente à época). (fls. 237/241).

Afastado o fundamento da sentença para julgar improcedente a ação, é de prosseguir-se na análise do recurso.

Alega o apelante, em abono de seu pleito:

[...]enquanto o desmate de vegetação em área de preservação permanente, sem prévia autorização do órgão ambiental, é vedado em qualquer local, configurando os crimes dos artigos 38 ou 48 da Lei n. 9.605/1998, no caso em tela *causou dano direto ao PARNA Serra da Canastra*, enquadrando-se na figura típica do art. 40 do referido diploma legal.

Destaque-se que a Nota Técnica n. 6/2008, complementando o Laudo Técnico Ambiental n. 38/2008 (f. 47/50 e 78), elaborado por agentes do Instituto Chico Mendes de Conservação da

Biodiversidade - ICMBio, evidencia que a conduta do APELADO causa os seguintes danos à unidade de conservação (grifos nossos):

‘O principal dano ambiental causado foi a implantação de nova edificação dentro da área do Parque Nacional da Serra da Canastra, unidade de conservação de Proteção Integral, o *que não é permitido sem autorização do órgão gestor da unidade, que é o caso em pauta*, conforme determina o art. 30 do Decreto n. 4.340, de 22 de agosto de 2002, que regulamentou a Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, a qual instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

Além disso, a construção está em área de preservação permanente, topo de morro. No local onde existe a edificação ocorreu a supressão da vegetação nativa, característica de campo limpo, a qual não irá se regenerar caso a construção continue no local.

A área onde se encontra a edificação é considerada zona de recarga de aquíferos e a construção prejudica a recarga hídrica no local. [...] (fl. 241).

E conclui:

Logo, a conduta do APELADO provoca danos ao meio ambiente, e sobretudo, ao *PARNA Serra da Canastra*, pois a edificação impede regeneração natural, além de prejudicar a recarga de aquíferos, implica danos diretos à unidade de conservação, configurando, assim, o crime do art. 40 da Lei n. 9.605/1998. (fls. 241/241v).

Acrescenta, ainda, o apelante:

Ademais, a pena a ser aplicada ao RÉU deve ser *majorada* pela incidência da *agravante prevista no art. 15, II, 'I', da Lei n. 9.605/98*, por ter sido a *conduta praticada no interior de espaço territorial especialmente protegido*, qual seja, área de preservação permanente (art. 2º, alínea 'e', da Lei 4.771/65 e laudo de f. 28/32). (fl. 241v).

Contrapõe-se o recorrido, arguindo:

Em tese, o crime de que é acusado o ora apelado, seria ter causado danos ao meio ambiente com a edificação de um imóvel, *dentro de área não regularizada do Parque Nacional da Serra da Canastra*, sem autorização do órgão competente.

Este fato, por si só, seria o suficiente para espantar definitivamente a pretensão estampada na peça de denúncia, como muito bem esclareceu o Juiz a quo.

Conforme já repisado na fase das alegações finais, o denunciado agiu de acordo com a lei, pois requereu ao IBAMA, autorização para edificação, dentro que que é seu, pois não houve, até o momento, desapropriação e nem indenização por ela, o que se leva a conclusão que a área objeto da presente ação é propriedade particular.

Há que se levar em conta, que no local, já havia outras construções, inclusive um barracão, que foi objeto de reforma, onde abrigou sua família, e firmou residência, criando ali, um pequeno comércio.

Tal comércio atende as pessoas da comunidade, que frequentam os terços religiosos nos finais de semana, e missa mensal.

No local, há mais de 30 anos, já existia Igreja, varanda e campo de futebol, e inclusive o barracão em tela.

Interessante salientar que o próprio IBAMA usava o barracão para campanha educativa de todos os tipos, e até como abrigo para observação da brigada pré-fogo, realizada anualmente.

Tem que se observar, se caso realmente houvesse ocorrido algum dano ambiental, o que não houve, o IBAMA teria sido conivente com o denunciado, pois foi omisso nos pedidos formalizados pelo denunciado, para autorização da ampliação do barracão. Tal alegação está robustamente provada nos autos. Vide fl. 145 e documentos juntados pelo denunciado.

A conduta do denunciado, encontra abrigo no artigo 11 da Lei 9.985/2000, transcrito à fl. 147 dos autos.

Há o favorecimento de toda a comunidade local, bem como usado pelo próprio IBAMA para suas práticas educativas e outros.

[...]

Não houve danos à fauna ou flora no local e nenhuma gramínea foi arrancada no local.

Assim, no mesmo compasso das alegações preliminares de defesa, alega-se que não há nos autos, qualquer prova material do dano causado, ficando requerido desde já, seja julgada improcedente a denúncia, absolvendo 'in totum' o denunciado.

Se V. Exa., entender que houve dano ao ambiente, poderá aplicar o estatuído no § 3º do artigo 40 da Lei 9.605/98, que aduz que se o crime for culposo, a pena poderá ser reduzida pela metade. (§ incluído pela Lei 9.985, de 18.07.2000).

Não houve dolo por parte do denunciado.

Assim, na sentença de fls. 224/232, nada existe a ser reformado, mantendo-se a mesma em sua totalidade, julgando-se improcedente a denúncia [...] (fls. 246/247).

Delibero quanto à controvérsia.

A materialidade do delito está consubstanciada nos documentos de fls. 12-29 e 49-50.

Os relatórios de fiscalização acostados às fls. 16 e 24 esclarecem os fatos e as datas em que constatados, sem discrepância quanto ao tempo de sua apuração.

Nessa esteira, do Laudo Técnico Ambiental 38/2008, acostado às fls. 47-48, destaco:

Em atendimento à autoridade solicitante, realizamos vistoria técnica no local acima descrito. Passamos aos esclarecimentos, iniciando com um breve histórico sobre a infração ambiental em questão.

Em novembro de 2003, o Sr. Edmar Sebastião Vilela protocolou no escritório do Parque Nacional da Serra da Canastra uma solicitação de autorização para construção de uma casa no local conhecido como Morro do Carvão. Os técnicos da unidade de conservação realizaram vistoria no local e detectaram se tratar de área de preservação permanente (topo de morro) e também estar inserido nos limites do Parque Nacional da Serra da Canastra, em sua área pendente de regularização fundiária. A documentação foi enviada à Superintendência do IBAMA em Minas Gerais, solicitando orientações quanto à possibilidade de autorizar a obra. O processo foi respondido esclarecendo que uma nova construção no local não seria passível de autorização, por estar dentro dos limites da área decretada como unidade de conservação de proteção integral, o Parque Nacional. O proprietário foi informado da impossibilidade de autorização para construção naquele local.

Em junho de 2004, atendendo a denúncia, os fiscais do Parque Nacional da Serra da Canastra foram até o Morro do Carvão, onde constataram que o Sr. Edmar havia construído a casa sem autorização. O proprietário foi notificado e no dia 29/06/2004, foi lavrado o Auto de Infração n. 057214 série D por construir uma casa com destinação residencial e comercial medindo 126 m² na Fazenda Moinho 'Chapadãozinho', área considerada administrativamente Parque Nacional da Serra da Canastra, conforme o Decreto n. 70.355/1972. Também foi lavrado o Termo de Embargo/Interdição n. 128954 série 'c' que embargou as atividades referentes à construção de uma casa na fazenda Moinho 'Chapadãozinho'.

No dia 31/01/2007, os fiscais do Parque Nacional da Serra da Canastra estiveram novamente no local e constataram que houve desrespeito ao embargo, pois a construção havia sido ampliada em mais 171 m², com a construção de varanda e banheiros. Foi então lavrado novo Auto de Infração, de n. 533620 série D, referente ao desrespeito ao Termo de Embargo/Interdição n. 128954 série C.

Em vistoria ao local, realizada em 14/05/2008, verificamos se tratar de uma construção residencial e comercial, onde funciona um restaurante. A área ocupada pela construção é de 297 m² e está localizada em área de preservação permanente, topo de morro, estando também inserida nos limites de unidade de conservação de Proteção Integral, o Parque Nacional da Serra da Canastra.

A vegetação presente na área da construção é nativa e caracterizada como campo limpo, uma das fisionomias vegetais do Cerrado, com predominância de capim-macega (*Tristachia chrysotrix*) e macela (*Achyrocline satureoides*).

A medida necessária para a reparação do dano ambiental é a demolição da obra e retirada dos entulhos do local para recuperação da vegetação.

Seguem anexas fotos do local. (fls. 47/48).

Mister destacar que o referido Laudo Técnico Ambiental 38/2008 foi complementado pela Nota Técnica 6/2008, do Ministério do Meio Ambiente/Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade/Parque Nacional da Serra da Canastra, de onde se lê:

O principal dano ambiental causado foi a implantação de nova edificação dentro da área do Parque Nacional da Serra da Canastra, unidade de conservação de Proteção Integral, o que não é permitido sem autorização do órgão gestor da unidade, que é o caso em pauta, conforme determina o art. 30 do Decreto n. 4.340, de 22 de agosto de 2002, que regulamentou a Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, a qual instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

Além disso, a construção está em área de preservação permanente, topo de morro. No local onde existe a edificação ocorreu a supressão da vegetação nativa, característica de campo limpo, a qual não irá se regenerar caso a construção continue no local.

A área onde se encontra a edificação é considerada zona de recarga de aquíferos e a construção prejudica a recarga hídrica no local.

Quanto a se tratar de obra potencialmente poluidora, esta não se enquadra nessa definição, visto se tratar de obra de pequeno porte com a finalidade de pousada, restaurante e residência. (fl. 78).

Judicializados os laudos de fls. 26 e 47-48, não se lhes fez contraprova hábil a desacreditá-los, sendo certo que, no caso, estão corroborados pelos autos de infração (fls. 13 e 21).

Quanto à autoria, o próprio apelado declarou, na fase policial, que *“continuou a construção, mesmo tendo ciência da autuação”* (fl. 52).

Em Juízo, o técnico ambiental Lourenço Lemos da Silva confirmou o relatório de fiscalização acostado à fl. 24 (fl. 189).

A testemunha Alaerte de Almeida Filho afirmou que o acusado ampliou o barracão que já existia na propriedade, que soube que o acusado pediu licença ao Ibama para obrar no barracão, mas não sabe o motivo pelo qual não a obteve (fl. 190).

Também Wender Luiz dos Reis afirmou que soube que o acusado pediu licença ao Ibama para obrar no barracão, mas não sabe o motivo pelo qual não a obteve (fl. 191).

Por sua vez, declarou o apelado:

[...] que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, pois embora tenha feito ampliação na construção existente em seu imóvel para fins

comerciais e residenciais, não deixou de procurar os órgãos competentes antes de obrar; que o Ibama não autorizou, e nem proibiu a obra; que construiu de fato as metragens descritas na acusação; que não aguardou a autorização por que precisou do local para morar; [...] que o Ibama usa o imóvel do acusado para reuniões relativas assuntos de seu ofício; que o pessoal do Prevfogo utilizava seu imóvel de junho a novembro [...] (fl. 192).

Vê-se que o próprio apelado declarou que *“não deixou de procurar os órgãos competentes antes de obrar, que o IBAMA não autorizou [...] a obra”, que “construiu, de fato, as metragens descritas na acusação”* e que *“não aguardou a autorização”* (fl. 192). Assim, não procede a alegação de ausência de dolo, não cabendo, no caso, a aplicação do § 3º do art. 40 da Lei 9.605/1998 (*“se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade”*), como requerido pela defesa à fl. 247, v. 2.

Outrossim, por sua pertinência, incorporo às razões de decidir as considerações feitas pelo Ministério Público Federal, nas alegações finais, destacando:

A testemunha de acusação ouvida - agente de fiscalização responsável pela autuação - confirmou que presenciou as construções realizadas pelo RÉU, esclarecendo que a construção está em área não regularizada do PARNA Serra da Canastra (f. 189).

Cabe destacar que, *ainda que a área não estivesse localizada no interior do PARNA Serra da Canastra*, a construção promovida pelo RÉU seria proibida, dado o regime de relativa *intangibilidade das áreas de preservação permanente* (art. 4º da Lei n. 4.771/1965 - Código Florestal).

As testemunhas de defesa também confirmaram que o RÉU tentou sem sucesso obter a autorização para realizar a construção (fls. 190 e 191). Asseveraram, contudo, que na propriedade do RÉU não foi retirada vegetação nativa e, a existente era do ‘tipo grama’. Data venia, a proteção das áreas de preservação permanente - que prestam essenciais serviços ambientais, como regulação do clima e da qualidade do ar, proteção do solo e recursos hídricos, intercâmbio de fluxo gênico (art. 1º, § 2º, II, do Código Florestal) - não está vinculada ao tipo de vegetação existente, na expressa dicção legal de que se trata de ‘área protegida, [...] coberta ou não por vegetação nativa’.

Isto é, ainda que presente apenas vegetação ‘do tipo grama’ ou mesmo desprovida de vegetação, as áreas de preservação permanente merecem proteção contra a ação do RÉU de retirada da cobertura vegetal e realização de edificação que impede a regeneração natural da vegetação.’ (fls. 197v/198);

Assim, está comprovado que a edificação e a sua ampliação, ambas promovidas pelo RÉU, em área de preservação permanente situada no interior de unidade de conservação de proteção integral causou danos diretos ao PARNA Serra da Canastra,

o que configura a prática do crime do art. 40 da Lei n. 9.605/1998. (fl. 198v).

Noutro giro, verifico que a acusação, tão somente nas razões da apelação, pediu a aplicação da circunstância agravante prevista no art. 15, II, *l*, Lei 9.605/1998, nos seguintes termos:

Ademais, a pena a ser aplicada ao RÉU deve ser majorada pela incidência da *agravante prevista no art. 15, II, I, da Lei n. 9.605/98*, por ter sido a *conduta praticada no interior de espaço territorial especialmente protegido*, qual seja, área de preservação permanente (art. 2º, alínea 'e', da Lei 4.771/65 e laudo de f. 28/32). (fl. 241v).

Prevê o dispositivo legal em comento:

Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

[...]

II - ter o agente cometido a infração:

[...]

l) no interior do espaço territorial especialmente protegido;

Dos comentários de Guilherme de Souza Nucci ao referido dispositivo destaco:

Espaço protegido: são os destacados pelo Poder Público para a conservação da natureza. Inserem-se, como exemplos, as *unidades de conservação*. Ora, se é lugar particularmente resguardado pelo Estado, torna-se mais ousada a conduta do agente e, por consequência, merecedora de punição mais severa. (*in* Leis penais e processuais penais comentadas. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 896 - grifei).

Ocorre que a conduta imputada ao apelado, prevista no art. 40 da Lei 9.605/1998, é

Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização [...] (grifei).

Ou seja, a circunstância em comento constitui o crime em tela, dessarte, a majoração da pena pela incidência da agravante em tela configuraria *bis in idem*.

Diante do exposto, dou provimento em parte ao recurso, reformando a sentença, para condenar o réu Edmar Sebastião Vilela como incurso no art. 40 da Lei 9.605/1998.

Passo a dosar-lhe a pena.

A pena prevista no tipo legal em tela é reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

Não tendo verificado circunstâncias que desmereçam o réu nos termos do art. 59 do Código Penal, fixo-lhe a pena-base em 1 (um) ano de reclusão.

Na segunda fase, mesmo considerando, como fundamento da condenação, a declaração do apelado, em Juízo, de que “construiu, de fato, as metragens descritas na acusação” e que “não aguardou a autorização” (fl. 192), deixo de aplicar a circunstância atenuante prevista do art. 65, III, *d*, do CP (confissão espontânea), nos termos da Súmula 231 do STJ, segundo a qual “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Assim, à míngua de outras circunstâncias atenuantes ou de circunstâncias agravantes, bem como de causas de diminuição ou de aumento, fica a pena definitivamente estabelecida em 1 (um) ano de reclusão, devendo ser cumprida em regime inicial aberto.

À vista do que dispõem os arts. 7º e 12 da Lei 9.605/1998, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos (art. 44, § 2º, primeira parte, do CP), a ser definida pelo juízo da execução.

Transitado em julgado o acórdão, o réu terá seu nome lançado no rol dos culpados.

É o voto.

Voto Revisor

A Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo: — Feita a revisão no presente feito, nada tenho a acrescentar ao relatório de fls. 259-260.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra v. sentença de fls. 235-242 que, julgando improcedente a pretensão contida na denúncia, absolveu o acusado Edmar Sebastião Vilela a imputação da prática do delito tipificado no art. 40 da Lei 9.605/1998 com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Data venia de eventual entendimento em contrário, afigura-se dever ser reformada a v. sentença *a quo*.

Com efeito, da análise dos autos, verifica-se que a materialidade do delito restou amplamente comprovada por meio dos documentos de fls. 12-29 e 49-50.

Em suas razões de apelação, o Ministério Público Federal pugnou pela aplicação da circunstância agravante elencada no art. 15, II, *l*, Lei 9.605/1998, com o fundamento de que a conduta teria sido praticada no interior de espaço territorial especialmente protegido, qual seja área de preservação permanente. Entretanto, não merece ser considerada a circunstância agravante, uma vez que ao réu, tenha sido imputada a conduta

prevista no art. 40 da referida lei, que em seu texto prevê a conduta do réu, dessarte, a majoração da pena pela incidência da agravante arguida configuraria *bis in idem*.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação, reformando a v. sentença, a fim de condenar o réu Edmar Sebastião Vilela como incurso no art. 40 da Lei 9.605/1998.

Passo, pois, à dosimetria da pena.

No caso em tela, não foram verificadas, dentre as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, fatores que desabonem o réu. Posto isso, fixo a pena-base no mínimo legal, sendo de 1 (um) ano de reclusão.

Na segunda fase da aplicação da sanção penal é de se considerar a atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, no entanto,

esta não pode ser aplicada, visto que, na atual fase da dosimetria da pena, o *quantum* imposto ao réu não pode vir aquém do mínimo legal, como prevê a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, à míngua de outras circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento e diminuição, fica a pena fixada, em definitivo, em 1 (um) ano de reclusão, devendo ser cumprida em regime inicialmente aberto.

Conforme o previsto nos arts. 7º e 12 da Lei 9.605/1998, substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (art. 44, § 2º, primeira parte, do CP) a ser definida pelo juízo da execução.

Transitado em julgado, lance-se o nome do réu, ora apelado, no rol de culpados.

É o voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0005871-10.2004.4.01.3200

Reexame Necessário na Ação Civil Pública 2004.32.00.005878-9/AM

Relator:	Desembargador Federal Souza Prudente
Autora:	União Federal
Procurador:	Dr. José Roberto Machado Farias
Autor:	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Autora:	Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero
Procuradora:	Dra. Marisa Santos Villagra
Autor:	Ministério Público Federal
Procuradora:	Dra. Izabella Marinho Brant
Autor:	Ministério Público do Estado do Amazonas
Procurador:	Dr. Mauro Roberto Veras Bezerra
Autor:	Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas – Ipaam
Advogado:	Dr. José Fernando de Oliveira Garcia
Réu:	Município de Tefé – AM
Procuradores:	Dr. Vitório Henrique Cestaro e outros
Remetente:	Juízo Federal da 7ª Vara – AM
Publicação:	<i>e-DJF1</i> de 27/08/2014, p. 93

Ementa

Constitucional e Processual Civil. Ação civil pública. Aterro sanitário. Área de segurança aeroportuária. Dano ambiental. Ilegalidade. Remessa oficial parcialmente provida.

I. No caso dos autos, encontrando-se aterro sanitário em desacordo com a legislação ambiental de regência, bem como localizado em área de segurança aeroportuária, impõe-se a sua remoção, ante a sua manifesta ilegalidade.

II. Ademais, 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, na espécie, a imediata implementação de medidas preventivas, a fim de evitar danos maiores e irreversíveis à área objeto da ação civil pública instaurada nos autos de origem.

III. Remessa oficial parcialmente provida, para determinar o cumprimento das obrigações específicas constantes da sentença, a partir da intimação deste acórdão mandamental.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 20/08/2014.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de remessa oficial da sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas, que, nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado do Amazonas, União Federal, Ibama e Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária–Infraero contra o Município de Tefé/AM, julgou procedente o pedido, para condenar

[...] o Município de Tefé/AM a implementar, no prazo máximo de 12 (doze) meses, a contar do trânsito em julgado desta sentença, a construção do aterro sanitário de acordo com as normas ambientais pertinentes, e nos termos da Resolução n. 4 do CONAMA, ou seja, distante 20 km da pista de pousos e decolagens do Aeroporto de Tefé/AM, sob pena de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). O Município de Tefé/AM deverá, ainda, organizar campanha a fim de orientar e conscientizar a população local a evitar o descarte do lixo em local inadequado, tais como barrancos e rios, ajudando a preservar o meio ambiente [...] (fls. 2.262-2.668).

Sem recurso voluntário, subiram os autos a este egrégio Tribunal, por força da remessa oficial, manifestando-se a douta Procuradoria Regional da República pelo desprovemento da remessa.

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: —

I

A sentença monocrática examinou e resolveu, com inegável acerto, a controvérsia instaurada nestes autos, nos seguintes termos:

[...]

O processo encontra-se maduro para decisão, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil, não havendo necessidade de produção de mais provas em audiência ante a robusta quantidade de elementos colhidos ao longo da demanda.

A Constituição Federal dispõe, em seu art. 225, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

No mesmo artigo, em seu § 3º, acrescenta que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Ademais, é dever e competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI, CF).

Pelos documentos trazidos aos autos, é inegável que desde o início da presente ação houve progressos em relação à disposição de resíduos sólidos por parte do Município de Tefé/AM, contudo, melhorias ainda necessitam ser implementadas, a fim de dar a destinação adequada ao lixo urbano, de forma a não expor a população a doenças e evitar que o meio ambiente sofra uma degradação que, no futuro, poderá vir a ser irreversível, dando-se, assim, efetividade ao princípio da prevenção. Sobre tal princípio, ensina Celso Antônio Pacheco Fiorillo, no

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Néviton Guedes e Jirair Aram Meguerian.

seu Curso de Direito Ambiental Brasileiro, Saraiva, 2001, p.35, verbis:

Trata-se de um dos princípios mais importantes que norteiam o direito ambiental. De fato, a prevenção é fundamental, uma vez que os danos ambientais, na maioria das vezes, soam irreversíveis e irreparáveis. Para tanto, basta pensar: como recuperar uma espécie extinta? Como erradicar os efeitos de Chernobyl? Ou, de que forma restituir uma floresta milenar que fora devastada e abrigava milhares de ecossistemas diferentes, cada um com o seu essencial papel na natureza? Diante da impotência do sistema jurídico, incapaz de restabelecer, em igualdade de condições, uma situação idêntica à anterior, adota-se o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como sustentáculo do direito ambiental, consubstanciando-se como seu objetivo fundamental.

Após sofrer interdição para pouso e decolagem em razão do risco de colisão de aviões com aves (urubus), o aeroporto de Tefé/AM voltou a operar na sua normalidade, depois de constatada a redução do perigo na navegação aérea por técnicos dos órgãos competentes, conforme relatórios juntados aos autos.

Nada obstante, a Prefeitura Municipal de Tefé/AM, embora tenha empreendido sensíveis melhoras no trato do 'lixão', constata-se que tais esforços se deram com maior rigor no período em que o aeródromo ficou interdito por determinação judicial, diminuindo-se a eficiência para a resolução do problema nos momentos de operação normal do aeroporto. Ou seja, providências foram tomadas após os transtornos causados com o fechamento do aeródromo, gerando certa tranquilidade por parte do Administrador Público Municipal quando as operações de pouso e decolagens foram normalizadas.

É o que vem acontecendo atualmente, conforme descrito nos relatórios de fls. 2650/2656 e de fls. 2645/2659 apresentados pela INFRAERO, após inspeções realizadas no período de julho a outubro de 2009 e de novembro/2009 a fevereiro/2010, respectivamente, na Área de Segurança Aeroportuária do Aeroporto de Tefé/AM.

No citado relatório, noticia-se que 'os resíduos não estão sendo compactados e cobertos diariamente, de acordo com o previsto no Termo de Convênio, ficando dispostos a céu aberto, sem nenhum tipo de tratamento proporcionando uma grande concentração de URUBUS na área do Aterro, inclusive na via de acesso ao local'. Mais adiante, evidenciam que 'os trabalhos de operação no Aterro Controlado não oferecem as mínimas condições higiênico-sanitárias e estão em desacordo com as orientações repassadas pelo Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas, conforme disposto no Termo de Convênio firmado entre a Prefeitura Local e a Justiça Federal'.

O Ministério Público Federal (fls. 2240/2260) já havia observado a precariedade com que o serviço de coleta dos resíduos sólidos urbanos vinha sendo prestado pela Prefeitura de Tefé/AM, requerendo a instalação de drenagem superficial, poços de drenagem de gases, mantas de impermeabilização e o manejo de urubus de acordo com as normas ambientais, tudo isso com vistas a regularizar a situação do aterro controlado.

O referido Termo de Convênio (fls. 1770/1775), citado no relatório da INFRAERO, tem por objetivo 'estabelecer um regime de mútua colaboração e de fortalecimento institucional entre os convenentes, com vistas a gerenciar e criar 1 (um) aterro controlado e 1 (um) aterro sanitário de resíduos sólidos para o Município de Tefé, não importando no repasse financeiro'.

Verifica-se que o tratamento dado ao aterro controlado não está de acordo com a proteção do meio ambiente, visto que, conforme observado pelo Ministério Público Federal, o lugar não dispõe de drenagem superficial, poços de drenagem de gases, mantas de impermeabilização, o que pode gerar, em decorrência disso, a poluição de rios e igarapés, além do solo e, futuramente, afetar a saúde da população.

A Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente prescreve:

Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Pelos documentos trazidos aos autos, comprova-se que o Município não vem adotando os meios necessários para a preservação do meio ambiente. Ademais, conforme se verifica nos autos,

a lixeira pública ainda está dentro do limite de 20 km do centro geométrico do aeródromo, em desacordo, portanto, com a Resolução n. 4/1995 do CONAMA.

Foi constatada a existência de matadouros que atuam próximo à área de pousos e decolagens do aeroporto de Tefé/AM, contribuindo para a atração de urubus no entorno daquela área. Acerca disso, conforme relatório de vistoria realizada pelo IPAAM, a Câmara de Tefé/AM aprovou lei municipal que proíbe matadouros flutuantes no raio de 20km a partir do centro geométrico da pista de pousos e decolagens, contudo a referida lei depende de procedimentos administrativos para sua implementação (fls. 2140).

Agrava ainda a situação do Município, o despejo de lixo, pela população ribeirinha, diretamente nos barrancos e, conseqüentemente, no rio que cerca o Município.

Constata-se, ainda, que o aterro sanitário não foi construído, necessitando, de acordo com informação prestada pelo Estado do Amazonas, de novo processo licitatório para definição de local e da empresa vencedora para dar início aos trabalhos.

Diante de todo o contexto fático-probatório, revela-se a displicência do Administrador Local em encontrar solução para o problema de limpeza pública por que passa o Município de Tefé/AM, ato incompatível com o zelo pelo meio ambiente, que é obrigação de todo governante.

Ademais, observa-se a ausência de medidas educacionais para orientação dos munícipes quanto ao despejo do lixo em locais apropriados, de modo a alertá-los para os perigos que a inobservância de tal prática pode acarretar.

III – Dispositivo

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido contido na inicial e condeno o Município de Tefé/AM a implementar, no prazo máximo de 12 (doze) meses, a contar do trânsito em julgado desta sentença, a construção do aterro sanitário de acordo com as normas ambientais pertinentes, e nos termos da Resolução n. 4 do CONAMA, ou seja, distante 20 km da pista de pousos e decolagens do Aeroporto de Tefé/AM, sob pena de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). O Município de Tefé/AM deverá, ainda, organizar campanha a fim de orientar e conscientizar a população local a evitar o descarte do lixo em local inadequado, tais como barrancos e rios, ajudando a preservar o meio ambiente. Declaro extinto o processo com a resolução do seu mérito, a teor do artigo 269, I, do CPC.

II

Com efeito, encontrando-se o aterro sanitário nas proximidades do aeroporto de Tefé/AM, impõe-se a estrita observância do que dispõem as normas legais e infralegais que regem a matéria, notadamente as disposições da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que instituiu o Código Brasileiro de Aeronáutica,

a Portaria 256/CG5, de 13 de maio de 2011, e a Resolução Conama 4, de 9 de outubro de 1995, bem assim, do Decreto 21.713, de 27 de agosto de 1946, que homologou a adesão do Brasil à Convenção Internacional de Aviação Civil.

Com efeito, o art. 43 da Lei 7.565/1986 estabelece que as propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais, na determinação de que:

Art. 43. As propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais.

Parágrafo único. As restrições a que se refere este artigo são relativas ao uso das propriedades quanto a edificações, instalações, culturas agrícolas e objetos de natureza permanente ou temporária, e tudo mais que possa embarçar as operações de aeronaves ou causar interferência nos sinais dos auxílios à radionavegação ou dificultar a visibilidade de auxílios visuais.

Nos termos do art. 44 da referida lei, essas restrições são definidas pela autoridade aeronáutica, as quais encontram-se delineadas na Portaria 256/CG5, de 13 de maio de 2011, do Ministério da Defesa, Comando da Aeronáutica, que dispõe sobre as restrições relativas a implantações que possam afetar adversamente a segurança e a regularidade das operações aéreas, e dá outras providências.

O art. 64 e 65, da referida Portaria, estabelece que:

“Art. 64. Constitui Implantação de Natureza Perigosa toda aquela que atraia aves; produza ou armazene material explosivo ou inflamável; que cause perigosos reflexos, irradiações, fumaça ou emanações; assim como outras que possam proporcionar riscos semelhantes à navegação aérea.”

Art. 65. Nas Superfícies de Aproximação, Decolagem e Transição dos aeródromos e helipontos, não são permitidas implantações de natureza perigosa, mesmo que não ultrapassem as superfícies de proteção fixadas. – grifei.

Em sendo assim, a instalação de aterros sanitários, em área de segurança aeroportuária encontra-se terminantemente vedada, nos termos das disposições normativas acima referidas, sendo que a dimensão da referida área encontra-se delimitada na Resolução Conama 4/1995, que, em seus arts. 1º e 2º, assim dispõe:

Art. 1º São consideradas “Área de Segurança Aeroportuária - ASA” as áreas abrangidas por um determinado raio a partir do “centro geométrico do aeródromo”, de acordo com seu tipo de operação, divididas em 2 (duas) categorias:

I - raio de 20 km para aeroportos que operam de acordo com as regras de voo por instrumento (IFR); e

II - raio de 13 km para os demais aeródromos.

Parágrafo único. No caso de mudança de categoria do aeródromo, o raio da ASA deverá se adequar à nova categoria.

Art. 2º Dentro da ASA não será permitida implantação de atividades de natureza perigosa, entendidas como “foco de atração de pássaros”, como por exemplo, matadouros, curtumes, vazadouros de lixo, culturas agrícolas que atraem pássaros, assim como quaisquer outras atividades que possam proporcionar riscos semelhantes à navegação aérea.

Ademais, caracterizada, na espécie, a ocorrência de dano ambiental, 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, na espécie, a imediata implementação de medidas preventivas, a fim de evitar danos maiores e irreversíveis à área objeto da ação civil pública instaurada nos autos de origem.

III

Com estas considerações, dou parcial provimento à remessa oficial, tão somente, para determinar o cumprimento das obrigações específicas constantes da sentença, a partir da intimação deste acórdão mandamental e não do trânsito em julgado, mantendo-se, no mais, o comando sentencial em referência.

Este é meu voto.

Quinta Turma

Apelação/Reexame Necessário 0050582-36.2010.4.01.3800/MG

Relatora :	Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (convocada)
Apelante:	Edmilson Rodrigues dos Santos
Advogado:	Dr. Júlio Magalhães Pires Duarte
Apelante:	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Apelados:	os mesmos
Remetente:	Juízo Federal da 15ª Vara/MG
Publicação:	e-DJF1 de 17/10/2014, p. 769

Ementa

Administrativo. Auto de infração. Manutenção em cativeteiro de espécies passeriformes da fauna silvestre brasileira sem autorização do Ibama. Processo administrativo. Prazo. Prescrição quinquenal. Lei 9.873/1999. Nulidades afastadas. Conversão da pena de multa em prestação de serviços à comunidade. Apelante de baixa renda. Princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da proteção ao meio ambiente.

I. A inobservância, pela Administração, dos prazos legalmente fixados para decisão no processo administrativo não implica em nulidade do auto de infração, mas apenas em irregularidade no processo administrativo, visto que não possuem natureza peremptória para a Administração.

II. O desatendimento dos prazos tem o condão de suspender a exigibilidade da multa e poderia, em tese, acarretar a anulação do procedimento, ato que não atenderia aos interesses das partes nem aos princípios da celeridade, eficiência e razoável duração do processo. Prescrição quinquenal para a duração do processo administrativo, prevista na Lei 9.873/1999, não configurada.

III. Existindo convênio entre a Polícia Militar de Minas Gerais e o Ibama, à época da lavratura do auto de infração, não há de se falar em incompetência da autoridade que lavrou o auto.

IV. Não foi aplicada a pena de advertência, pois a multa máxima cominada ultrapassou o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), na forma do art. 5º, §§ 1º e 2º, do Decreto 6.514/2008.

V. O art. 72 da Lei 9.605/1998 possibilita, em seu § 4º, a conversão da multa simples em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, devendo ser consideradas as situações fáticas, bem como o perfil socioeconômico do autuado. Correta a sentença ao converter a multa em prestação de serviços, tendo em vista que este atenderá à finalidade punitivo-educativa da norma.

VI. Além disso, o § 2º do art. 11 do Decreto 3.179/1999 dispõe que, em caso de guarda doméstica de espécime silvestre não considerada ameaçada de extinção — na hipótese dos autos —, a multa pode ser dispensada (art. 29, § 2º, da Lei 9.605/1998).

VII. Recursos de apelação e remessa necessária desprovidos.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à remessa necessária e aos recursos de apelação.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 21/05/2014.

Juíza Federal *Gilda Sigmaringa Seixas*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas: — Trata-se de remessa necessária e recursos de apelação interpostos pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama e por Edmilson Rodrigues dos Santos em face de sentença que, proferida nos autos de ação ordinária, julgou procedente o pedido para determinar que a multa imposta ao autor seja convertida em prestação de serviços ambientais, durante 90 dias, em instituição de preservação ambiental nesta Capital, a ser indicada pelo próprio Ibama.

Edmilson reitera sua alegação de que o auto de infração é nulo, pois tem licença ambiental para criação de pássaros, não foram devidamente descritas as infrações praticadas e a apreensão dos pássaros foi feita pela Polícia Militar, sendo que deveria ter sido feita por profissionais adequados [biólogos e ou médicos veterinários].

Alega que o processo administrativo é inválido, pois não houve intimação ou citação válidas e que houve prescrição intercorrente. Diz que o decreto não pode se sobrepor à lei, eis que a pena de advertência deveria preceder à de multa, além disso, seu valor é exorbitante, não sendo consideradas suas condições financeiras e que não houve perícia. Requer a reforma da sentença para que seja anulado o auto de infração da multa administrativa que lhe foi imposta e a concessão da justiça gratuita (fls. 210-218).

O Ibama aduz que houve a coisa julgada administrativa quanto ao pedido de conversão da multa em prestação de serviços ambientais, pois não requerida na esfera administrativa, além disso,

diz que essa medida é excepcional e trata-se de ato discricionário da Administração.

Alega que o art. 72 da Lei 9.605/1998 não prevê expressamente a gradação entre as penas de advertência e multa, conforme dispõe seu § 2º, bem como que, se o legislador quisesse estabelecer uma ordem de prioridade entre os incisos, parágrafos e alíneas, teria dito expressamente como fez com os arts. 1.797 e 1.829, ambos do Código Civil, onde constam as expressões “sucessivamente”.

Sustenta que a multa está prevista na Lei 9.605/1998 e no Decreto 3.179/1999 e seus valores são razoáveis, não havendo nulidades. Diz que a conduta do apelado está enquadrada no art. 11, § 1º, inciso III, do Decreto 3.179/1999, conferindo legalidade à multa administrativa imposta, a qual busca evitar a ocorrência de dano ambiental — caráter preventivo —, e, quando ocorrido o dano, visa a sua reparação — caráter repressivo. Pugna pelo provimento do recurso para reforma da sentença com a manutenção da multa (fls. 223-259).

Contrarrazões das partes às fls. 264-317 e 319-331.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas: — No caso, o apelante foi autuado, em 06/04/2004, por manter em cativeiro 10 pássaros da fauna silvestre brasileira sem autorização, sendo-lhe imposta multa no valor de R\$ 5.000,00, conforme fls. 171, a qual, em 06/2010, perfazia o valor de R\$ 11.509,60 - fls. 191.

As alegações do autor de nulidades do auto de infração, do processo administrativo, de ocorrência de prescrição foram devidamente afastadas na sentença, cuja fundamentação não merece reparo.

A alegação de que a apreensão dos pássaros não poderia ter sido feita pela Polícia Militar, mas por profissionais adequados [biólogos e ou médicos veterinários], também não prospera, eis que o Ibama tem convênio com a Polícia Militar para a fiscalização e atuação, permanecendo com sua competência reguladora e julgadora, o quê está em consonância com a Constituição Federal, que atribui aos três entes a competência de proteger o meio ambiente.

Nesse sentido, na sentença, o magistrado entendeu que a multa não é nula, cujo entendimento mantenho, veja:

[...] Inicialmente deve ser afastada a prescrição suscitada pelo Autor, pois há de ser considerado que no lapso temporal que permeia o auto de infração e a solução administrativa não corre o prazo prescricional, ficando suspensa a exigibilidade do crédito até a notificação da decisão administrativa. Cumprido tal requisito, o devedor possui o prazo de 30 (trinta) dias para pagamento do débito, sendo que a partir daí inicia-se a contagem do prazo prescricional, que é de 05 (cinco) anos, para que a Fazenda Pública inscreva o débito na dívida ativa e obtenha a citação válida do devedor.

Com efeito, compulsando os autos, verifico que lavrado o Auto de Infração sob nº 283521/D, com o vencimento em 26/10/2004 (fl. 171), o processo administrativo tramitou regularmente, e em 09/09/2005 o citado AI foi homologado, mantendo-se a multa aplicada (fis. 175/176). O Autor foi notificado da decisão administrativa em 24/09/05 (fl. 178). E, ante a sua inércia em efetuar o pagamento do débito correlato à citada multa, foi ele inscrito em Dívida Ativa, em 23/06/2010 (fl. 188); antes, portanto, de expirado o prazo prescricional para sua cobrança.

Resolvida esta questão, verifico que o Auto de Infração nº 2835211D, colacionado à fl. 171 do presente feito descreve no campo “13”, a seguinte conduta infracional praticada pelo Autor: “Manter 10 (dez) passaros da fauna brasileira em cativeiro (canório chapinha), contrariando legislação em vigor, sem devida autorização do Orgão Competente”.

E nos quadros seguintes são apontados os dispositivos legais correlatos à conduta infracional, quais sejam:

- artigos 70 e 29,111, da Lei 9.605/98;

- artigos 11, § 10, III e 2º, II e IV, do Decreto 3.179/99 (1)

Primeiramente, devo destacar que não enseja qualquer nulidade o fato de a lavratura do Auto de Infração ter sido realizada pela Polícia Militar de Minas Gerais, visto que a ação da PM-MG encontra abrigo na Lei nº 9.605/98 - que tratando das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, prevê no seu art. 70 que:

“Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 2º Qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia.”

Ademais, é notório que na execução de atividades de fiscalização, visando cumprir melhor os seus objetivos, como órgão executor da Política Nacional do Meio Ambiente, o IBAMA estabelece parcerias com algumas instituições, tais como: Polícia Militar, Polícia Rodoviária Federal, Corpo de Bombeiros, além de instituições privadas e organizações não governamentais que atuem na área ambiental.

Não se pode olvidar, igualmente, que o Auto de Infração efetuado pela Polícia Militar, assim como qualquer outro ato administrativo, goza de presunção de legitimidade e de veracidade, incumbindo-se ao administrado a produção de prova contrária, o que “in casu” não ocorreu, visto que o Autor não negou que mantinha em seu domínio as aves apontadas naquele documento de fl. 171, simplesmente argumentou que elas nasceram em cativeiro e estavam devidamente marcadas com anéis invioláveis, sem, contudo, trazer aos autos prova de que teria licença do Orgão Competente para assim mantê-las.

Sendo assim, descabe alegar nulidade do mencionado Auto de Infração, vez que ele indica claramente a infração cometida e os dispositivos legais violados, estando datado e assinado pela autoridade competente, possibilitando o exercício da ampla defesa.

Deve ser esclarecido, por oportuno, que com criador associado à FEOMG, não pode o Autor alegar desconhecimento acerca das normas ambientais pertinentes a estes animais. Ademais, não trouxe ele nenhum dado concreto que pudesse levar à conclusão de que não detinha potencial consciência da ilicitude. [...].

A legislação ambiental que trata das medidas protetivas ao meio ambiente estabeleceu as penas a serem aplicadas aos infratores de acordo com a infração praticada. Nesse aspecto, a Lei 9.605, de 12/02/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente e o Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado).

derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, disciplina em seu art. 72 as sanções a serem aplicadas, veja:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

- I - advertência;
- II - multa simples;
- III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

[...]

§ 1º Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas.

§ 2º A advertência será aplicada pela inobservância das disposições desta Lei e da legislação em vigor, ou de preceitos regulamentares, sem prejuízo das demais sanções previstas neste artigo.

§ 3º A multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo:

I - advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por órgão competente do SISNAMA ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha;

II - opuser embaraço à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 4º A multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.

§ 5º A multa diária será aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo.

[...]

Art. 75. O valor da multa de que trata este Capítulo será fixado no regulamento desta Lei e corrigido periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Assim, observa-se que o art. 72 da Lei 9.605/1998, embora traga um rol em que figuram sucessivamente como sanções a advertência e a multa simples, não obriga quando da edição do decreto regulamentador, a estabelecer necessariamente uma antes da outra. Pode-se multar sem prévia advertência, a depender da gravidade da conduta, não havendo nulidade da multa lavrada.

A lei estabelece as situações em que serão aplicadas as penalidades de advertência e a multa, afirmado, no art. 72, § 2º, que a advertência será

aplicada sem prejuízo das demais sanções previstas neste artigo e, no § 3º, que a multa simples será aplicada quando o agente, por negligência ou dolo, advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las no prazo assinalado, ou opuser embaraço à fiscalização dos órgãos competentes.

Acerca da advertência, o art. 5º¹, §§ 1º e 2º, do Decreto 6.514/2008 estabelece que a sanção de advertência poderá ser aplicada para as infrações administrativas de menor lesividade ao meio ambiente, consideradas como aquelas em que a multa máxima cominada não ultrapasse o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), ou que, no caso de multa por unidade de medida, a multa aplicável não exceda o valor referido.

No caso dos autos, o apelante foi autuado por manter em cativeiro 10 pássaros da fauna silvestre brasileira sem autorização, sendo-lhe imposta multa no valor de R\$ 5.000,00, de modo que foi legítima a aplicação da multa.

Entretanto, o art. 72, § 4º, da Lei 9.605/1998 e o art. 139² do Decreto 6.514/2008 possibilitam a conversão da multa em pena de prestação de serviço para a

¹ Art. 5º A sanção de advertência poderá ser aplicada, mediante a lavratura de auto de infração, para as infrações administrativas de menor lesividade ao meio ambiente, garantidos a ampla defesa e o contraditório.

§ 1º Consideram-se infrações administrativas de menor lesividade ao meio ambiente aquelas em que a multa máxima cominada não ultrapasse o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), ou que, no caso de multa por unidade de medida, a multa aplicável não exceda o valor referido.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no caput, caso o agente autuante constata a existência de irregularidades a serem sanadas, lavrará o auto de infração com a indicação da respectiva sanção de advertência, ocasião em que estabelecerá prazo para que o infrator sane tais irregularidades.

§ 3º Sanadas as irregularidades no prazo concedido, o agente autuante certificará o ocorrido nos autos e dará seguimento ao processo estabelecido no Capítulo II.

§ 4º Caso o autuado, por negligência ou dolo, deixe de sanar as irregularidades, o agente autuante certificará o ocorrido e aplicará a sanção de multa relativa à infração praticada, independentemente da advertência.

Art. 6º A sanção de advertência não excluirá a aplicação de outras sanções.

² Art. 139. A autoridade ambiental poderá, nos termos do que dispõe o § 4º do art. 72 da Lei 9.605, de 1998, converter a multa simples em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.

Art. 140. São considerados serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente:

I - execução de obras ou atividades de recuperação de danos decorrentes da própria infração;

II - implementação de obras ou atividades de recuperação de áreas degradadas, bem como de preservação e melhoria da qualidade do meio ambiente;

preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, tendo editado a Instrução Normativa 10/2003 para disciplinar os procedimentos de conversão de multa administrativa, na qual devem ser observadas a condição socioeconômica do interessado e a gravidade da infração ambiental cometida, veja:

O Procedimento PARA CONVERSÃO Da MULTA ADMINISTRATIVA SIMPLES EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Art. 18 - Na impossibilidade da reparação ou da indenização do dono ambiental, assim devidamente avaliado pelo IBAMA, o infrator poderá pleitear a conversão da multa em prestação de serviços de forma direta ou indireta, objetivando a preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, na forma prevista nos artigos 72, § 4º, da Lei nº 9.605, de 1998, e 2º, § 4º, do Decreto 3.179, de 1999.

Parágrafo único. Para fins de implementação do estabelecido no caput deste artigo, as Unidades Administrativas do IBAMA deverão manter atualizados banco de dados informatizados, contendo relação das conversões de multa em prestação de serviços de forma direta ou indireta realizados.

Art. 19 - A conversão do valor da multa em prestação de serviços de forma direta deverá guardar relação com a condição socioeconômica do interessado e a gravidade da infração ambiental cometida.

Parágrafo único. Os serviços pactuados deverão ser executados em horário compatível com as atividades normais do interessado, podendo ser prestados ao IBAMA ou a entidades com atuação na área ambiental previamente cadastradas no banco de dados de que trata o artigo anterior.

Art.20 - A conversão do valor da multa em prestação de serviços de forma indireta dar-se-á mediante custeio pelo interessado de programas e de projetos ambientais, compatíveis com o valor da multa aplicada, e será destinado à promoção de educação, capacitação e fomento ambiental e de atividades de pesquisa científica, licenciamento, fiscalização e monitoramento ambiental.”

Diante disso, perfeitamente possível a conversão da pena de multa pecuniária simples em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, a teor do § 4º do art. 72 da Lei 9.605/1998, regulamentado pelo decreto e instrução

normativa acima referidos, mediante a assunção de obrigações por intermédio de termo de compromisso, cabendo ao Ibama a definição dos serviços e do local apropriados para cumprimento da obrigação.

Nesse sentido, o magistrado entendeu ser aconselhável a conversão da penalidade de multa em prestação de serviço para permitir ações efetivas direcionadas à preservação do meio ambiente, a serem praticadas diretamente pelo infrator, implementando o caráter punitivo da sanção e o caráter educativo, veja:

[...] Da leitura dos dispositivos transcritos, percebo que a iniciativa de conversão da multa em prestação de serviços deve ser valorada, pois além de estar prevista em lei, prestigia os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com efeito, o conceito de razoabilidade está ligado à idéia de racionalidade e de justiça. O legislador e o aplicador da norma jurídica deverão, sempre, optar por aquilo que representa o melhor para cada caso concreto.

A opção do que é o melhor situa-se no campo do entendimento daquilo que a sociedade espera para o atendimento da finalidade pública, o que implica dizer que, mesmo nas atuações discricionárias, como no caso presente, existem limites para a alternativa adotada pelo administrador, guiado pelo princípio da razoabilidade e vinculada à finalidade conferida pela lei que autorizou a realização do ato.

Destarte, a conversão da penalidade pecuniária em prestação de serviço se afigura como forma adequada a permitir ações efetivas direcionadas à preservação do meio ambiente, a serem praticadas diretamente pelo infrator, de forma a possibilitar a manifestação não só do caráter punitivo da sanção como, principalmente, do caráter educativo, porquanto transforma a pena em medida preventiva afim de evitar novas infrações, por meio da conscientização do agente.

Merece destacar, também, que a conversão prevista em Lei, desde que cabível e aconselhável, independe de qualquer acordo ou convenção, e não pode ser inviabilizada em face da omissão dos órgãos da administração na elaboração de programas específicos que permitam a sua viabilização.

Por outro lado, resta evidente que a execução da multa imposta terá reflexos desastrosos sobre os precários recursos salariais do Autor, o que deve ser evitado, já que o cumprimento da lei não pode ser feito com descuro da preservação da dignidade humana, fundamento maior de nossa Carta Magna (art. 1º, inciso III).

Além do mais, há previsão legal para que o Juiz deixe de aplicar a pena (2º do art. 29 da Lei nº 9.605/99) e, no caso, não há notícia de que as aves,

III - custeio ou execução de programas e de projetos ambientais desenvolvidos por entidades públicas de proteção e conservação do meio ambiente; e

IV - manutenção de espaços públicos que tenham como objetivo a preservação do meio ambiente.

embora da fauna silvestre brasileira, estejam em risco de extinção: [...]

Nesse diapasão, não merece reparo a sentença combatida, porquanto a Administração, na aplicação das penalidades impostas, deve observar os princípios da adequação e da proporcionalidade, conforme art. 2º da Lei 9.784/1999³, devendo observar, ainda, o perfil socioeconômico e a conduta do autuado, que, no caso, trata de pessoa de poucos recursos, que, demonstrou não infligir maus-tratos aos 10 pássaros, criados em ambiente doméstico, sem qualquer exposição de risco ao meio ambiente ou à fauna silvestre, tanto que eles permaneceram em seu poder, na condição de depositário, após a autuação pelos fiscais do Ibama.

Assim, a multa imposta no valor de R\$ 5.000,00 a quem não tem recursos e litiga sob o pálio da justiça gratuita é desproporcional, ainda mais quando a própria Lei 9.605/1998 prevê a aplicação de penas alternativas mais adequadas ao caso, como a prestação de serviços, prevendo, ainda, a possibilidade de a multa ser dispensada em caso de guarda doméstica de espécime silvestre não considerada ameaçada de extinção, conforme o art. 11, § 2º, do Decreto 3.179/1999.

Dessa forma, o Ibama não pode, sob o pretexto de estar agindo sob o manto da discricionariedade administrativa, de acordo com a conveniência e oportunidade, atuar com arbitrariedade e ficar imune à apreciação e correção por parte do Judiciário.

Nesse aspecto, manifesta-se esta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. MANTER EM CATIVEIRO DE PÁSSAROS DA FAUNA SILVESTRE BRASILEIRA SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DO IBAMA. VALOR EXCESSIVO EM RELAÇÃO À SITUAÇÃO DO EXECUTADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. CONVERSÃO. POSSIBILIDADE. 1. A penalidade deve atender aos princípios da adequação e da proporcionalidade. A multa no valor de R\$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), imposta a quem trabalha como ajudante de pedreiro, aparenta manifesta desproporção, infligindo sanção

³ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

que destoam da realidade do apenado. 2. A decisão agravada, tendo mantido a sentença de procedência do pedido inicial, não merece reparos, tanto mais quando a própria Lei nº 9.605/98 prevê a aplicação de penas alternativas mais adequadas ao caso, a teor do contido no § 4º do art. 72. 3. Agravo regimental do IBAMA improvido.

(AGRAC 0014870-82.2010.4.01.3800/MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.132 de 01/06/2012)

AMBIENTAL. CRIAÇÃO DE PASSERIFORMES EM CATIVEIRO. ANIMAIS SILVESTRES JÁ DOMESTICADOS. AUSÊNCIA DE CADASTRAMENTO. APREENSÃO PELO IBAMA. LEI N. 9.605/1998. APLICAÇÃO DE MULTA. CONVERSÃO EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (ART. 18, IN 79/2005). REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE READAPTAÇÃO AO MEIO AMBIENTE. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS. MANUTENÇÃO DA GUARDA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SENTENÇA EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Conforme andamento processual, o Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.018787-6, interposto da decisão em que deferida a antecipação de tutela, encontra-se com baixa definitiva. 2. Considerou a juíza: a) quanto à isenção da multa, embora o art.11, § 2º, do Decreto 3.179/99 “trate de atividade discricionária da Administração, cabe ao Judiciário verificar se a ré, ao aplicar a sanção, agiu obedecendo às normas e princípios legais, mesmo porque a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; b) “não há nos autos qualquer fundamentação para o indeferimento do benefício ao autor” e “tudo leva a crer que tal benefício não foi sequer cogitado pela Administração”; c) por se tratar de benefício que a lei oportunizou ao particular, não poderia deixar de ser observado pela autoridade administrativa; para que fosse negado, seria imprescindível que houvesse a efetiva análise das circunstâncias fáticas e a fundamentação da decisão, observados os princípios da razoabilidade, da moralidade e da finalidade”; d) “é função do aplicador do direito a adequação da lei à realidade, atento aos fins sociais a que ela se dirige, nos termos do art. 5º da LICC. Dessa forma, entendo extremamente desarrazoada a aplicação de uma multa de R\$ 10.000,00 a pessoa com rendimento médio mensal de R\$ 300,00”. 3. Diz o Autor na inicial: a) “os espécimes estão em perfeitas condições físicas e bem cuidados, corroborando esse entendimento o fato de o autor ter sido nomeado depositário dos animais”; b) os animais já estão domesticados, “seja por terem nascido em cativeiro de pais que já se encontravam na mesma situação, seja por já terem perdido a liberdade há tanto tempo que já se tornaram totalmente dependentes do ser humano, mesmo para suas necessidades básicas, sendo que, se soltos, não tardariam a morrer”. Desinfluyente, assim, a alegação de que “o autor em momento

algun da inicial formula pretensão quanto à guarda dos animais, o que revela a violação pela sentença ao princípio da congruência”, razão pela qual não há falar em sentença extra petita. 4. Dispunha o Decreto n. 3.179/99: “Art. 11 [...] § 2º No caso de guarda doméstica de espécime silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode a autoridade competente, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a multa, nos termos do § 2º do art. 29 da Lei no 9.605, de 1998”. 5. Administrativamente, peticionou o Autor, de próprio punho: “Fui multado no valor de 10.000 mil reais não tenho como pagar sou pobre e só ganho um salário mínimo e é com este salário que sustento a minha família [...] não sobra nada nem pra compra alguma coisinha a mais e não tem ninguém que está trabalhando para poder me ajudar” (sic). Pelo que se pode inferir, não se sustenta o argumento de que “o Autor em momento algum no processo administrativo requereu que lhe fosse concedido o perdão da multa”. 6. Em caso análogo julgou o TRF da 5ª Região: “como de fato é comum diante de longo convívio (mais de 10 anos), efetivou-se a afetação emocional entre o Impetrante, então depositário, e os animais, já domesticados. Mostra-se inviável a apreensão dos mesmos, para fins de que continuem em cativeiro de posse do IBAMA, longe dos donos a que estão emocionalmente vinculados, bem como a sua soltura em razão da impossibilidade de adaptação ao meio ambiente. Tornaram-se animais que não desenvolveram instintos de caça e de defesa e, provavelmente, não se adaptariam ao convívio com animais de sua própria espécie” (APELREEX 200882000057705, Rel. Desembargador Federal Francisco Barros Dias, Segunda Turma, DJE de 04/03/2010). 7. De outra feita decidiu o TRF da 4ª Região: “Não faz sentido em mudar-se o ‘habitat’ de animais silvestres mantidos em cativeiro doméstico por mais de vinte anos, seja pela perda de contato com o ‘habitat’ natural, seja pelos laços afetivos estabelecidos no novo ‘habitat’, seja pelo risco de frustrar-se a readaptação com possibilidade de evento letal” (APELREEX 200871070029171, Rel. Desembargador Sérgio Renato Tejada Garcia, Quarta Turma, D.E. de 28/09/2009). 8. Em impugnação à contestação, requereu o Autor conversão da multa em prestação de serviços, ao argumentado de que “não há que se falar em discricionariedade no ato de conversão da multa pela Administração, uma vez que, preenchidos os requisitos legais para o ato, conta o administrado com direito subjetivo à sua concessão”. 9. Considerando-se as condições econômicas do Autor e em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, afigura-se cabível a alternativa, prevista na Instrução Normativa n. 79, de 13/12/2005, do IBAMA, cujo art. 18 prevê: “Na impossibilidade da reparação ou da indenização do dano ambiental, assim devidamente avaliado pelo Ibama, o infrator poderá pleitear a conversão da multa em prestação de serviços de forma direta ou indireta, objetivando a preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, na forma prevista no art. 72, § 4º, da Lei

nº 9.605/98 e 2º, § 4º, do Decreto 3.179/99”. 10. Sobre o tema, deliberou esta Corte: “1. Consoante Acordo de Cooperação Técnica firmado entre o IBAMA/MG e a Defensoria Pública da União, pode-se converter multa ambiental (por manutenção em cativeiro de 07 pássaros silvestres brasileiros) em medida de cunho educativo (prestação de serviços de preservação, melhoria e recuperação), a teor do art. 72, §4º, da Lei nº 9.605/98, não vicejando a mera vontade do IBAMA em denunciar o aludido pacto, que, enquanto vigente, assegura à autora a conversão aludida, que, ao que consta, ostenta a necessária eficácia comum às sanções (reprimir e educar). 2 - Há previsão legal para que o Juiz deixe de aplicar a pena (§2º do art. 29 da Lei nº 9.605/99 e art. 11, §2º, do Decreto nº 3.179/99) e, no caso, não há notícia de que as aves, embora da fauna silvestre brasileira, estejam em risco de extinção” (AG 200701000243936, Juiz Federal Convocado Rafael Paulo Soares Pinto, Sétima Turma, DJ de 09/11/2007). 11. Deve-se considerar, ainda, não haver registro de que o Autor seja reincidente no cometimento da infração em questão. 12. Apelação parcialmente provida para restabelecer a pena de multa, reduzida ao valor de R\$ 1.000,00 convertendo-a em medida de cunho educativo (prestação de serviços de preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente), a ser estabelecida pelo juiz da execução.

(AC 0006924-98.2006.4.01.3800/MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p. 1.453 de 11/05/2012)

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. MANTER EM CATIVEIRO ESPÉCIES DE PASSERIFORMES E PSITACIFORME DA FAUNA SILVESTRE BRASILEIRA SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DO IBAMA. CONVERSÃO DA MULTA EM ADVERTÊNCIA. AUSÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. MULTA AMBIENTAL LEGALMENTE PREVISTA. 1. O art. 72 da Lei 9605/98 possibilita a conversão da multa em pena de prestação de serviço, e considerada a situação fática, correta a sentença ao condenar o infrator ambiental a prestação de serviço. 2. Para que exista nulidade no processo administrativo por excesso de prazo, deve estar demonstrado prejuízo à defesa. Ausente tal demonstração, não há de se falar em qualquer nulidade. 3. “Conquanto se refira a um tipo penal, a norma em comento, combinada com o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, anteriormente mencionado, confere toda a sustentação legal necessária à imposição da pena administrativa, não se podendo falar em violação do princípio da legalidade estrita.” RESP 200802130606, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:06/05/2009. 4. Apelações improvidas. Remessa oficial não conhecida (art. 475 § 2º do CPC.).

(AC 0007454-63.2010.4.01.3800/MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.110 de 07/02/2012)

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. MANUTENÇÃO EM CATIVEIRO DE ESPÉCIES PASSERIFORMES DA FAUNA SILVESTRE BRASILEIRA SEM AUTORIZAÇÃO DO IBAMA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. 1. O art. 72 da Lei 9605/98 possibilita, em seu § 4º, a conversão da multa simples em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente. 2. Consideradas as situações fáticas, bem como o perfil socioeconômico da autora, correta a sentença ao converter a multa em prestação de serviços, tendo em vista que este atenderá a finalidade punitivo-educativa da norma. 3. Apelação improvida.

(AC 0013397-32.2008.4.01.3800/MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p. 573 de 25/11/2011)

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. MANTER EM CATIVEIRO ESPÉCIES DE PASSERIFORMES DA FAUNA SILVESTRE BRASILEIRA SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DO IBAMA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE. HONORÁRIOS.

1. Existindo convênio entre a Polícia Militar de Minas Gerais e IBAMA à época da lavratura do auto de infração n. 320539 série D, não há de se falar em incompetência da autoridade que lavrou o auto.

2. Não foi aplicada a pena de advertência, uma vez que os fiscais, ao observarem que os espécimes que o autor portava não obtinham licença do órgão ambiental, aplicaram multa, sem, contudo, abrir oportunidade para o autor sanar a irregularidade.

3. A multa no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) imposta a quem tem renda mensal bruta de R\$ 1.686,55 (um mil, seiscentos e oitenta e seis reais e cinquenta e cinco centavos), aparenta manifesta desproporção, infligindo sanção que destoa da realidade do apenado.

4. A sentença recorrida não merece reparos, tanto mais quando a própria Lei nº 9.605/98 prevê a aplicação de penas alternativas mais adequadas ao caso, a teor do contido no § 4º do art. 72, ou ainda, se considerarmos a previsão contida no § 2º do art. 11 do Decreto 3.179/99, que dispõe que em caso de guarda doméstica de espécime silvestre não considerada ameaçada de extinção – na hipótese dos autos, tal fato não restou comprovado – a multa pode ser dispensada (art. 29, §2º, da Lei n. 9.605/98).

5. Consoante a Súmula 421/STJ “os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença”, devendo ser decotado da condenação o seu pagamento.

6. Apelação do IBAMA parcialmente provida.

7. Apelação do autor improvida.

(AC 2006.38.00.014566-1/MG, Rel. Desembargadora Federal Selene Almeida, e-DJF1 de 25/11/2011, p. 565)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA SUSPENDENDO A EXIGIBILIDADE DE MULTA ADMINISTRATIVA POR SUPOSTO CRIME AMBIENTAL (MANTER EM CATIVEIRO PÁSSAROS DA FAUNA SILVESTRE SEM AUTORIZAÇÃO).

1- Consoante Acordo de Cooperação Técnica firmado entre o IBAMA/MG e a Defensoria Pública da União, pode-se converter multa ambiental (por manutenção em cativeiro de 07 pássaros silvestres brasileiros) em medida de cunho educativo (prestação de serviços de preservação, melhoria e recuperação), a teor do art. 72, § 4º, da Lei nº 9.605/98, não vicejando a mera vontade do IBAMA em denunciar o aludido pacto, que, enquanto vigente, assegura à autora a conversão aludida, que, ao que consta, ostenta a necessária eficácia comum às sanções (reprimir e educar).

2 - Há previsão legal para que o Juiz deixe de aplicar a pena (§ 2º do art. 29 da Lei nº 9.605/99 e art. 11, § 2º, do Decreto nº 3.179/99) e, no caso, não há notícia de que as aves, embora da fauna silvestre brasileira, estejam em risco de extinção.

3 - Considera-se, também, o perfil socioeconômico e a conduta da agravada-autuada, pessoa semianalfabeta e de poucos recursos, que, além de desconhecer a infração cometida, fato comum na realidade brasileira interiorana, demonstrou - no que mais importa - não infligir maus-tratos aos pássaros, criados em ambiente doméstico, sem qualquer exposição de risco ao meio ambiente ou à fauna silvestre; prova inconteste de tais fatos é que permaneceram em seu poder, na condição de depositária, mesmo após a autuação.

4 - Presentes os requisitos do art. 273 do CPC e adotando-se o princípio da insignificância, a suspensão da exigibilidade da multa é medida que se impõe.

5- Agravo não provido.

6 - Peças liberadas pelo Relator, em 23/10/2007, para publicação do acórdão.

(AI 2007.01.00.024393-6/MG, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, DJ 09/11/2007 p. 226)

Ante ao exposto, nego provimento à remessa necessária e aos recursos de apelação.

É como voto.

Sexta Turma

Agravo de Instrumento 0019898-43.2014.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
 Agravante: Anex Mineração Ltda.
 Advogados: Dr. José Anchieta da Silva e outros
 Agravado: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel
 Procuradora: Dra. Carolina Garcia Pacheco
 Agravada: Vale S/A
 Advogado: Dr. Miguel Pereira Neto
 Publicação: e-DJF1 de 1º/09/2014, p. 117

Ementa

Processual Civil. Administrativo. Agravo de instrumento. Aneel. Resolução autorizativa. Implantação de linha de transmissão – LT e de subestação de energia elétrica – SE, em área sob a qual a agravante possui direitos de servidão minerária. Perigo de impossibilidade de desfazimento. Suspensão do ato administrativo.

I. Ato administrativo que, em princípio, não padece de vício a ensejar a sua anulação pelo Poder Judiciário pois, apesar da impossibilidade de produção de outras provas, somente após estabelecido o necessário contraditório é que seria possível decidir sobre a pretendida anulação da resolução da Aneel.

II. Litígio entre as mineradoras agravantes que é antigo e que foi instaurado por conta da divergência que existe entre as partes no que diz respeito à posse e ao uso de área para fins de exploração mineral, em terras de anterior propriedade de falida indústria siderúrgica.

III. Ações que tramitaram na Justiça Estadual de Minas Gerais, na época discutindo a pretensão da mineradora agravada sobre a construção de Correias Transportadoras de Longa Distância (TCLD), asseguraram os direitos da agravante sobre a área, ressaltando porém, que o equipamento, por já concluído, não poderia ser demolido, devendo ser objeto de indenização.

IV. Recomendável a suspensão do ato administrativo ora impugnado, pois, se concluída a construção da subestação de energia elétrica e da linha de transmissão, também se tornará impossível o seu desfazimento em caso de procedência final do mandado de segurança.

V. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 18/08/2014.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
 — Trata-se de agravo de instrumento interposto por Anex Mineração Ltda. contra decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, no Mandado de Segurança 63376-23.2013.4.01.3400/DF, indeferiu o pedido de

medida liminar pretendido para suspender os efeitos da Resolução Autorizativa Aneel 4.314/2013, que autorizou à empresa Vale S/A a implantação de linha de transmissão – LT e uma subestação de energia elétrica – SE de 345 Kw, em área sob a qual a agravante possui direitos de servidão e posse, consoante decisão assim fundamentada (fls. 633-639):

[...]

Volta-se a presente impetração contra a edição da Resolução Administrativa n.º 4.314/2013 que autorizou a Vale S.A. a implantar Linha de Transmissão – LT e uma Subestação de Energia Elétrica – SE de 345 Kw, para fins de expandir a instalação de tratamento de Minério, que viabilizará sua conexão com a Rede Básica.

Ressalte-se, inicialmente, que os direitos de servidão e posse, uma vez concedidos, inserem-se no patrimônio do concessionário, que só pode ser deles destituído ante o descumprimento de obrigações que a concessão lhe impõe, ou ante a supremacia do interesse público frente à qual inexistem direitos imodificáveis.

A autoridade impetrada, em suas informações (f.591), afirma que:

‘a MBR travou uma intensa disputa judicial com a ANEX com o intuito de se imitar na posse do local sub judice. A ANEX buscava a prevalência de seu direito minerário, enquanto que a MBR, muito embora tenha reconhecido que adentrou na área de concessão minerária daquela mineradora, defendeu a sua atuação, o que implicaria tão somente ao pagamento de indenização para suportar supostos prejuízos causados.

Após a análise da documentação trazida pelas partes, a ANEEL entendeu que era impossível declarar administrativamente a prevalência entre os direitos minerários em discussão. A atividade de mineração tem balizas constitucionais e é de notável interesse público. Ambas as mineradoras desenvolvem suas atividades com base em atos administrativos legalmente expedidos pelo órgão competente para tanto, qual seja, o DNPM. A exploração de jazidas minerais, propriedade que são da União, por meio da outorga de títulos de concessão ou autorização a particulares, constitui atividade industrial em que predomina o interesse maior dos benefícios econômicos e sociais que resultam da atividade extrativa. Daí a prevalência do interesse público na servidão minerária, na medida em que se afigura indispensável à exploração da jazida.’

Dispõe a Lei n.º 8.987/95 que :

‘Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

[...]

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

[...]

Art. 31. Incumbe à concessionária:

[...]

VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;

[...]

Analisando os documentos dos autos, não restam dúvidas de que a ANEEL não pode ser impedida de declarar de utilidade pública área necessária à implantação de empreendimento que permita livre acesso do consumidor à rede básica. A implantação das instalações em propriedades de terceiros é de inteira responsabilidade da Valle S. A., interessada no acesso, o que deverá ser discutido em outra via.

Há que se levar em consideração, ainda, o fato de que na exploração de uma área pública, existem diversos fatores a serem observados, ou seja, é um processo de certa complexidade, que envolve um grande empreendimento e, como tal, não pode sofrer modificações bruscas, sob pena de acarretar prejuízos tanto para a concessionária, como para o poder público. É certo, também, que a concessionária está obrigada a observar várias exigências legais.

Por outro lado, acresço que, por entendimento dominante, presume-se a validade dos atos da Administração. Para que cesse essa presunção, cumpre a quem alega o vício, fazer a prova dele. Logicamente, essa operação pressupõe contraditório. O ato não pode é ser declarado inválido, ou alterado, sem que participe da discussão aquele que será diretamente atingido. Se o ato produziu efeitos geradores de direitos individuais, não pode a Administração, que o fundamentou e o emitiu, revê-lo por interpretação posterior diversa. Também é de interesse público a estabilidade das relações jurídicas.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 158543-9 - RS, publicado no DJ de 6/10/95, tendo como relator o ministro Marco Aurélio, proferiu a seguinte ementa:

‘ATO ADMINISTRATIVO - REPERCUSSÕES - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE - SITUAÇÃO CONSTITUÍDA - INTERESSES CONTRAPOSTOS - ANULAÇÃO - CONTRADITÓRIO. Tratando-se de anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular.’

[...]

2. Sustenta a agravante, em síntese, que:

2.1. Detém licença de operação, com prazo de validade até 2019, que a autoriza a exercer as atividades de lavra, caso em que o DNPM, inclusive, aprovou relatório de reavaliação de reservas de quartzo fíavel (areia) de titularidade da agravante, não podendo,

assim, a Aneel criar embaraço ou obstáculo ao pleno exercício das atividades minerárias;

2.2. Inexiste interesse público na implantação da subestação de energia elétrica e da linha de transmissão, mas sim interesse particular da Vale S/A, pois o interesse público, em verdade, está na regular exploração minerária; e

2.3. O ato administrativo viola as decisões judiciais que asseguraram direito de posse plena da agravante sobre a área, sendo que há, inclusive, decisão judicial que proíbe a construção das linhas de transmissão de energia pela Vale S/A.

3. O pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi deferido, para suspender os efeitos da Resolução Autorizativa 4.314/2013, da Aneel.

4. Contraminuta da Aneel, fls. 652-657, aduzindo, em síntese, que as servidões minerárias titularizadas à Vale S/A são de cunho administrativo; que não consta que a construção das linhas de transmissão interferirá na atividade econômica da agravante; que a resolução autorizativa da Aneel somente autoriza o acesso do consumidor (Vale S/A) à rede básica e não trata de questões fundiárias; e que a disputa entre as mineradoras não diz respeito à agência reguladora e não é suficiente para impedir a declaração de utilidade pública do empreendimento e não legitima a seu detentor ingressar na propriedade de terceiros.

5. Por sua vez, a Vale S/A também apresenta contraminuta, fls. 663-765, sustentando que:

5.1. Por decisão no AI 4.347/1 (TJ/MG), restou assegurado à agravada a manutenção do Sistema Transportador de Correia de Longa Distância – TCLD, essencial à sua atividade, na área de exploração da agravante em contrapartida, fixada justa indenização;

5.2. Na Apelação 1.0319.96.001021-7/001, foi detalhada a controvérsia, com a fixação da indenização pela instituição da servidão minerária, de 45 hectares, por onde passa o Sistema Transportador de Correia de Longa Distância – TCLD, decisão essa mantida em sede de recurso especial;

5.3. Em razão do descumprimento, pela agravada, dessa decisão, a agravada deu início ao cumprimento provisório da sentença, em que foi tornada sem efeito a caução anteriormente arbitrada e assegurado o livre acesso da Vale S/A à área em que instalado o equipamento;

5.4. Todas as questões entre as duas partes encontram-se solucionadas, caso em que a decisão agravada se baseou em *decisum* já reformado pelo TJMG;

5.5. Apesar da legitimidade do pleito da agravada, a agravante interveio no feito administrativo com denúncias sem qualquer fundamentação e com o intuito de causar tumulto, mesmo porque se encontra dentro da legalidade o ato administrativo questionado e não cabe à Aneel discutir o direito do exercício de posse ou servidão;

5.6. Inexiste direito líquido e certo sobre área em que instalado o TCLD e lesão ou ameaça a direito a amparar a pretensão da agravante.

6. Requer, ao final, a aplicação de multa por litigância de má-fé, nos termos do art. 17, II, do CPC.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — A decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal está assim fundamentada:

[...]

4. Saliento, de início, que, em sede de mandado de segurança, não se admite dilação probatória, devendo a inicial ser instruída com a prova pré-constituída.

5. No caso, em um exame superficial, parece-me que ato administrativo não padece de vício a ensejar a sua anulação pelo Poder Judiciário. Digo, de início pois, apesar da impossibilidade de produção de outras provas, somente após estabelecido o necessário contraditório é que se poderá decidir sobre a pretendida anulação da Resolução da ANEEL.

6. Ocorre que, conforme relatado no parecer da Procuradoria Geral da ANEEL que concluiu pelo afastamento das alegações da ora agravante, 'O litígio que existe entre a ANEX e a VALE, controladora da MBR Minerações Brasileiras Reunidas S.A. é antigo e foi instaurado por conta da divergência que existe entre as partes no que diz respeito à posse e ao uso, para fins de exploração mineral, de áreas de terra localizadas nas fazendas 'Pico do Fernandinho', 'Andaime' e 'Campestre', no município de Itabirito, Minas Gerais. Estas terras eram de propriedade da USINA QUEIROZ JÚNIOR S/A - INDÚSTRIA SIDERÚRGICA, até que sobreveio a falência desta sociedade em meados do ano de 1992'.

7. Antes mesmo da falência da Usina Queiroz Filho, a agravante obteve a concessão, por prazo indeterminado, para lavra de areia na área referente à 'Fazenda Pico do Fernandinho', por Portaria do Ministério de Minas e Energia datada de 31 de janeiro

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e a Exma. Sra. Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (convocada).

de 1986, conforme certidão de fl. 472, porém, toda a área pertencente à massa falida foi arrematada em hasta pública pela Vale S/A, inclusive aquela objeto da concessão da agravante.

8. Daí a intensa batalha judicial travada pelas duas empresas mineradoras pelos direitos de exploração da área.

9. Tem-se que, em ações que tramitaram na Justiça Estadual de Minas Gerais, na época discutindo a pretensão da Vale S/A de construção de Correias Transportadoras de Longa Distância (TCLD), parece que restaram assegurados os direitos da agravante sobre a área, porém ressaltando as decisões judiciais que a primeira correia, por já concluída, não poderia ser demolida, devendo ser objeto de indenização.

10. Inclusive informa a agravante recente decisão em sede de execução provisória do julgado, o que demonstra, em princípio, o direito da agravante sobre a área em discussão, conforme fls. 583-586, verbis:

[...]

Cuida-se de execução provisória, cujo procedimento guarda particularidades, notadamente, em razão de a decisão exequenda ainda não estar acobertada pelo manto da coisa julgada, podendo, por isso, ser reformada.

Assim consta no dispositivo do acórdão exequendo, *ipsis litteris*: 'determinar que a requerida se abstenha de praticar qualquer ato capaz de comprometer o regular funcionamento e manutenção do trecho da correia transportadora de minério instalada no limite territorial em litígio, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00, até o limite de R\$ 100.000,00; bem como impor a autora o pagamento em proveito da requerida da quantia de R\$ 1.076.793,00, corrigida monetariamente pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça desde 25/10/1995, acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado do presente decisum'.

Nos termos da inicial, a pretensão da parte exequente é instalar torres de transmissão de energia elétrica em razão de contrato celebrado com a CEMIG para a migração para a rede básica, o que seria fundamental à operação de escoamento da produção mineral por meio da correia transportadora.

A execução, no caso, exige interpretação do dispositivo exequendo e delimitação do seu alcance. Em atividade interpretativa, entendo que o acórdão exequendo tão somente determinou que a parte executada suporte os atos necessários ao funcionamento e manutenção do trecho da correia transportadora, o que não significa, lado outro, que permita a instalação de torres de transmissão de energia em sua propriedade.

Com efeito, não impedir o funcionamento e a manutenção, ao meu ver, significa que o executado suportará as coisas no estado em que se encontram, permitindo, ainda, as medidas necessárias para

que assim continuem, o que não inclui, repise-se, a construção de torres de energia.

Na esteira da fundamentação do acórdão exequendo, ademais, consta que 'não se tem como declarar uma prevalência entre os direitos minerários em discussão', ambos dotados de igual hierarquia.

Assim, a construção de torres de energia implicaria na submissão do direito minerário do executado ao direito minerário do exequente.

A execução provisória, assim, é cabível, mas não na amplitude pleiteada pela parte exequente, sendo certo que, nos termos do art. 475-0, inciso III, do CPC, deverá ser prestada caução, pois danos graves poderão ser causados ao executado, vez que estará permitindo ao exequente que se utilize de sua propriedade para os atos necessários ao funcionamento e a manutenção da correia transportadora.

O valor da caução deverá ser igual ao limite da multa que poderá ser imposta ao executado caso descumpra a decisão judicial, em razão da igualdade que deve nortear as relações jurídicas, inclusive aquelas de natureza processual.

Diante do exposto, *defiro a execução provisória*, mediante caução no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para que o executado 'se abstenha de praticar qualquer ato capaz de comprometer o regular funcionamento e manutenção do trecho da correia transportadora de minério instalada no limite territorial em litígio, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00, até o limite de R\$ 1.000,00, até o limite de R\$ 100.000,00, o que não abrange a construção de torres de transmissão.'

11. Ressalte-se que, no feito acima referido, apesar de reconhecidos os direitos da ora agravante, um das correias transportadoras foi concluída, por força de medida liminar, e a solução final foi assegurar o seu regular funcionamento, com o consequente pagamento de indenização.

12. Assim, tenho por recomendável, por ora, a suspensão do ato administrativo, pois, se concluída a construção da subestação de energia elétrica e da linha de transmissão, também se tornará impossível o seu desfazimento em caso de procedência final do mandado de segurança.

[...]

2. Verifica-se que a decisão acima transcrita é clara quando afirma que, em princípio, o ato administrativo não padece de vício a ensejar a sua anulação pelo Poder Judiciário.

3. Também a discussão a respeito do Sistema Transportador de Correia de Longa Distância – TCLD não diz respeito a estes autos, pois, como a Vale S/A reconhece, ela já foi resolvida pelo TJMG.

4. A questão do TCLD somente foi abordada tendo em vista que, apesar de reconhecidos os

direitos da agravante, o TJMG concluiu ser inviável o desfazimento do equipamento, construído por força de medida liminar, motivo pelo qual entendeu que ela deveria suportar o seu funcionamento, mediante pagamento de indenização.

5. Quanto à decisão proferida em sede de cumprimento provisório de sentença e que teria sido reformada pelo TJMG, saliento que, ao contrário do que afirma a agravada Vale S/A, ela não foi utilizada com fundamento para a antecipação dos efeitos da tutela recursal, mas somente para demonstrar o risco de se autorizar a instalação das linhas de transmissão pois, se ao final, se concluir pela nulidade do ato administrativo, se tornaria praticamente impossível o seu desfazimento.

6. Aliás, referida decisão apenas procurou dar cumprimento ao quanto decidido no feito de

conhecimento, e a sua reforma no TJMG apenas diz respeito ao afastamento da determinação de prestação de caução, como podemos ver de sua parte dispositiva citada na contraminuta da Vale S/A, *verbis*:

Com tais razões, DOU PROVIMENTO ao agravo, para decretar sem efeito a caução arbitrada de R\$ 100.000,00 E ASSEGURAR O LIVRE ACESSO DA AGRAVANTE À ÁREA DE INSTALAÇÃO DA CORREIA TRANSPORTADORA DE MINÉRIO, PARA QUE ZELE POR SEU REGULAR FUNCIONAMENTO E MANUTENÇÃO, E FAÇA AS OBRAS NECESSÁRIAS DAS LINHAS DE TRANSMISSÃO, INCLUSIVE DE SUBSTITUIÇÃO POR LINHAS MAIS MODERNAS, SEMPRE RESPEITANDO O LIMITE DA ÁREA DE INSTALAÇÃO, OBJETO DE COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA PARA A AGRAVADA, A TÍTULO DE PERDAS E DANOS.

Pelo exposto, *dou provimento* ao agravo de instrumento.

É como voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0021367-81.2006.4.01.3500

Apelação/Reexame Necessário 2006.35.00.021455-3/GO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
 Apelantes: Marcos Felipe Gomes Martini e outro
 Advogada: Dra. Ireni Gomes Peres Martini
 Apelante: União Federal
 Remetente: Juízo Federal da 4ª Vara – GO
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Publicação: e-DJF1 de 03/10/2014, p. 204

Ementa

Civil. Responsabilidade civil. Dano material e moral. União. Servidor público do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento que se encontrava em serviço. Vítima fatal de acidente de trânsito. Pai de dois dos autores e marido da terceira. Laudo pericial. Culpa concorrente do servidor falecido. Responsabilidade civil do ente público. Pensão mensal. Valor da indenização por dano moral. Honorários advocatícios. Fixação. Apelação da União não provida. Recurso dos autores parcialmente provido. Juros de mora. Remessa oficial provida em parte.

I. A apontada culpa concorrente da vítima fatal de acidente de trânsito, servidor público que se encontrava em serviço, não exclui a responsabilidade civil da União pelo evento danoso, porquanto o *de cujus* conduzia veículo em mau estado de conservação, além do que, desempenhava as funções de motorista, embora ocupasse o cargo de fiscal federal agropecuário.

II. Depoimentos colhidos em Juízo atestam a deficiente manutenção realizada nos veículos utilizados pelos fiscais, quando em serviço, sendo certo que já circulavam por período de tempo considerável, como o veículo sinistrado, que estava a serviço do ente público havia dez anos.

III. A indenização devida a título de danos materiais deve incluir pensão mensal devida à viúva e aos seus filhos, em valor correspondente a 2/3 do valor da remuneração do servidor falecido.

IV. A viúva faz jus ao recebimento da pensão, a contar da data do óbito até o momento em que o extinto completaria 65 anos de idade. Os filhos, da data do óbito até completarem 24 anos de idade, conforme requerido.

V. Valor da indenização a título de danos morais que se eleva para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada autor, tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto e parâmetros jurisprudenciais acerca da matéria.

VI. Honorários advocatícios fixados nos moldes do disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

VII. Os juros de mora devem corresponder aos juros da poupança e a correção monetária deverá ser calculada com base no Índice de Preços ao Consumidor Ampliado (IPCA), conforme decidido no julgamento do Recurso Especial 1.270.439/PR, em procedimento de recursos repetitivos, e pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF, oportunidade em que foi declarada a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997.

VIII. Apelação da União desprovida.

IX. Remessa oficial parcialmente provida.

X. Recurso dos autores provido em parte.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da União e dar parcial provimento à remessa oficial e ao recurso de apelação dos autores.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 22/09/2014.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:
— Trata-se de recursos de apelação interpostos, respectivamente, por Marcos Felipe Gomes Martini, Mário Henrique Gomes Martins e Ireni Gomes Peres Martini (fls. 880-902) e pela União (fls. 914-925), em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelos autores, na qualidade de filhos, os dois primeiros, e viúva, a última, da vítima fatal de acidente de trânsito, Ernani Martini, médico veterinário, fiscal agropecuário.

A sentença condenou a União a indenizar os danos morais e materiais causados aos demandantes, ao entendimento de que o sinistro ocorreu quando o *de cujus* se encontrava em serviço, voltando de uma das frequentes viagens que realizava, no desempenho da função de fiscal agropecuário, fiscalizando empresas de laticínios. Rejeitou, contudo, o pedido de pensão mensal vitalícia (fls. 850-864).

Em suas razões, os litisconsortes ativos se insurgem contra o valor fixado a título de indenização pelos danos morais, sob o argumento de que a sentença não levou em consideração a gravidade e repercussão da lesão causada aos familiares da vítima, o grau de culpa da ré, o nível socioeconômico das partes, além de deixar de aplicar os princípios da equidade, da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Requerem, assim, a majoração do aludido *quantum* para R\$ 100.000,00, a ser pago a cada um dos

demandantes; o pagamento de pensão mensal aos filhos da vítima fatal, menores de 24 anos, com base no salário auferido, à época do acidente; pagamento de pensão vitalícia à viúva, e que os honorários advocatícios sejam fixados nos termos do art. 20, §§ 3º e 5º, do Código de Processo Civil.

A União, por seu turno, sustenta que, na hipótese de ato omissivo, faz-se necessário demonstrar que houve culpa do agente causador do dano, não sendo suficiente a caracterização da falta do serviço e o dano sofrido.

Assevera inexistir “nexo de causalidade entre o fato e o evento danoso” (fl. 920), ao argumento de que o sinistro não foi provocado por outro servidor, mas pela própria vítima, a qual conduzia o veículo acidentado e, ainda, que não ficou demonstrado, no laudo pericial, o mau estado de conservação dos pneus.

A União e os autores ofereceram contrarrazões (fls. 911-913 e 929-933).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: —
As partes se insurgem contra a sentença que acolheu

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian e a Exma. Sra. Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (convocada).

parcialmente o pedido formulado, condenando a ré a reparar os danos materiais e morais decorrentes de acidente de veículo do qual resultou a morte do genitor de dois dos litigantes e marido da terceira.

Narram os autores, na inicial, que o acidente que vitimou o pai dos dois primeiros e marido da terceira ocorreu quando a vítima, em viagem oficial de serviço, dirigia um veículo de propriedade do Governo Federal (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento), e decorreu da “*falta total de dirigibilidade do veículo e péssimo estado dos pneus*” (fl. 3).

Os fatos narrados pelos autores encontram-se satisfatoriamente demonstrados pela trazida aos autos da Ocorrência Policial 46/2003 (fl. 82), das cópias do Boletim de Ocorrência (fl. 83), da Certidão de Óbito 27187 (fl. 84), do laudo de exame cadavérico (fls. 89-91) e do laudo de exame pericial (fls. 125-139).

O laudo pericial revela que o veículo chocou-se com uma árvore, depois de derivar à esquerda na pista de rolamento. Consta, ainda, do referido laudo (fls. 130-131):

Pela expressividade do choque, somado a grande extensão das avarias sofridas pelo Fiat, estimamos que esta unidade ao tempo do fato, trafegava com velocidade inadequada para o local, porém, não temos elementos técnicos para quantificá-la numericamente.

Importante ainda salientar que V-1 não produziu sobre a pavimentação asfáltica marcas de compressões pelas suas rodas, antes de atingir o referido obstáculo, o que denuncia que o seu condutor não percebeu nem reagiu diante do iminente perigo surgido antes do choque, como também, não havia nenhum vestígio na camada asfáltica, indicativo de peça quebrada ou similar.

Assim, confirma-se, que o condutor de V-1 não garantiu, pois, os preceitos de segurança para conduzir seu veículo em uma rodovia, previstos nas normas gerais de circulação e conduta do Código de Trânsito Brasileiro. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.

No que se refere às características peculiares do local e por ser uma rodovia, salientamos que nas imediações do palco do evento não havia nenhum obstáculo ou buraco que tivesse contribuído para tal sinistro, o que nos leva a crer e atender que a causa técnica geradora do acidente, está adstrita tão somente à falta de cuidados e imperícia por parte de seu condutor naquele momento.

Em conclusão, os peritos apontaram

[...] como sendo a causa determinante do evento o fato do condutor da unidade V-1 em

apreço [...] trafegar sem os cuidados indispensáveis à segurança do tráfego no local e não ter o controle de sua unidade (imperito), no momento do acidente [...] (fl. 132).

Extrai-se, assim, do laudo pericial, que o acidente ocorreu por imperícia na condução do automóvel, o qual se deslocava em velocidade inadequada para o local, apesar de estar chovendo no momento do evento danoso (fl. 127), situação que caracteriza a culpa concorrente da vítima.

Em depoimento prestado em Juízo, a testemunha Eudes Cruz Martins Júnior declarou que (fl. 756-757):

[...] o falecido vivia reclamando para o depoente de defeitos mecânicos no veículo, que reclamava também por falta de pneus, que sempre ligava no Ministério para reclamar das condições ruins do carro, que o falecido tinha personalidade tranquila e que também dirigia tranquilamente e não era dado a se arriscar na condução do veículo [...] que o carro do falecido era bem usado, que os bancos eram até “meio moles”, que o depoente via também que pneus sempre estavam bem usados [...] que alguns fiscais tinham motoristas cedidos pelo Ministério da Agricultura, mas a maioria dos fiscais tinham (*sic*) que dirigir o veículo usado na fiscalização.

A testemunha Abner Cristian Barreto, por sua vez, afirmou (fls. 774-775):

[...] que um ano antes, aproximadamente, do acidente, encontrou a vítima parada em uma estrada com o Fiat Uno branco do Ministério da Agricultura quebrado, tendo lhe dado carona até Rio Verde e guinchado o carro para uma oficina mecânica; que a testemunha estava vindo de Ouroana e a vítima de Santa Helena e nessa ocasião o Sr. Hernani se queixou muito do carro; que um mês antes, aproximadamente, do acidente, encontrou a vítima na empresa Ouroaq sediada em Ouroana, ocasião em que ela reclamou dos caminhões que a testemunha inspecionava, afirmando que não estava em bom estado de conservação e limpeza; que a testemunha respondeu dizendo que a vítima não tinha muito a falar porque o carro dele também estava em idêntica situação, ou seja, o carro do Ministério da Agricultura; que o carro estava com pneus carecas e andava torto [...] QUE nunca andou no carro do Ministério da Agricultura; que o carro devia ter de oito a dez anos, encosto de banco baixo para o condutor, andava torto e tinha pneus carecas [...] que a coisa que mais chamava atenção no carro eram os pneus gastos e o carro torto.

O depoimento do mecânico Silvano Gonçalves de Amarante também confirma o estado precário em que se encontrava o automóvel (fl. 778):

QUE o carro que costumava consertar já era bem rodado, tinha dez anos de uso, isto é, já bastante deficiente; que já rebocou o carro (uno branco do estado) para a vítima a fim de prestar socorro e assistência; que a última vez que deve ter consertado o carro da vítima deve ter sido em novembro de 2003; que regulava correia e ajustava a parte de funcionamento; que isso a vítima fazia sempre porque viajava muito; que os pneus e a suspensão tinham meia vida; que prestou assistência ao carro da vítima poucas vezes.

De igual forma, o testemunho prestado por Sérgio de Oliveira, Fiscal Federal, confirma que as viaturas fornecidas aos servidores apresentavam problemas mecânicos (fl. 825):

O estado do veículo era regular, não era bom. Não posso informar especificamente o estado dos pneus desse veículo, mas posso afirmar que os veículos fornecidos aos fiscais geralmente não tinham os pneus em bom estado, o que ocorria, inclusive, com o veículo que me foi fornecido na época em que trabalhei em Rialma. Posso afirmar que este veículo estava sempre na oficina, pelo que eu tomava conhecimento no próprio Ministério. Deixei a função de fiscal exatamente por causa das más condições dos veículos que são fornecidos aos fiscais no interior do Estado. O horário do fiscal não segue o horário da sede, sendo certo que também desempenha suas funções aos sábados, feriados e se precisar aos domingos, de acordo com a escala apresentada pelo chefe da equipe [...] Os laticínios trabalham também aos domingos, tendo em vista que precisam entregar o produto no mercado também nas segundas-feiras, pela madrugada. [...] Nas Regionais o fiscal dirige o carro que lhe é fornecido, não se utilizando de motorista, que não lhe é colocado à disposição.

Como visto, os depoimentos são coerentes em afirmar a deficiente manutenção realizada nos veículos utilizados pelos fiscais, quando em serviço, sendo certo que já circulavam por período de tempo considerável, visto que o modelo Fiat Uno, placa JFO 2366, envolvido no infortúnio, era do ano de 1993 (fls. 123-124) e, portanto, estava a serviço do ente público havia dez anos, na época do fato, ocorrido em 30/11/2003 (fl. 127).

É certo que o laudo pericial é silente quanto ao estado de conservação dos pneus. No entanto, a falta de correta manutenção do veículo sinistrado é inferida por meio dos depoimentos colhidos em Juízo, já referidos, e, como se sabe, o julgador não está adstrito à avaliação dos *experts* para decidir a lide.

Ademais, há situação que merece ser levada em consideração. O servidor falecido ocupava o cargo de médico veterinário LT-NS 910.B, referência 47, e exercia

as funções de chefe da Seção de Inspeção de Leite e Derivados do Grupo Executivo de Inspeção de Produtos de Origem Animal (DAI-111.2 NS) e chefe substituto do Grupo Executivo de Inspeção de Produtos de Origem Animal (DAI.111.3), como informa a declaração emitida pelo Ministério da Agricultura (fl. 51), do que se infere que não era motorista (profissional), e, mesmo assim, a Administração permitia que ele próprio conduzisse a viatura usada em seus diversos deslocamentos, sem providenciar um profissional devidamente qualificado para acompanhá-lo.

Reputo que está configurada, no ponto, evidente falha do serviço, por parte da União, situação que dá ensejo à sua responsabilidade pelo evento danoso.

Deve ser considerado, ainda, que o infortúnio ocorreu no momento em que o servidor estava em pleno desempenho de suas atribuições funcionais, razão por que correta a sentença, ao pontificar (fls. 854-856):

A pergunta que se faz é se a Administração Pública também responde objetivamente perante os seus servidores no caso de danos decorrentes de acidentes de trabalho, vez que tanto o art. 37, § 6º, da CF, como o art. 43 do CC fazem referência a danos causados “a terceiros”, e o § 3º do art. 39 da CF não mandou aplicar aos servidores públicos o inciso XXVIII do art. 7º, que prevê a obrigatoriedade do seguro contra acidentes de trabalho e da indenização de direito comum, no caso de dolo ou culpa do empregador.

Como o referido inciso XXVIII do art. 7º da CF não se aplica ao servidor público, não há razão para excluir o acidente de trabalho que o vítima da responsabilidade objetiva (CF, ar. 37, § 6º).

O servidor público, antes de sê-lo, também é um cidadão, um particular como qualquer outro em face da Administração Pública.

Não parece justo e nem razoável que em face de um dano causado pela Administração Pública, que acarreta prejuízo a um particular e a um servidor público ao mesmo tempo, este tenha que provar a culpa do Estado e aquele não.

[...]

No caso dos autos, como já fixado no tópico anterior, o servidor veio a óbito em decorrência de acidente em serviço. Assim, a responsabilidade civil imputada à União pelos autores deve ser apurada sob a ótica da teoria do risco administrativo.

Importante acrescentar que o caso em análise apresenta outra particularidade que afasta qualquer conclusão em sentido contrário à aplicação da teoria da responsabilidade objetiva. É que na presente ação os autores são filhos e viúva do servidor falecido, que figuram como terceiros em relação à Administração Pública.

[...]

Acerca da responsabilidade do ente público em casos similares ao que ora se examina, este Tribunal já manifestou seu entendimento, como se colhe, entre outros, do seguinte aresto:

CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA UNIÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO NO DESEMPENHO DA ATIVIDADE FUNCIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO NA VIA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. DANO MORAL. FIXAÇÃO EM SALÁRIOS-MÍNIMOS. VEDAÇÃO. CONVERSÃO EM REAIS. JUROS MORATÓRIOS DESDE A DATA DO EVENTO DANOSO. SÚMULA N. 154 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. VERBA HONORÁRIA. REDUÇÃO.

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar as ações em que se pleiteia indenização por sinistro que envolveu servidor público estatutário, do quadro da Administração Federal Direta.

2. A responsabilidade do Estado acolhida pelo texto constitucional (art. 37, § 6º) é objetiva, ou seja, ocorrendo o dano, prescinde-se do dolo ou culpa, bastando para caracterizar o dever de indenizar a demonstração do nexo de causalidade entre o dano e a conduta estatal, além da inexistência de caso fortuito, força maior, ou de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

3. Ao atribuir as atividades aos agentes públicos, mormente aquelas naturalmente perigosas, ou aquelas das quais possam eventualmente surgir situações de risco, o Estado assume a posição de garantidor da incolumidade física de seus servidores, de modo que incumbe ao ente público a constante vigilância das condições em que as atividades são desenvolvidas. Estando o ex-servidor no desempenho de suas atividades (fato incontestado), deve o Estado arcar com as consequências de eventual acidente que vitime o agente. Dessume-se, portanto, dessas considerações, a legitimidade da União para figurar no pólo passivo da demanda, ficando afastada a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam.

4. Não tendo a União se desincumbido do ônus de provar a existência de excludente de sua responsabilidade no evento danoso, tais como a existência de caso fortuito ou força maior ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caracterizado, na espécie, o seu dever de indenizar.

5. Concernente ao pedido de concessão de pensão, caracterizada a ausência de interesse de agir tendo em vista o seu deferimento, na via administrativa, antes mesmo da propositura da ação. Por isso, impõe-se a exclusão, da condenação, da pensão fixada na sentença recorrida.

6. Quanto à condenação por dano moral, vedada sua fixação em salários-mínimos, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento de que a vinculação do quantum indenizatório ao salário-mínimo viola o art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal. Valor da condenação que se converte para reais.

7. Os juros moratórios são devidos a partir do evento danoso (Súmula n. 154 do Superior Tribunal de Justiça) e fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês até a entrada em vigor do novo Código Civil e, a partir de 10.01.2003, em 1% (um por cento) ao mês (Código Civil, art. 406; CTN, art. 161, § 1º).

8. No tocante à correção monetária, tratando-se de condenação por dano moral, considera-se atualizado o valor arbitrado até a data da prolação da sentença, incidindo, a partir de então, a correção monetária até a data do efetivo cumprimento da obrigação imposta em juízo.

9. Verba honorária reduzida para 7% sobre o valor da condenação.

10. Remessa Oficial parcialmente provida.

11. Apelação da União desprovida.

(AC n. 0120872-79.2000.4.01.0000/DF – Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Relator Convocado Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão – DJ de 19.03.2007, p. 106)

Patente o dever de indenizar a ser suportado pela União.

Em relação ao pedido de pensão devida à autora e aos filhos, este Tribunal em diversas ocasiões já se pronunciou acerca da matéria, como se constata do aresto adiante transcrito:

DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ACIDENTE DE VEÍCULO COM VÍTIMA FATAL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESTAÇÃO ÚNICA E DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO. FILHOS MENORES.

1. O prazo prescricional da ação indenizatória por dano causado pela Administração Pública, em decorrência de acidente de veículo com vítima fatal, rege-se pelo Decreto 20.910/32.

2. Hipótese em que o acidente ocorreu em 1993, mas a ação somente foi ajuizada em 1999, resultando na consumação da prescrição relativamente às pretensões indenizatórias que encerram prestações unas.

3. O dano material devido à vítima que teve redução da capacidade laborativa, bem como para a esposa da vítima fatal traduz-se em pensão mensal e como tal é regido pelo art. 3º e não pelo art. 1º do Decreto 20.910/32. Hipótese em que a prescrição é apenas das parcelas que antecedem em mais de cinco anos o ajuizamento da ação. Precedentes STJ.

4. Os filhos da vítima fatal eram menores absolutamente incapazes quando do acidente, pelo que incide em favor dos mesmos a causa impeditiva do curso prescricional, prevista no art. 169 do antigo Código Civil, inexistindo prescrição em relação aos mesmos, pois a ação foi ajuizada antes da data em que completaram dezesseis anos de idade, quando o prazo ainda não estava fluído.

5. Indenização de danos morais fixada em parcela única para os filhos da vítima fatal, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para cada um deles, totalizando R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

6. Danos materiais fixados em pensão equivalente a 2/3 (dois terços) da renda auferida em vida pela vítima fatal, esta no valor equivalente a quatro salários-mínimos, sendo que a pensão deverá ser partilhada na proporção de 1/3 (um terço), em favor da esposa e filhos, de modo que a primeira receberá sua fração até a data em que o falecido completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, e os filhos até completarem 25 (vinte e cinco) anos de idade, interrompendo-se, em qualquer caso, na hipótese de morte dos favorecidos.

7. Danos materiais sob forma de pensão vitalícia equivalente a um salário-mínimo fixado à vítima que sofreu redução de capacidade laborativa, consoante comprovação por lauto pericial constantes dos autos.

8. Correção monetária e juros de mora contados a partir do vencimento de cada prestação mensal a partir da data do falecimento. Índices de correção e taxa de juros de mora no mesmo patamar fixado para o dano moral.

9. Apelação dos Autores parcialmente provida.

(AC n. 1999.34.00.026126-0/DF – Relator Juiz Federal Pedro Francisco da Silva (Convocado) – e-DJF1 de 07.08.2009, p.25)

Tomo por empréstimo do referido julgado, o seguinte trecho do voto condutor, por elucidativo da questão posta a exame:

A reparação dos danos materiais deve corresponder ao amparo material a que fariam jus os dependentes da vítima, estivesse vivo (*sic*). A data inicial é a do falecimento e a data final deve ser para o filho aquela em que atingir a idade de 25 anos, enquanto para a esposa a data em que o falecido completaria 65 anos (sobrevida presumida pela média da população).

Na falta de outras provas, e tendo em conta também o valor indicado pela esposa do falecido (fl.140), considero que o salário recebido em vida pela vítima fatal era o equivalente a 4 salários mínimos, exercendo a profissão de açougueiro. O valor da indenização por danos materiais deve corresponder à pensão mensal equivalente a 2/3 (dois terços) da renda auferida em vida pela vítima, o qual deverá ser partilhado na proporção de 1/3

(um terço) para cada um dos autores que ostentam a condição de esposa e filhos da vítima.

Na hipótese dos autos, o valor da remuneração do servidor falecido está devidamente comprovado, por intermédio dos comprovantes de rendimento juntados (fl. 106), o qual deve ser observado para apuração do valor da pensão mensal, correspondente a 2/3 do respectivo *quantum*, e que deverá ser pago à viúva e aos filhos.

Em relação à viúva, a contar da data do óbito até o momento em que a vítima completaria 65 anos de idade.

No que diz respeito aos filhos, verifica-se que Marcos Felipe Gomes Martini, nascido em 05/08/1984 (fl. 25) e Mário Henrique Gomes Martini, nascido em 15/12/1981 (fl. 26), estavam com 19 e 22 anos, respectivamente, na ocasião do óbito de seu genitor, ocorrido em 30/11/2003 (fl. 84), de modo que fazem jus ao recebimento de pensão, a partir do óbito do instituidor da pensão até completarem 24 anos, na conformidade do pedido formulado.

Nesse sentido, entre tantos outros, transcrevo o aresto que se segue:

CIVIL. ADMINISTRATIVO. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA UNIÃO.

[...]

4. O fato de os autores receberem pensão previdenciária não obsta o recebimento de alimentos indenizatórios requeridos, eis que se tratam de prestações de naturezas diversas. Precedentes. Assim, a indenização a esse título deve ser calculada, em liquidação de sentença, tomando-se por base a diferença entre a média remuneratória de todos os empregos conhecidos da vítima, devidamente corrigidos, eis que se encontrava sem vínculo empregatício na data do óbito, conforme doc. de fls. 20/21 e o valor pago a título de pensão previdenciária. Sobre a diferença dos valores atrasados incidirá correção monetária monetária, até o efetivo pagamento pela União, acrescida de juros moratórios, a partir do evento danoso (16.10.1997), pelos seguintes percentuais: 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor do novo Código Civil (11/01/2003), e 1% (um por cento) ao mês, a partir de então.

5. O termo final dos alimentos indenizatórios deve ser aquela data em que a vítima completaria 65 anos. Esse termo final se aplica apenas à viúva, eis que quanto aos filhos o direito à pensão deve cessar na data em que completarem 25 anos de idade. As parcelas que caberiam aos filhos que completarem tal idade devem crescer as dos autores que ainda fizerem jus à pensão, para no final, o valor fixado a

título de alimentos caber integralmente à viúva, quando o filho mais novo do falecido completar 25 anos de idade.

6. Danos morais fixados em R\$ 40.000,00 para cada autor, sobre os quais incidirão correção monetária a partir desta data e juros moratórios, a partir do evento danoso (16.10.1997), pelos seguintes percentuais: 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor do novo Código Civil (11/01/2003), e 1% (um por cento) ao mês, a partir de então.

7. Em razão da sucumbência, condeno a União ao reembolso das custas e ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 2,5% sobre o valor da causa (R\$ 200.000,00) nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, considerando a natureza da causa, o tempo de tramitação e o trabalho desenvolvido pelo profissional.

8. Apelação dos autores provida.

AC n. 0007887-08.1998.4.01.3600/MT – Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus – Relator Convocado Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi – DJ de 27.07.2007, p. 42)

Quanto aos danos morais, a fixação do valor da condenação, sem dúvida, configura questão das mais tormentosas para o julgador.

Embora certo que a condenação por dano moral não deve ser fixada em valor excessivo, gerando enriquecimento sem causa, não pode, entretanto, ser arbitrada em valor irrisório, incapaz de propiciar reparação do dano sofrido e de inibir o causador do dano a futuras práticas da mesma espécie.

Assim, para a fixação do *quantum* reparatório, devem ser levadas em conta, entre outros fatores, a condição social da parte-autora, as circunstâncias em que ocorreu o evento danoso, bem como a sua repercussão, e, ainda, a capacidade econômica da demandada.

Na hipótese, a sentença estabeleceu o valor de R\$ 69.000,00 (sessenta e nove mil reais), o que corresponde a R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais) para cada um, importância que os autores consideraram insuficiente para reparar o dano sofrido, pleiteando sua majoração para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada demandante.

Entendo que, no caso concreto, sopesadas as circunstâncias antes referidas, e considerando, ainda, parâmetros jurisprudenciais acerca da matéria, tais valores merecem ser elevados para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada autor, totalizando R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

No que se refere aos juros moratórios, o *Superior Tribunal de Justiça (STJ)*, em procedimento de recursos

repetitivos (REsp 1.205.946/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 02/02/2012), ao manifestar-se acerca da aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, quanto aos critérios de fixação da correção monetária e dos juros incidentes na atualização dos débitos da Fazenda Pública, fixou o seguinte entendimento, para a hipótese de sentença ilíquida:

[...]

1. No período compreendido entre a data da citação e a da edição da Lei 11.960/2009, há que incidir, quanto aos juros de mora, o percentual de 6% ao ano previsto na redação original do 1º-F da Lei 9.494/1997, acrescentado pela MP 2.180-35/2001; e, quanto à correção monetária, o índice então utilizado pelo Tribunal estadual.

2. Daí por diante, ou seja, após 29/06/2009, data da edição da Lei n. 11.960/09, os consectários da condenação devem ser calculados conforme os novos critérios estabelecidos no art. 5º da referida norma (correção monetária e juros nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança).

(Texto extraído do voto do Ministro Benedito Gonçalves – REsp n. 1.205.946/SP)

A ementa do referido julgado está assim redigida:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas “condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza”, quais sejam, “os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”.

2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.

3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-

35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.

4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.

5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei n. 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do *tempus regit actum*.

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. Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei 11.960/09, aqui tratada.

8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos.

(REsp n. 1.205.946/SP – Relator Ministro Benedito Gonçalves – DJe de 02.02.2012)

O referido entendimento, contudo, foi parcialmente alterado, conforme se constata do julgamento proferido em procedimento de recursos repetitivos (Recurso Especial 1.270.439/PR, rel. Min. Castro Meira), em que o STJ analisou a mesma questão, com enfoque no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF, na qual o STF declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997.

A ementa lavrada no julgamento do mencionado recurso especial esclarece a questão, conforme o excerto a seguir transcrito:

[...]

14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto.

15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa

básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.

16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “independentemente de sua natureza” quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário.

17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal.

18. *Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas (grifo nosso).*

19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota.

Como se vê, essa é a sistemática que deve ser observada, no ponto, razão por que os juros de mora devem corresponder aos juros da poupança e a correção monetária deverá ser calculada com base no Índice de Preços ao Consumidor Ampliado (IPCA).

Confira-se, nesse sentido, o julgado que se segue:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JUROS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA.

[...]

III - A partir de 30/06/2009, considerando o entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp nº 1.270.439/PR, em que adequou a jurisprudência até então sedimentada acerca da imediata aplicação do art. 5º da Lei nº 11.960/2009 (que alterou a redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97) em razão da declaração de sua inconstitucionalidade pelo STF na ADIn nº 4.357/DF, os juros de mora devem corresponder aos juros da poupança e a correção

monetária deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação do período.

IV - Embargos de declaração acolhidos.

(EDAC n. 0016660-84.2003.4.01.3400/DF – Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – e-DJF1 de 23.05.2014, p. 317)

Em relação aos honorários advocatícios, devem ser fixados nos moldes do disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil (CPC).

Na hipótese, a sentença considerou a “sucumbência recíproca desfavorável ao polo passivo”, razão por que arbitrou os honorários em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Efetivamente, de acordo com o disposto no art. 21 do CPC, “se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”.

No caso, contudo, entendo que houve sucumbência mínima dos autores, razão pela qual se aplica o parágrafo único do mesmo art. 21, segundo o qual, “se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários”.

Assim, na espécie, devem os honorários advocatícios ser arbitrados na forma do § 3º do art. 20 do CPC, fixando-se em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da União, dou parcial provimento à remessa oficial, para fixar os juros de mora na forma acima referida, e dou parcial provimento à apelação dos autores, para conceder a pensão mensal e majorar os honorários advocatícios, na forma da fundamentação.

É o meu voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0028866-55.2007.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2007.38.00.029427-0/MG

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
 Apelante: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Apelada: Cia. Ferroligas Minas Gerais – Minasligas
 Advogados: Dr. Daniel Barros Guazzelli e outros
 Remetente: Juízo Federal da 12ª Vara – MG
 Publicação: e-DJF1 de 12/09/2014, p. 1.184

Ementa

Tributário. ITR. Áreas de preservação permanente e de reserva legal. Registro imobiliário. Obrigatoriedade. Ato declaratório ambiental. ADA. Inexigibilidade.

I. Esta Turma, na esteira da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, vinha afastando a necessidade de apresentação do Ato Declaratório Ambiental – ADA e de averbação no registro imobiliário para que o contribuinte pudesse usufruir da isenção do ITR incidente sobre as áreas de preservação permanente e de reserva legal.

II. “Contudo, a partir do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1028051/SC (julgado em 28/08/2013, DJe 21/10/2013), o STJ firmou o entendimento de que para fins de isenção do ITR, prevista no art. 10, § 1º, II, a, da Lei 9.393/1996, necessária averbação da área de reserva legal no registro de imóveis”. Precedentes da Oitava Turma desta Corte e do STJ.

III. Assim, necessária é a adequação da jurisprudência desta Turma à nova orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça em relação à área de reserva legal.

IV. No entanto, a parte-autora desistiu da ação e renunciou ao direito sobre o qual se funda esta ação no que concerne à isenção do ITR incidente sobre a área de reserva legal (fls. 256-259), aderindo ao Refis IV (Lei 12.865/2013).

V. Processo extinto com fundamento no art. 269, V, do CPC quanto ao pedido de isenção do ITR sobre área de reserva legal.

VI. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial não providas quanto ao pedido remanescente (isenção do ITR incidente sobre área de preservação permanente).

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, julgar extinto o processo com resolução do mérito em relação ao pedido de isenção do ITR incidente sobre a área de reserva legal, com fundamento no art. 269, V, do Código de Processo Civil, e negar provimento à apelação e à remessa oficial quanto ao pedido remanescente (isenção do ITR incidente sobre a área de preservação permanente).

7ª Turma do TRF 1ª Região – 02/09/2014.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Cuida-se de remessa oficial e de apelação interposta pela Fazenda Nacional contra sentença que julgou procedente o pedido formulado nesta demanda por Cia. Ferroligas Minas Gerais – Minasligas, consistente em afastar o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, exercício 1997, incidente sobre áreas de *preservação permanente* e de *reserva legal*.

Em seu recurso (fls. 237-245), a Fazenda Nacional sustenta a impossibilidade de concessão do benefício fiscal, dada a inexistência de Ato Declaratório Ambiental – ADA, em relação à área de preservação permanente, assim como da ausência de averbação no Cartório de Registro de Imóveis da área de reserva legal.

Contrarrazões às fls. 248-253.

Na petição de fls. 256-259, a parte-autora, para fins de adesão ao Refis, desistiu e renunciou de parte de sua pretensão, relativa à incidência do ITR sobre a área de reserva legal.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Esta Turma, na esteira da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, vinha afastando a necessidade de apresentação do Ato Declaratório Ambiental – ADA e de averbação no registro imobiliário para que o contribuinte pudesse usufruir da isenção do ITR incidente sobre as áreas de preservação permanente e

de reserva legal. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA - ITR - DECOTADA, DA BASE DE CÁLCULO, A ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE RESERVA LEGAL - REGISTRO CARTORÁRIO E ATO DECLARATÓRIO DO IBAMA: DISPENSÁVEIS - PRECEDENTES.

1. Incabível a remessa oficial se o valor da condenação não excede a 60 salários-mínimos (CPC, art. 475, § 2º).

2. *STJ: para fins de isenção do ITR (AgRg-REsp 1.315.220/MG) quanto às áreas de preservação ambiental permanente e reserva legal, dispensa-se averbação no CRI e ato declaratório do IBAMA.*

3. Apelação não provida.

4. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 28 de abril de 2014, para publicação do acórdão.

(AC 2006.38.12.006739-1/MG, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, 09/05/2014 e-DJF1 p. 2.185).

Entretanto, no tocante à *área de reserva legal*, ocorreu mudança na jurisprudência daquela Corte Superior, como se observa do seguinte precedente da Oitava Turma deste Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ITR. ISENÇÃO. ART. 10, § 1º, II, a, DA LEI 9.393/96. AVERBAÇÃO DA ÁREA DA RESERVA LEGAL NO REGISTRO DE IMÓVEIS. NECESSIDADE.

1. “As áreas de preservação permanente e reserva legal prescindem de averbação no cartório de registro de imóveis e do ato declaratório do IBAMA para fins de exclusão da base de cálculo do ITR (Lei 9.393/1996, art. 10, § 7º)” (AC 0001491-09.2008.4.01.3812/MG, Rel. Desembargador Federal Novély Vilanova, Oitava Turma, e-DJF1 p. 1434 de 19/12/2013).

2. *Contudo, a partir do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.*

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado).

1028051/SC (julgado em 28/08/2013, DJe 21/10/2013), o STJ firmou o entendimento de que para fins de isenção do ITR, prevista no art. 10, § 1º, II, a, da Lei n. 9.393/96, necessária averbação da área de reserva legal no registro de imóveis.

3. O entendimento em referência passou a ser adotado pelas Turmas de Direito Público do STJ: AgRg no REsp 1407688/PB, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014 e AgRg nos EDcl no REsp 1342161/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/02/2014, DJe 10/02/2014.

4. Na hipótese dos autos não existe o Ato Declaratório Ambiental do IBAMA - ADA considerando a área de preservação ambiental.

5. Auto de infração mantido em relação à área de reserva legal pela falta de averbação no cartório de registro de imóveis.

6. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para manter na base de cálculo do ITR de 1997 a área de reserva legal como área tributável. (AC 2005.38.00.039169-4/MG, rel. JUIZ FEDERAL ROBERTO CARVALHO VELOSO (CONV.), 11/04/2014 e-DJF1 p. 895).

Confirmam-se, ainda, os seguintes julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICAÇÃO. ITR. ISENÇÃO. ÁREA DE RESERVA LEGAL. NECESSIDADE DE AVERBAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, dado o seu caráter manifestamente infringente, em observância aos princípios da fungibilidade recursal. Precedentes do STJ.

2. É imprescindível a averbação da área de reserva legal no registro do imóvel para gozo do benefício fiscal do ITR.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(EAARESP nº 386653, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJE de 19/05/2014).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ITR. ISENÇÃO. ART. 10, § 1º, II, a, DA LEI 9.393/96. AVERBAÇÃO DA ÁREA DA RESERVA

LEGAL NO REGISTRO DE IMÓVEIS. NECESSIDADE. ART. 16, § 8º, DA LEI 4.771/65.

1. A Primeira Seção firmou o entendimento de que a isenção do ITR relativa à área de Reserva Legal está condicionada à prévia averbação desse espaço no registro do imóvel. Precedentes: EREsp 1.310.871/PR, Rel. Ministro Ari Pargendler, DJe 04/11/2013; EREsp 1.027.051/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 21/10/2013.

2. Agravo regimental não provido.

(AGRESP nº 1243685, rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE de 16/12/2013).

Assim, necessária é a adequação da jurisprudência desta Turma à nova orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça em relação à *área de reserva legal*.

No entanto, a parte-autora *desistiu da ação e renunciou ao direito* sobre o qual se funda esta ação no que concerne à isenção do ITR incidente sobre a *área de reserva legal* (fls. 256-259), aderindo ao Refis IV (Lei 12.865/2013).

Ademais, assiste razão à parte-autora quando alega que a adesão ao Refis não precisa ser feita por meio da internet. Com efeito, a própria página da Receita Federal na internet informa que há necessidade de adesão via internet

[...] somente se o sujeito passivo pretender efetuar o pagamento à vista do débito e a liquidação de multa e juros com créditos decorrentes de Prejuízo Fiscal e de Base de Cálculo Negativa de CSLL (fl. 271), [o que evidentemente não é a hipótese].

Ante o exposto, julgo extinto o processo com resolução do mérito em relação ao pedido de isenção do ITR incidente sobre a área de reserva legal, com fundamento no art. 269, V, do Código de Processo Civil, e *nego provimento* à apelação e à remessa oficial quanto ao pedido remanescente (isenção do ITR incidente sobre a área de preservação permanente).

Determino a inclusão no Refis do débito da parte-autora referente ao ITR incidente sobre a área de reserva legal e a conversão em renda da União do respectivo valor depositado nestes autos, destacando que a definição dos valores a serem convertidos em renda e levantados pela parte-autora deverá ser efetuada no juízo de primeiro grau.

É o voto.

Sétima Turma

Apelação Cível 0005596-28.2013.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)
Relator p/ acórdão: Desembargador Federal José Amilcar Machado
Apelante: Maria Helena Ribeiro Coutinho Mesquita Cândido
Advogados: Dr. José Gomes de Lima Neto e outros
Apelada: Ordem dos Advogados do Brasil – OAB
Procurador: Dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Junior
Publicação: e-DJF1 de 03/10/2014, p. 336

Ementa

Concurso. Exame de Ordem (OAB). Vedação de o Judiciário substituir a banca examinadora. Premissa: mitigação. Formalismo exacerbado como critério de avaliação do examinador. Incompatibilidade com o propósito do exame. Conteúdo material correto da resposta. Invalidação da nota respectiva. Possibilidade. Devolução do tema ao examinador. Nova avaliação sem considerar a orientação formalista.

I. Em princípio, não pode o Judiciário substituir ou sobrepor-se a banca examinadora de concurso público, cabendo-lhe, por premissa, o controle da legalidade do certame, concertando eventuais defeitos formais que possam ocorrer no transcurso dos trabalhos.

II. Se é impossível afastar integralmente a discricionariedade do examinador, considerada a subjetividade que impregna o entendimento humano, na medida do possível, deve ser mitigada a formalidade levada a extremo, que substancia critério avaliatório incompatível com o propósito da prova, ou seja, asserir se o examinando conhece o tema da questão.

III. Estando o conteúdo material da resposta correto, é desinfluyente para a avaliação o fato de o concorrente não ter, expressamente, declinado o número de súmula e do dispositivo legal de regência da espécie.

IV. Notas das questões anuladas, com a devolução do assunto ao examinador para que seja proferida nova avaliação das respostas, desconsiderando-se o critério formal referido.

V. Apelação provida, em parte.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, dar provimento parcial à apelação.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 26/08/2014.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, relator.

Relatório

O Exmo. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto: — Apelação (impetrante) contra sentença denegatória da segurança (ou indeferitória da inicial), em MS, regularmente processado, objetivando revisão/majoração das notas atribuídas na prova correspondente à respectiva etapa do Exame Nacional da OAB (e continuidade no certame), por alegadas ilegalidades nos critérios de correção, por violação ao conteúdo do edital e/ou erro

na abordagem da banca em si, seja na elaboração, seja no gabarito.

Oportunizada manifestação da PRR.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto: — A jurisprudência desta Corte, ecoando a do STJ, abona a sentença, consoante este precedente paradigma, que só eventual e excepcionalmente, o que não é o caso, acolhe o direito do examinando, se e quando, em *questões de evidente e indiscutível ilegalidade* (objetivamente aferível, para além da subjetividade ou da conveniência do candidato), a dispensar, ainda, dilação probatória, o que não é o caso, consoante este precedente da T7/TRF1, rel. Des. Federal Reynaldo Soares Fonseca, AMS 2008.43.00.007508-0/TO (*mutatis mutandis*):

MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME DE ORDEM. [...].

1. Segundo o entendimento desta Corte, na esteira da diretriz do colendo Superior Tribunal de Justiça, em regra, não cabe ao Poder Judiciário, quando se tratar de processos seletivos públicos (exame da OAB, inclusive), julgar procedimentos de avaliação e de correção das questões das respectivas provas, uma vez que se trata de competência da banca examinadora, salvo quando ocorrer, na realização do certame, alguma ilegalidade no procedimento. Nesse sentido, confirmam-se: “STJ - AgRg no RMS 26.999/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, T5, julgado em 05/03/2009, DJe 23/03/2009; STJ - RMS 21.617/ES, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, T6, DJe 16/06/2008; TRF1, MS 0062715-98.2009.4.01.0000/DF, Rel. Des. Fed. Carlos Olavo, Corte Especial, e-DJF1 p.146 de 20/09/2010”.

[...]

5. Portanto, nos termos da orientação desta egrégia Corte, na esteira da jurisprudência do colendo STJ, excepcionalmente, na hipótese de flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público, no caso, exame de ordem, que possa causar dúvida, bem como ausência de observância às regras prevista no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Poder Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade [...].

As presunções — várias e notórias — que militam em prol da neutralidade, da competência e da lisura da OAB, e da entidade/banca examinadora por ela contratada para conduzir o Exame Nacional de Ordem, e a natural dimensão potencial das controvérsias residuais instaláveis (em face da natureza da matéria, da amplitude de candidatos, e da quantidade/estilo

de questões), conduzem — notadamente pela necessidade incontornável de prestigiar a isonomia — à compreensão de que só prova plena de frontal ilegalidade, teratologia ou abuso de poder seria justa causa para revisão dos critérios de correção das provas, do gabarito e das notas atribuídas.

A impetrante alcançou, após recurso administrativo, nota final 5,30 dos 6,00 necessários à aprovação na fase subjetiva (opção Direito Tributário). Ela entende que sua nota poderia ser majorada porque a correção seria, no seu entender, fruto de “erro material”, notadamente quanto ao gabarito correspondente à resolução da “peça profissional”, na qual, prevista nota máxima 1,00, recebeu, por equívoco, avaliação igual “zero”, eis que o texto que teria consignado no exame seria idêntico ao mencionado no gabarito; é ler-se (trata-se de agravo de instrumento contra rejeição de exceção de pré-executividade em EF):

Candidata	Organizadora (f. 58: resposta-padrão)
“É admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória, isto é, a exceção de pré-executividade”	“As matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, mas também os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória ou SÚMULA nº 393 do STJ”.

A peça profissional, sendo a mais importante para o fim de avaliar o conhecimento técnico-jurídico do candidato, mereceu criteriosa e gradativa estipulação de vários quesitos enumerados a serem avaliados (vide f. 58); no item em debate, percebe-se que o critério de correção — não “erro material” — é o que não agrada a candidata, que, todavia, até onde se percebe, com o devido respeito, *não respondeu exatamente o que lhe foi arguido* (seja quanto ao aspecto da lógica gramatical, seja em face do viés estritamente jurídico), pois, além da inversão de sentido da frase, não menciona toda a *ratio essendi* do cabimento da exceção de pré-executividade.

Não se trata de uma redação secundarista, em que se poderia, para fins pedagógicos ou de estímulo ao aprendizado, ler o texto com “boa vontade”, compreendendo que o examinando teve algum ou até muito contato com o conteúdo da doutrina e da jurisprudência ou que possui determinado traquejo no tema, e que poderia, então, melhorar ou evoluir ao longo do tempo: a peça jurídica é aferida com rigor

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais José Amílcar Machado e Reynaldo Fonseca.

porque será, após formulada, a tempo e modo, objeto de futura coisa julgada, devendo, portanto, ser objeto de perquirição avaliativa fundada no conhecimento técnico demonstrado, não no eventual esforço gasto no estudo ou, porventura, no bom caráter do candidato, inclusive por razões de isonomia, tanto mais porque ao Judiciário é vedado agir como banca examinadora.

Pelo exposto, *nego provimento* à apelação.

É como voto.

Voto-Vogal Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Eu sou muito preocupado com a hipótese, até porque presidi a última Comissão de Concursos da 1ª Região, e integro a presente banca do 15º. O examinador, quando enfrenta aquele universo de provas, só tem uma ideia fixa na sua consciência, que é zelar e velar pela isonomia, porque senão realmente o princípio fundamental da concorrência, da competição, estaria infirmado. O nível de discricionariedade, de subjetividade, sempre discutimos muito na correção das provas, ao tentarmos homogeneizar critérios para que não haja divergências e dissensões enormes. Já aconteceu aqui num concurso bastante antigo um caso em que um examinador deu zero e outro deu nove. Então, quer dizer, um desvio desse realmente não pode ocorrer, porque temos que procurar efetivamente uma coisa mais proporcional, e isso foi resolvido exatamente num debate, numa discussão interna da banca, porque temos o maior cuidado com isso, até que os examinadores convergissem para uma pontuação aceitável do ponto de vista que demonstrasse um mínimo de discricionariedade. Aí um foi subindo, foi para três, o outro desceu para sete; acabou que um deu seis, o outro deu quatro, que não é uma coisa tão absurda quanto zero e nove. Então, o que estou tentando dizer com isso é que tentamos ao máximo restringir o plano discricionário, a convicção discricionária, mas não é possível simplesmente sublimá-lo porque é subjetivo. Não digo que seja faccioso, você tem que ter uma decisão, e ela está sempre muito mais fundada na sua subjetividade, em como você encara a questão, do que efetivamente em alguma regra. Mas, na hipótese presente, tem uma coisa, desembargador relator, vossa excelência me desculpe, o advogado leu da tribuna as respostas, e efetivamente uma é literalmente o teor da Súmula 393, e a outra é exatamente a transcrição do dispositivo legal. Ora, efetivamente, dizer que aquilo é o art. 13, a própria pergunta já se reportou a isso. Dizer que aquilo é a Súmula 393? A própria pergunta já falou. Ora,

qual é a natureza da razão apresentada para firmar a valorização? Isso consulta a natureza pedagógica de um exame? Saber número de lei? Não, aqui é efetivamente erro material do examinador? Ele falou que não está citada a Súmula 393, por conseguinte não valoriza. Aí entendo que está ocorrendo um erro material de discernimento com relação à questão, que não poderia ser avaliada de uma maneira, me desculpem, tão rasa. O formalismo foi levado ao extremo e não pode persistir, afastando o conteúdo material declinado corretamente na resposta. Com essas considerações, entendo ser possível de correção e valorização essas questões. Mas agora vem a outra questão: em que nível? Quanto? Qual é a nota? Quero saber como vamos avaliar e valorar essa questão.

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Reforma a sentença para que a banca examinadora reexamine, confrontando o texto da resposta com a Súmula 393 e dê a sua nota, já que não deu nenhuma.

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto: — Como se lá estivesse escrita a súmula ou a citação específica.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Não, Des. Reynaldo, acho que a solução de vossa excelência me satisfaz perfeitamente. Qual é a nota a ser atribuída à questão? Nesse ponto entendo que não cabe ao Judiciário imiscuir-se em critérios avaliadores da banca, portanto, entendo que o dispositivo deve ser parcial no sentido de anular a correção praticada nas duas questões e devolvê-las ao conhecimento do examinador para que sua senhoria atribua nota às questões considerada a materialidade das respostas oferecidas pelo candidato independente da não referência numeral, ou seja, Súmula 393 e art. 13 da Lei 87/1996. Pelo exposto, com a devida vênua do eminente relator, dou parcial provimento à apelação para os fins especificados no voto. Custas *ex lege*, sem honorários.

É o voto.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Senhor presidente, o entendimento desta Corte, na linha da jurisprudência dos tribunais superiores, é no sentido de que ao Poder Judiciário é vedado substituir-se aos membros da comissão examinadora na formulação e avaliação de mérito das questões e atribuições de notas por ela estabelecidas, limitando-se sua interferência ao exame da legalidade do edital e do procedimento administrativo. O reconhecimento pelo Poder Judiciário de erro material e de incorreção na conta-

gem de pontos autoriza, sim, o exame pelo Estado-juiz, em atenção ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital. No que tange à correção de erro material, concretamente, verifico que, tendo em vista a liberdade da banca examinadora no que tange à pontuação da nota mínima para a nota máxima, não é possível, de plano, ao Poder Judiciário, estabelecer a correção integral daquele quesito, razão pela qual eu peço a mais respeitosa vênua ao eminente relator para acompanhar

o voto divergente para conceder em parte a ordem a fim de que a comissão examinadora reavalie as duas questões impugnadas, sem a exigência formal da indicação numérica de verbete sumular ou de expresso dispositivo legal, atendo-se ao conteúdo material, e, aí, sim, atribuindo a nota que entender conveniente. Sem custas e não há honorários, acompanho o eminente Des. Amílcar Machado.

Oitava Turma

Apelação Cível 0004937-78.2012.4.01.4200/RR

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova
 Apelante: Roma Angélica de Franca
 Advogados: Dr. Luiz Gustavo Moreira de Mello e outros
 Apelada: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Roraima – OAB/RR
 Procuradores: Dr. Jorci Mendes de Almeida Júnior e outros
 Publicação: e-DJF1 de 03/10/2014, p. 491

Ementa

Administrativo. Pena de suspensão do exercício profissional. Penalidade subsistente até o pagamento da dívida pelo advogado. Legitimidade dessa condição resolutive.

I. Como bem demonstrado na sentença, no exercício da advocacia, a autora não prestou contas ao seu cliente, incorrendo na infração prevista na Lei 8.906/1994.

II. O julgado também demonstrou a observância do devido processo legal na aplicação da mencionada pena decorrente do procedimento administrativo disciplinar.

III. Até o pagamento da dívida, portanto, é legítima a suspensão do exercício profissional. Evidentemente, não há que se falar em penalidade perpétua nem violação da dignidade da pessoa humana. Considerando, também, a natureza da infração (falta de prestação de contas pelo advogado), a condição resolutive estabelecida na lei não viola o princípio da razoabilidade.

IV. Apelação da autora desprovida. Agravo retido prejudicado.

Acórdão

A Turma, por unanimidade, *negou provimento* à apelação da autora. *Prejudicado* seu agravo retido.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 19/09/2014.

Desembargador Federal *Novély Vilanova*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova: — A autora apelou da sentença de improcedência da causa ajuizada para anular o procedimento administrativo disciplinar e a respectiva “pena de suspensão do exercício profissional” como advogada (fls. 256-60).

Pedi a apreciação de seu agravo retido contra a decisão indeferitória do desentranhamento de documentos apresentados pela ré (fls. 248-50).

No mérito, requereu a reforma do julgado alegando, em resumo, que a suspensão do exercício profissional viola os princípios previstos nos arts. 1º/III e 5º/LIV e LV da Constituição (fls. 262-9). A ré respondeu pedindo o desprovimento do recurso (fls. 271-9).

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova: — Como bem demonstrado na sentença, no exercício da advocacia, a autora *não prestou contas* ao seu cliente, incorrendo na infração prevista na Lei 8.906/1994:

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

[...]

XXI - recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele;

O julgado também demonstrou a observância do devido processo legal na aplicação da mencionada pena decorrente do procedimento administrativo disciplinar (fl. 257-8):

Não vislumbro, no presente caso, irregularidade capaz de macular o procedimento administrativo disciplinar, que se constitui em instrumento formal através do qual a OAB apura a existência de infrações disciplinares praticadas por seus membros.

Em que pesa a argumentação a despeito do prazo de intimação para Sessão de julgamento, o documento de fls.107 demonstra que a autora foi intimada, por meio de edital, a requerimento do defensor dativo nomeado, porque não se fazia presente no Estado e sequer tinha data prevista

para retorno, sem informar o lugar onde poderia ser encontrada ou proceder a atualização de seus dados cadastrais junto à OAB.

Por outro lado, verifico que o seu defensor foi notificado dentro do prazo regulamentar, não havendo que se falar em prejuízo ao direito de defesa e, por conseguinte, em nulidade do procedimento administrativo com base em tal argumento.

A mencionada lei estabelece que *“a suspensão perdura até que o infrator satisfaça integralmente a dívida”, o que a autora ainda não fez:*

Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de:

[...]

§ 2º Nas hipóteses dos incisos XXI e XXIII do art. 34, a suspensão perdura até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária.

Até o pagamento da dívida, portanto, é legítima a suspensão do exercício profissional. Evidentemente, não há que se falar em penalidade perpétua nem violação da dignidade da pessoa humana. Considerando, também, a natureza da infração (falta de prestação de contas pelo advogado), a condição resolutiva estabelecida na lei não viola o princípio da razoabilidade.

Dispositivo

Nego provimento à apelação da autora. *Ficam prejudicados* seu agravo retido e o pedido de antecipação da tutela (fls. 282-4).

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Marcos Augusto de Sousa e Maria do Carmo Cardoso.

Oitava Turma

Numeração única: 0038964-43.2004.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2004.34.00.048062-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
 Apelante: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Apelante: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Bruno Caiado de Acioli
 Apelada: Remoetile Paula Kambule
 Advogados: Dr. Sandoval Curado Jaime e outros
 Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara – DF
 Publicação: e-DJF1 de 19/09/2014, p. 807

Ementa

Tributário e Processual Civil. Mandado de segurança. Ingresso de moeda no País em montante superior ao permitido pela Lei 9.069/1995. Restituição negada por irregularidade na representação. Ausência de direito líquido e certo.

I. O mandado de segurança é instrumento de garantia cabível para a proteção de direito líquido certo e pressupõe a demonstração prévia e inequívoca da ilegalidade ou abuso de poder praticado.

II. O prazo decadencial de 120 dias para a impetração do mandado de segurança inicia-se com a efetiva violação do direito líquido e certo invocado. Ultrapassado o prazo decadencial, deve ser denegada a segurança.

III. A ausência de demonstração da ilegalidade do ato apontado como coator, bem como do alegado direito líquido e certo impõe a denegação da segurança.

IV. Remessa oficial a que se dá provimento, para denegar a segurança.

V. Apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e pela Fazenda Nacional que se julga prejudicadas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial e julgar prejudicadas as apelações.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 05/09/2014.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— Estes recursos de apelação foram interpostos pela Fazenda Nacional e pelo Ministério Público Federal à sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que concedeu a segurança impetrada por Remoetile Paula Kambule *para determinar que a autoridade impetrada restitua ao patrono da impetrante a quantia de US\$ 44.200 (quarenta e quatro mil e duzentos dólares norte-americanos).*

Ao prolatar a sentença, o magistrado de primeiro grau afastou a preliminar de irregularidade na representação processual da parte impetrante, suscitada pela autoridade coatora e pelo Ministério Público Federal, e, por reputar ser esse o único óbice à devolução da quantia apreendida, concedeu a segurança.

A Fazenda Nacional, em seu apelo, sustenta a inexistência de direito líquido e certo da impetrante à restituição integral dos valores apreendidos, com fundamento na norma prevista no § 3º do art. 65 da Lei 9.069/1995.

O Ministério Público Federal, por sua vez, defende, inicialmente, a tese de que o mandado de segurança deveria ter sido extinto, por ausência de pressuposto de constituição válido, qual seja, por ausência de juntada, no prazo para a impetração, de instrumento de procuração válido. Argumenta que, ao emitir seu parecer, chamou a atenção do juízo para os indícios de falsidade na assinatura do instrumento procuratório, o que veio a ser comprovado em momento posterior.

Assevera não ser possível a convalidação de documento falso, o que implicaria a inexistência dos atos praticados no processo pelo advogado, bem como a impossibilidade de sua posterior ratificação, por meio de procuração juntada após o transcurso do prazo máximo de 30 dias previsto no art. 37 do CPC e do prazo decadencial de 120 dias previsto na Lei do Mandado de Segurança.

Aduz que a ausência de intimação do órgão ministerial para que se manifestasse sobre a juntada de documento novo (instrumento de mandato de fls. 95-96) enseja a nulidade do processo. Pede, ao final, a reforma da sentença, a fim de que seja denegada a segurança e determinada a devolução das quantias indevidamente levantadas, devidamente corrigidas.

Foram apresentadas as contrarrazões.

Nesta Corte, o representante do Ministério Público Federal apresentou parecer pelo provimento dos recursos.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— O art. 5º, LXIX, da Constituição estabelece o seguinte:

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Novély Vilanova e Marcos Augusto de Sousa.

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Nos termos previstos na Constituição, o mandado de segurança é instrumento de garantia cabível para a proteção de direito líquido e certo, assegurado para a defesa daquele que venha a sofrer ilegalidade ou abuso de poder.

No caso em apreço, o ato apontado como coator consistiria na negativa da autoridade fazendária de proceder à restituição de numerário apreendido com a impetrante quando do seu ingresso no país.

O direito líquido e certo, por sua vez, adviria da ordem emanada de sentença judicial transitada em julgado, que, ao absolvê-la da imputação de falsidade ideológica — decorrente de suposta omissão dolosa no preenchimento de sua DBA – Declaração de Bagagem Acompanhada —, teria determinado lhe fosse restituída a quantia de US\$ 44.200,00 (quarenta e quatro mil e duzentos dólares americanos).

Na documentação juntada com a inicial, consta a cópia da sentença criminal absolutória da impetrante, da qual extraio os seguintes trechos:

Alega a acusação que, em 12 de junho de 2003, a denunciada, ao desembarcar no Aeroporto Internacional de Guarulhos, praticou o delito de falsidade ideológica de documento público ao preencher a Declaração de Bagagem Acompanhada – DBA, omitindo estar portando altíssima quantidade de dólares americanos. Frisa que é procedimento obrigatório a qualquer pessoa proveniente do exterior declarar o conteúdo de suas bagagens bem como a quantia que traz consigo, caso esta supere os R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou o equivalente em outra moeda.

[...]

De início, observo que, ao contrário do quanto alegado pela defesa em suas manifestações iniciais, a exigência de declaração de valores pelos passageiros que ingressam no país portando mais de R\$ 10.000,00 não malfero o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIV da Constituição Federal), pois tal conduta encontra fundamento de validade no art. 65 da Lei 9.069/95 que, de sua vez, é apenas regulamentado pelo que dispõem a Resolução BACEN 2.524 e as Instruções Normativas nº 117 e 120 da Receita Federal, de sorte que a ré tinha sim a obrigação legal de declarar os valores que portava.

[...]

As provas dos autos não permitem a conclusão segura de que a ré tenha, dolosamente,

deixado de declarar os valores que portava em sua DBA – Declaração de Bagagem Acompanhada.

[...]

A denúncia é, portanto, improcedente.

Se não há elementos que autorizem a condenação da ré pela prática de falsidade ideológica, por outro lado, há indícios suficientes de que a ré tenha tentado ingressar no país com US\$ 44.200,00 em espécie, o que seria proibido, a teor do que dispõe o art. 65 da Lei 9.069/95, que determina que o ingresso no País de moeda estrangeira em valor superior a R\$ 10.000,00 só poderá ser feito mediante transferência bancária, ou na forma prevista em regulamentação pertinente (art. 65, caput e inciso II e III da Lei 9.065/95).

Assim, a improcedência da acusação quanto à prática do crime de falsidade ideológica não implica, por óbvio, a automática liberação da quantia de US\$44.200,00 apreendida nestes autos.

O montante apreendido com a ré, objeto do Termo de Retenção nº 610, de 12/06/2003 (fl. 22), ficará à disposição da Receita Federal, devendo a ré, se o caso, após o trânsito em julgado deste processo, requerer a sua liberação na via administrativa, comprovando, para tanto, o que lhe for exigido pela autoridade fiscal.

[...]

Extraiam-se cópias desta sentença, do auto de prisão em flagrante, do termo de retenção de fl. 22, do interrogatório judicial de REMOLETILE PAULA KAMBULE, remetendo-as à Delegacia da Receita Federal e ao Ministério Público Federal para apuração de eventuais ilícitos fiscais e penais relacionados à tentativa de ingresso no País de US\$ 44.200,00 sem a observância do disposto no art. 65 da Lei 9.069/95.

(sem grifo no original)

De início, verifica-se que, diversamente do que alegado, não há como se inferir da leitura da sentença absolutória o alegado direito líquido e certo à restituição integral do numerário apreendido com a impetrante. O juízo criminal, dentro de sua esfera de competência, se limitou a absolver a impetrante da imputação do crime de falsidade ideológica e transferiu para a autoridade administrativa o exame da questão atinente ao ingresso de numerário no país, sem a observância do disposto no art. 65 da Lei 9.069/1995.

Da leitura do ato apontado como coator, por sua vez, é possível verificar que a negativa da autoridade fazendária em proceder à restituição se fundamentou unicamente na irregularidade da representação da parte requerente, uma vez que o instrumento de procuração utilizado (procuração *ad judicium*) não seria adequado para atuação fora do âmbito judicial.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que, no caso dos autos, não existe nem direito líquido e certo, nem ato coator.

O ato apontado como coator foi praticado em 26/07/2004 (fl. 13) e a impetração somente ocorreu em 13/12/2004, quando já ultrapassado o prazo decadencial de 120 dias exigido pelo art. 18 da Lei 1.533/1951, então em vigor.

A todas essas circunstâncias desfavoráveis, deve ser acrescida, ainda, a grave suspeita levantada pelo Ministério Público Federal, já na primeira manifestação realizada nos autos — suspeita essa que veio a ser confirmada posteriormente à prolação da sentença —, de falsidade do instrumento de procuração juntado aos autos, em razão da manifesta divergência entre a assinatura ali aposta e aquelas constantes do auto de prisão em flagrante e do Termo de Retenção de Bens.

Ainda que se reconheça inadmissível a instauração de incidente de falsidade em sede de mandado de segurança, entendo que os fortes indícios de falsificação do instrumento de procuração originariamente juntado aos autos impunham a extinção do feito. Deve ser ressaltado que o novo

instrumento juntado (tardiamente) às fls. 95-96 não tem o poder de convalidar os atos praticados, sobretudo porque corrobora a falsidade antes evidenciada.

Uma vez que as eventuais consequências decorrentes da prática de ilícito já são objeto de apuração própria, nada mais resta que a denegação da segurança.

Ante o exposto, dou provimento à remessa oficial, para decretar a decadência da impetração do mandado de segurança, com base no art. 18 da Lei 1.533/1951, aplicável à época dos fatos, combinado com o art. 269, IV, do CPC.

Julgo prejudicadas as apelações do Ministério Público Federal e da Fazenda Nacional.

Considerado o teor da sentença e o documento de fl. 120, condeno o patrono da impetrante a restituir à autoridade fazendária a quantia de U\$ 44.200,00 (quarenta e quatro mil e duzentos dólares americanos).

É como voto.

Agravo de Instrumento 0040991-62.2014.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante: Basevi Construções S/A
Advogados: Dra. Anete Mair Maciel Medeiros e outros
Agravada: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Publicação: e-DJF1 de 16/09/2014, pp. 398 - 399

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de antecipação da tutela recursal, pretende Basevi Construções S/A a reforma da decisão proferida pelo Juízo da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da Ação de Conhecimento 0040823-45.2014.4.01.3400, indeferiu o pedido de antecipação da tutela.

A agravante relata que a demanda ajuizada na origem tem o *objetivo de compelir a ora agravada à realização da apropriação dos valores pagos no Refis IV (programa de 2009) aos respectivos débitos incluídos no programa, com o consequente impacto na reabertura no cálculo da dívida reparcelada através da Lei 12.865/2013* (fl. 5).

Afirma que havia impetrado mandado de segurança com o objetivo de discutir a sua exclusão do parcelamento da Lei 11.941/2009 por descumprimento de requisito procedimental, e que, com a edição da Lei 12.865/2013 e consequente prorrogação de adesão ao aludido programa, desistiu da ação mandamental e renunciou ao direito sobre que se fundou aquela demanda.

Sustenta que o *simples fato de ter havido a desistência e a renúncia a todo o direito discutido no writ não é apto a ensejar a desconsideração dos reconhecimentos mensais realizados pela empresa, pois a manutenção do pagamento das parcelas era pressuposto necessário à existência do próprio mandado de segurança, haja vista que, caso julgado procedente (o que ocorreu em sede de apelação, reforça-se), a empresa teria de estar adimplente, sob pena de nova exclusão do programa, não pela ausência de consolidação, mas sim por inadimplência, na forma do § 9º do art. 1º da Lei 11.941/2009* (fls. 7-8).

Defende que a sua atuação teria sido pautada pela boa-fé, o que seria demonstrado pela manutenção dos pagamentos do parcelamento da Lei 11.941/2009, mesmo enquanto ainda pendente de resolução o mandado de segurança impetrado.

Salienta que não pretende compensação de valores, mas apenas o aproveitamento do montante já pago, de forma a consolidar a sua adesão ao parcelamento da Lei 11.941/2009, cujo prazo de adesão foi reaberto pela Lei 12.865/2013.

Reputa presente o *periculum in mora*, que decorreria do pagamento em duplicidade que vem suportando. Isso porque, de acordo com a narração fática, a empresa incluiu seus débitos na reabertura do Refis IV, em 2013. Como nenhuma apropriação foi feita, a empresa arca com valores maiores do que o efetivamente devido, limitando sua disponibilidade de caixa (fl. 9).

Requer a antecipação da tutela recursal, para *compelir a União a apropriar, imediatamente, os valores pagos no Refis IV aos respectivos débitos* (fl. 11). Requer, por fim, o provimento do agravo de instrumento, de modo a confirmar a decisão liminar.

Contraminuta às fls. 324-329.

Decido.

Não se discute, nestes autos, qualquer aspecto referente à exclusão da agravante do parcelamento instituído pela Lei 11.941/2009, objeto do MS 0050983-37.2011.4.01.3400, cujo recurso de apelação foi julgado pela 7ª Turma deste Tribunal anteriormente à renúncia ao direito sobre o que se funda aquela ação.

A causa de pedir e o pedido, que fundam a demanda ajuizada na origem, são devolvidos a este Tribunal neste agravo de instrumento, dizem com a possibilidade de apropriação dos valores já recolhidos naquele parcelamento em razão da abertura do prazo para a adesão, nos termos da Lei 12.865/2013.

Logo, inexistente *in casu* hipótese que imponha a distribuição deste recurso por prevenção à Apelação 0050983-37.2011.4.01.3400.

Recebo o agravo como de instrumento, nos termos do art. 522 do CPC, na redação dada pela Lei 11.187/2005.

A decisão agravada (fls. 315-317) está assim fundamentada:

[...] Os requisitos para antecipação dos efeitos da tutela, que pode ser total ou parcial, estão previstos no art. 273 do CPC, que estabelece a necessidade da existência de prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança do alegado e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Na hipótese, tenho por ausentes ambos os requisitos.

Com efeito, a autora informa na própria inicial que, foi excluída do REFIS, impetrou mandado de segurança e dele desistiu renunciando ao direito sobre o qual se fundava o pleito.

Ora, somente com essas informações já fica clara a ausência de direito a amparar a pretensão inicial.

Ao desistir e renunciar ao mandado de segurança interposto, a autora perdeu todo e qualquer direito dele advindo, como se não tivesse havido a impetração.

Assim sendo, se foi excluída do programa, ao que parece de forma regular, e continuou fazendo o pagamento dos valores parcelados, o fez por sua conta e risco, não se justificando venha agora obrigar a ré a receber o pagamento como se regular tivesse sido feito.

Ausentes os requisitos legais INDEFIRO a antecipação dos efeitos da tutela. [...]

A exclusão do parcelamento nos termos da Lei 11.941, a que foi submetida a agravante, foi revista por esta Corte, nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO LEI N. 11.941/09. REFIS IV. EXCLUSÃO DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DAS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS À CONSOLIDAÇÃO DO DÉBITO NO PARCELAMENTO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA, FORMAL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA DA FINALIDADE DA LEI QUE CRIOU O PROGRAMA. SENTENÇA REFORMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. PRECEDENTES.

1. A Lei nº 11.941/09, que instituiu o parcelamento denominado “Refis IV”, teve por fim justamente permitir que o contribuinte regularizasse a sua situação fiscal, sendo perfeitamente razoável entender-se que, havendo manifestação expressa do contribuinte em aderir a esse parcelamento, e estando adimplindo regularmente as suas antecipações mensais, lhe seja permitido parcelar os seus débitos, possibilitando, individualmente, cumprir eventual obrigação formal, acessória, não cumprida nos prazos estipulados nas portarias conjuntas da PGFN e da RFB.

2. No caso dos autos, verifica-se que a impetrante, não obstante, não ter cumprido o prazo para o pagamento das parcelas devidas, efetuou o referido pagamento três dias após o prazo fixado, o que deixa clara a sua intenção em regularizar a sua situação junto ao fisco e garantir a sua permanência no parcelamento em questão.

3. Precedentes.

4. Apelação a que se dá provimento.

(TRF1ª, AC 0050983-37.2011.4.01.3400/DF, rel. desembargador federal José Amílcar Machado, rel. convocado juiz federal Rodrigo de Godoy Mendes, Sétima Turma — fls. 294-298).

Conquanto sejam distintas as discussões, o teor do julgado colegiado suso transcrito, que beneficiou a agravante, demonstra a sua boa-fé ao manifestar a renúncia ao direito sobre o qual se fundava aquela demanda, a fim de viabilizar que seus débitos para com o Fisco Federal sejam novamente incluídos ao parcelamento da Lei 11.941/2009, dada a reabertura de prazo a que alude a Lei 12.865/2013.

A Lei 12.865/2013, em seu art. 17, dispõe que *fica reaberto, até 31 de dezembro de 2013, o prazo previsto no § 12 do art. 1º e no art. 7º da Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, bem como o prazo previsto no § 18 do art. 65 da Lei 12.249, de 11 de junho de 2010, atendidas as condições estabelecidas neste artigo.*

A norma concede reabertura de prazo para a adesão ao parcelamento instituído pela Lei 11.941/2009 e, portanto, não se afigura razoável obstar o aproveitamento dos valores anteriormente recolhidos pelo contribuinte.

O encontro de contas que viabilize, na prática, a apropriação dos valores referentes às parcelas quitadas pelo contribuinte é ônus que compete à Receita Federal do Brasil, dada a sua atribuição de administrar a arrecadação tributária federal.

Ante o exposto, com fulcro no art. 527, III, do CPC, *dou provimento ao agravo de instrumento*, para determinar a apropriação dos valores comprovadamente recolhidos pela agravante no âmbito do parcelamento da Lei 11.941/2009, considerado o novo pedido de adesão em vista da reabertura do prazo pela Lei 12.865/2013.

Comunique-se ao douto juízo prolator da decisão agravada, para que dê imediato cumprimento.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se estes autos.

Brasília, 5 de setembro de 2014.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Agravo de Instrumento 0044577-10.2014.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa
Agravante: Hotel Nacional S/A
Advogados: Dra. Viviane Kaliny Lopes de Souza e outro
Agravada: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Publicação: e-DJF1 de 16/09/2014, pp. 415 - 417

Decisão

Hotel Nacional S/A interpôs recurso de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, para reforma de decisão proferida em primeiro grau que, em execução fiscal, em razão da existência de supostas manobras ilícitas para frustrar a satisfação dos créditos tributários objeto do processo de origem, determinara a penhora semanal de 40% (quarenta por cento) sobre o faturamento da empresa executada.

Alega a agravante, entre outros argumentos, que a decisão não pode ser mantida, uma vez que já há penhora nos autos capaz de garantir o pagamento total da dívida.

Afirma que não restaram esgotados todos os meios necessários à localização de outros bens penhoráveis, uma vez que não foi realizada uma única diligência.

Aduz que está em recuperação judicial, e, portanto, é de competência exclusiva do Juízo da Recuperação Judicial decidir sobre seu patrimônio.

Assevera que penhora sobre faturamento somente pode ser autorizada em situações excepcionais.

Requer seja conhecido e provido o presente recurso para reformar a decisão agravada, revogando a determinação de penhora de 40% (quarenta por cento) do faturamento e reconhecendo a competência exclusiva do juízo falimentar para os atos de constrição e alienação de bens do agravante.

O prolator da decisão agravada assim decidiu:

[...]

Embora tenha sido deferida a penhora sobre 5% do faturamento da empresa Hotel Nacional S/A, tal medida restou infrutífera em razão de manobras perpetradas pela empresa com o objetivo de esvaziar seu patrimônio, conforme se verifica da farta documentação juntada aos autos.

O exequente identificou a existência de um contrato de “Gestão Financeira de Direitos Creditórios e Compromissos Financeiros” firmado entre o Hotel e a factoring denominada KVZ Fomento LTDA, o qual autoriza o repasse diário de todos os créditos devidos à executada Hotel Nacional S/A para a mencionada factoring. Verifica-se que Wagner Canhedo Azevedo Neto, filho do sócio administrador do Hotel Nacional, Wagner Canhedo Azevedo Filho, tem acesso às contas-correntes de KVZ Fomento LTDA.

Com efeito, a legitimidade de Wagner Canhedo Neto para movimentar as contas bancárias da factoring revela a fusão patrimonial entre as empresas, restando claro que a KVZ Fomento LTDA-ME foi criada com o único objetivo de permitir a circulação financeira das receitas auferidas pelo Hotel Nacional. Reforça a intenção de se criar uma empresa fantasma para esvaziar o patrimônio da empresa executada o fato de a KVZ Fomento LTDA ter apenas um único cliente, justamente a executada, e não possuir nenhum empregado, conforme consulta realizada no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados-CAGED. Ademais, seu sócio majoritário, Jamel Nasser, de origem marroquina, adquiriu 99% do capital social da empresa sem desembolsar nenhum real.

Outrossim, tendo em vista a inexistência de informações financeiras acerca do faturamento e dos pagamentos de uma empresa que possui 482 empregados, localizada em área hoteleira nobre de Brasília, aliada à circulação de vultosas quantias pela interposta empresa de fomento, estas movimentadas por membros da família Canhedo, revela a série de manobras ilícitas com a intenção de frustrar a satisfação dos créditos tributários ora executados.

Portanto, a fim de cumprir o determinado na decisão de pp. 309/312, resta acolher o pedido da exequente, uma vez que as rendas obtidas pelo hotel, estimados em R\$ 1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil reais) mensais, estão sendo desviadas diretamente para a empresa de fomento, sem passar pelas contas do Hotel Nacional S/A.

Razões pelas quais defiro o pedido de penhora sobre o faturamento semanal do Hotel Nacional, no valor de R\$ 178.840,72 (cento e setenta e oito mil, oitocentos e quarenta reais e setenta centavos), equivalente a 40% (quarenta por cento) do faturamento mensal, até a satisfação total da dívida (R\$ 2.234.842,14), que deverão ser depositados às segundas-feiras, até o final do expediente bancário (16h), sob pena de ser expedida ordem de prisão em flagrante por descumprimento de ordem judicial direcionada ao responsável pela empresa, Sr. Wagner Canhedo Filho, pois a aplicação de multa mostra-se absolutamente inócua diante da dívida vultosa contraída pelo grupo econômico da família Canhedo.

Os valores deverão ser depositados em conta judicial à disposição do juízo, cuja abertura será requerida junto à Caixa Econômica Federal e os respectivos dados serão informados no mandado de intimação desta decisão, *inclusive a expressa menção à configuração do crime de desobediência à ordem judicial em caso de descumprimento*. (Fls. 43/45.)

Com relação às alegações da agravante de que há penhora nos autos suficiente para garantir a dívida, de que não foram esgotados todos os meios necessários à localização de outros bens penhoráveis e de que estaria em recuperação judicial, fator impeditivo da penhora sobre seu faturamento, entendo que a análise dessas questões é vedada por não terem sido examinadas pelo prolator da decisão agravada. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL - GRUPO ECONÔMICO - CONFIGURAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - PRESCRIÇÃO - QUESTÃO NÃO APRECIADA PELA INSTÂNCIA PRIMEIRA.

[...]

2. Quanto à questão de prescrição, trata-se de matéria que não foi apreciada pelo ilustre Juízo a quo, e, portanto, pretensão alheia ao objeto e limite da decisão agravada.

3. *“O agravo está limitado, legalmente, aos termos e limites da decisão recorrida. Questão não apreciada pela instância a quo não pode ser examinada, originariamente, pela Corte Revisora, sob pena de supressão de instância”* (TRF1, AGA 200701000455123, Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1 DATA:06/11/2009, Pagina:226).

4. Em suma, as questões suscitadas no agravo de instrumento devem ser primeiramente apreciadas pelo Juízo a quo, porque o contrário configuraria nítida supressão de instância, acarretando ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição. Tema não examinado pelo julgador primário não pode - “per saltum” - ascender à Corte Revisora” (AGTAG 2007.01.00.050664-0/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.481 de 14/03/2008). Na mesma linha: AGA 0003956-73.2011.4.01.0000 / BA, Rel. Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (conv.), Sétima Turma, e-DJF1 p.150 de 15/07/2011

5. Agravo Regimental não provido. (AGA nº 0054762-78.2012.4.01.0000/AC, Rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, Unânime, e-DJF1 21/3/2014, pág. 609.) (Grifei.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 620 DO CPC. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS POR MEIO DO BACENJUD. ART. 655-A DO CPC. STJ RECURSOS REPETITIVOS. INDICAÇÃO DE BENS À PENHORA. RECUSA DA EXEQUENTE. APRECIÇÃO PELO JUIZ DOS FUNDAMENTOS DA RECUSA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

5. O agravo de instrumento deve se restringir à matéria apreciada pela decisão interlocutória que o motivou, não podendo o Tribunal conhecer de questão não apreciada pelo Juízo a quo, sob pena de supressão de instância, em violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

6. Agravo de instrumento a que se nega seguimento. (AG nº 0028393-13.2013.4.01.0000/GO, Rel. Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso (Convocado), Oitava Turma, e-DJF1 25/4/2014, pág.1115.)

Quanto à determinação de penhora sobre o faturamento do agravante, entendo que a fixação de percentual de 40% (quarenta por cento) sobre seu faturamento semanal não se afigura razoável, podendo inviabilizar o regular exercício da atividade do agravante. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. REDUÇÃO DO PERCENTUAL.

1. *A jurisprudência desta Corte e do e. STJ é firme no sentido de admitir a penhora sobre o faturamento somente em situações excepcionais e em percentual que não inviabilize as atividades da empresa.*

2. O percentual da penhora a incidir, somente em hipóteses extremas, sobre o faturamento deve ser fixado em patamar a possibilitar o efetivo recebimento da dívida pela Fazenda. Razoável a fixação no percentual de 2% (dois por cento) sobre o faturamento Precedente do STJ.

3. *Agravo de instrumento provido para reduzir o percentual de 10% (dez por cento) para 2% (dois por cento) do faturamento da empresa.* (AG nº 2008.01.00.054741-3/MG, Rel. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Relator Juiz Federal Convocado Clodomir Sebastião Reis, Oitava Turma, e-DJF1 22/03/2013, pág. 492.) (Grifei.)

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO AGRAVO REGIMENTAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - POSSIBILIDADE. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

[...]

2. Trata-se de agravo regimental interposto pela Lotaxi Transportes Urbanos LTDA em face de decisão que negou seguimento ao presente agravo de instrumento, nos termos do art. 557, caput, do CPC c/c art. 29 do RITRF/1ª Região, protocolizado - por sua vez - contra decisão que deferiu pedido de substituição da penhora do bem ofertado pela executada à p. 130 pelos bens indicados pela exequente à p. 322 (in fine) e determinou que se proceda ao desconto mensal do valor equivalente a 5% (cinco por cento) dos créditos relativos ao transporte de passageiros, havidos perante o Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal - STPC/DF, apurados em favor da executada nos relatórios de resgate de crédito, emitidos pela operadora do Sistema de Bilhetagem Eletrônica (SBA), hoje o DFtrans, em garantia da execução e, a lare, propiciando o prosseguimento das atividades da executada.

3. A jurisprudência desta Corte e do e. STJ é firme no sentido de admitir a penhora sobre o faturamento somente em situações excepcionais e em percentual que não inviabilize as atividades da empresa.

4. A penhora incidente sobre faturamento da empresa é medida excepcional, admissível, pela jurisprudência de nossos tribunais, na hipótese de inexistirem bens livres e desembaraçados suficientes para garantir a execução ou quando existirem bens de difícil alienação. (Precedente: STJ, AgRg no Ag 880.231/RJ" (in AGA 1999.01.00.058754-4/MG, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, Sétima Turma, Re-DJF1 p.321 de 10/10/2008).

5. *Nesse sentido, o colendo STJ já se manifestou, inúmeras vezes, sobre a possibilidade da penhora recair sobre o faturamento da empresa, em percentual razoável (normalmente 5%) e que não prejudique as suas atividades* (AgRg no REsp. 1.320.996/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 11/9/2012, AgRg no Ag. 1.359.497/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJ de 24/3/2011, AgRg no REsp. 1.328.516/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 17/9/2012; AgRg na MC 19.681/SC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 11/12/2012, DJe 19/12/2012 e AgRg no AREsp. 242.970/PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 22/11/2012).

6. Tendo em vista as particularidades do caso concreto (penhora sobre o faturamento), tal medida, na proporção fixada, vai ao encontro dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como da manutenção da viabilidade econômica da executada.

7. De acordo com a dicção do artigo 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005 "As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica". 2. A par disto, o art. 187 do CTN, no mesmo sentido, determina que "a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento". Precedentes.

8. Agravo Regimental não provido. (AGA nº 0025745-94.2012.4.01.0000/DF, Rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, unânime, e-DJF1 08/8/2014, pág. 1222.) (Grifei.)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE QUE A PENHORA SOBRE 15% DO FATURAMENTO DA EMPRESA RECORRIDA NÃO INVIABILIZA A ATIVIDADE POR ELA DESENVOLVIDA. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE AFIRMOU, EXPRESSAMENTE, OS PREJUÍZOS FINANCEIROS ENFRENTADOS PELA RECORRIDA COM BASE NA DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA AOS AUTOS. SALTA AOS OLHOS QUE A CONSTRICÇÃO DE 15% DO FATURAMENTO DA EMPRESA CONTRIBUINTE INVIABILIZA A TODAS AS LUZES A CONTINUIDADE DE SUA ATIVIDADE NORMAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Tribunal de origem afirmou, expressamente, que a documentação acostada aos autos demonstra, satisfatoriamente, a morte lenta da empresa recorrida, se mantida a penhora do faturamento no percentual de 15%. Dessa forma, mostra-se inviável a análise da controvérsia nesta Corte, porquanto aquele Tribunal fundamentou suas razões de decidir com base em peculiaridades do caso concreto, o que não há como se desconstituir.

2. Registre-se, ainda, que é um dos mais insistentes e graves equívocos, esse de se pensar que o faturamento de uma empresa representa, para o empresário, a disponibilidade completa de sua expressão financeira, porquanto - e isso nem sempre é lembrado - são variados e inúmeros os dispêndios para produzir os bens e/ou os serviços que compõem o faturamento: salários, fornecedores, tributos, alugueis, encargos financeiros, matérias-primas, secundárias e de embalagem; comissões, provisões para devedores duvidosos, FGTS, INSS, IRPJ, CSSL e muitos outros encargos; portanto, reter 15% do faturamento de qualquer empresa é o mesmo que decretar a sua derrocada.

3. Agravo Regimental da Fazenda Pública a que se nega provimento. (AgRg no REsp nº 1.411.184/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, unânime, DJe 14/02/2014.) (Grifei.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE FATURAMENTO. MEDIDA EXCEPCIONAL. MENOR ONEROSIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. É possível, em caráter excepcional, que a penhora recaia sobre o faturamento da empresa, desde que o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial, sem que isso configure violação do princípio da menor onerosidade para o devedor, posto no art. 620 do CPC. Precedentes.

2. O *Tribunal de origem consignou que o percentual fixado em 5% sobre o faturamento bruto da empresa não atentaria contra o regular exercício da atividade empresarial*. Para afastar tal premissa, seria necessário o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado na presente instância recursal. Inteligência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp nº 1.320.996/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, unanime, DJe 11/09/2012.)

Pelo exposto, com fundamento no art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, *dou provimento* ao recurso de agravo de instrumento, tão somente, para reduzir o percentual de 40% (quarenta por cento) para 5% (cinco por cento) sobre o faturamento semanal da empresa executada.

Sem manifestação, arquivem-se os autos.

Publique-se e intimem-se.

Brasília, 1º de setembro de 2014.

Desembargador Federal *Marcos Augusto de Sousa*, relator.

Agravo de Instrumento 0046642-75.2014.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Agravante: Cesp – Companhia Energética de São Paulo
Advogados: Dr. Marici Gannico e outros
Agravada: União Federal
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
Publicação: e-DJF1 de 30/09/2014, pp. 418 - 419

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Companhia Energética de São Paulo (Cesp) de decisão (cópia – fls. 60-67) que, em ação ajuizada contra a União, objetivando discutir o valor e a forma de indenização pela reversão dos bens vinculados à concessão da UHE Três Irmãos, indeferiu o pedido de antecipação da tutela para que a ré fosse obrigada a pagar o valor “confessadamente devido” (fl. 7).

Expõe a agravante que é concessionária geradora de energia elétrica, e, nessa condição, celebrou com o Poder Concedente o Contrato de Concessão de Geração 003/2004-CESP, para a exploração do potencial de energia hidráulica do Rio Tietê, por meio da Usina Hidrelétrica de Três Irmãos.

Acrescenta que o contrato tinha vigência até o dia 18/11/2011, com possibilidade de ser renovado por vinte anos, porém, caso não ocorresse a prorrogação do ajuste, “os bens e instalações vinculados à concessão e necessários à continuidade dos serviços seriam transferidos ao Poder Concedente (reversão) mediante prévia indenização dos investimentos e ativos (se ainda não amortizados ou depreciados)” – fl. 6.

Aduz que sobreveio o término da relação contratual e o Poder Concedente teria permanecido inerte “diante das inúmeras indagações da CESP acerca da prorrogação da concessão, o que fez com que a ora agravante permanecesse prestando os serviços sob as mesmas regras de seu contrato de concessão até 18.04.2013” (fl. 6).

Alega que, não obstante a formal cessação do vínculo, a União exigiu que continuasse a prestar as suas atividades, porém, sob uma nova forma de remuneração, “diversa daquela contratualmente prevista, o que lhe ocasionou uma drástica redução de receita” (fls. 6-7); fixou a indenização a ser paga em razão da reversão dos bens somente em 27/03/2014, “e ainda assim em valor muitíssimo inferior ao realmente devido” (fl. 7), e determinou que o pagamento dessa indenização “ocorra em longos sete anos, por meio de parcelas mensais atualizadas pela Selic” (fl. 7).

Afirma, então, que se socorreu do Poder Judiciário, visando a obter (fl. 7):

[...]

(a) uma justa indenização pela reversão dos bens vinculados à concessão da UHE Três Irmãos, que considere o critério contratualmente previsto e todos os investimentos feitos em bens e instalações vinculados à concessão que ainda não estão totalmente depreciados, e (b) a adequada remuneração pelos serviços que vem prestando desde 18.04.2013, que deve seguir o regime contratualmente previsto, e vigorar até a efetiva entrega definitiva da concessão para a União ou para a nova concessionária que vença a licitação por ela promovida.

A agravante afirma que, ao se manifestar a respeito do pedido de antecipação da tutela, a União “reconheceu que deve à CESP uma indenização de R\$ 1.717.362.148,59, mas alegou que não teria recursos para efetuar o pagamento deste montante incontroverso à vista (somente em sete anos, tal como constou da Portaria Interministerial MME/MF 129/2014)” – (fl. 8).

Diz que não se opõe ao valor calculado pela União, “mas apenas quanto ao prazo de pagamento” e afirma que “o correto, aliás, seria que a União promovesse o imediato depósito voluntário da parte incontroversa” (fl. 8).

Considerando ser incontroverso o valor reconhecido pela União, postula a antecipação da tutela recursal, com base no disposto no art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil (CPC), para que a União “pague de imediato e em uma única parcela” (fl. 34) a importância a que entende fazer jus, ou subsidiariamente, que o valor incontroverso seja pago, em parcelas mensais, a serem liquidadas ao longo de sete anos, tudo devidamente atualizado, nos termos do art. 2º, *caput* e parágrafos, da Portaria Interministerial MME/MF 129/2014.

Decido.

A decisão agravada, depois da observação de seu prolator, de que “a demanda é bastante complexa, notadamente por envolver múltiplos aspectos ora de ordem fática, ora de ordem eminentemente jurídica”, foi assim fundamentada (fls. 63-67):

De toda sorte, cumpre, neste momento, apreciar a pretensão liminar da autora, fundada no § 6º do art. 273 do CPC, e referente ao pagamento imediato do valor que reputa incontroverso, por ter sido administrativamente reconhecido pela própria União através da Portaria Interministerial MME/MF n. 129/2014, publicada em 28/03/2014.

Nada obstante, entendo que não há base fática para a aplicação, no caso, da norma invocada, porque, tecnicamente, não resta ainda delineada incontrovérsia no plano processual.

É que, ao prever que a tutela antecipada pode ser concedida quando um ou mais pedidos se mostrarem incontroversos, o dispositivo em comento viabiliza, em verdade, não a concessão de uma tutela sumária e provisória, mas a imediata concessão de uma tutela definitiva, fundada em cognição exauriente, e legitimada pelo princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), que impõe ao Estado-jurisdicção, dentre outras obrigações, a de distribuir adequadamente o tempo do processo em favor daquele que possui o direito vindicado. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 279.

A rigor, portanto, a norma em comento não versa sobre uma tutela sumária, a prescindir do devido processo legal (em especial do contraditório), mas, sim, de uma resolução parcial e antecipada da lide (mérito). Ao invocá-la, o magistrado decide parte do objeto do processo de forma definitiva, esgotando, com relação a essa parcela, a sua atividade jurisdicional. Como bem leciona o mestre Fredie Didier Jr., “a decisão que aplicar o § 6º do art. 273 é uma decisão interlocutória que versa sobre parte do mérito, definitiva, fundada em cognição exauriente (juízo de certeza, não de verossimilhança), apta a ficar imune pela coisa julgada material e passível de execução também definitiva”, tratando-se, na verdade, “de mais uma modalidade de ‘julgamento conforme o estado do processo’ (arts. 329-331, CPC)” (DIDIER jr. Fredie Didier. *Curso de Direito Processual civil*. Vol. 2 Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 541). Enfim, a despeito de sua questionada posição topográfica, e norma coloca à disposição do magistrado um mecanismo que lhe permite, no decorrer do processo, prolatar uma típica sentença parcial de mérito.

Sendo assim, para que se possa cogitar de incontrovérsia a autorizar a incidência da norma processual em referência, torna-se necessária, ao menos, a colheita formal da defesa por parte da requerida. Enquanto isso não for efetivamente oportunizado, o que se tem são simples pontos de fato e ou de direito, que podem ou não vir a se tornarem “questões jurídicas” a depender da extensão da impugnação apresentada, independentemente de existir ou não alguma incontrovérsia no plano do direito material. Afinal, como muito bem pontuado pelo já citado professor Fredie Didier Jr., “a incontrovérsia ora examinada não é aquela a que se refere o art. 334, III, CPC, que diz respeito apenas aos fatos e tem por efeito jurídico a dispensa da prova. Trata-se, aqui, de incontrovérsia quanto ao objeto do processo – consequências jurídicas desejadas pelo demandante [...], que “pode surgir nas situações em que já autocomposição em relação a parcela do pedido” (Ob. Cit. P. 542).

Logo, não se enquadrando o caso no pressuposto fático da norma do art. 273, § 6º, do CPC, resta apenas verificar a possibilidade de sua concessão como medida antecipatória de urgência, fundada no *caput* do art. 273 do CPC.

E, especificamente sob essa ótica de análise, não vislumbro a presença dos requisitos legais que autorizam a sua concessão.

Registro, de antemão, que, a despeito da extrema complexidade da causa, a demandar análise mais apurada no decorrer de sua instrução, parece-me que parte da tese autoral goza de plausibilidade, especialmente no tocante à incontrovérsia, no plano dos fatos, do valor indenizatório constante na Portaria do MME, dada a indisponibilidade do interesse público e o caráter vinculado do ato administrativo concernente ao processamento de uma despesa pública. Goza de relevância, ainda, a sua tese relacionada ao potencial tangenciamento, pela Lei questionada (Lei nº 12.783/2013), do ato jurídico perfeito – no caso o contrato administrativo de concessão –, especialmente se levado em consideração o fato de que, na data de entrada em vigor da Medida Provisória originária, o contrato já havia sido aparentemente extinto, face ao advento de seu termo final.

Porém, não vislumbro a presença de verossimilhança no tocante à alegação de que o pagamento da indenização pela reversão dos bens tenha que necessariamente se dar de forma prévia à extinção do contrato e à assunção do serviço concedido. A despeito da coerência da fundamentação, o próprio Superior Tribunal de Justiça decidiu, em situações não de todo diversas, pela possibilidade de discussão *a posteriori* da questão indenizatória: [...]

Além do mais, também não constato a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação a justificar uma ordem liminar de pagamento. Afinal, segundo se depreende dos autos, a empresa continua tendo a disponibilidade fática e jurídica sobre os bens revertidos, já que, mesmo depois da cessação do contrato originário, continua operando a UHE Três Irmãos, e auferindo a receita decorrente dessa exploração, ainda que em patamares tarifários igualmente questionados na demanda. Além do mais, como aparentemente não houve solução de continuidade na exploração por parte da concessionária, ainda não passou por qualquer processo de desmobilização a justificar premente necessidade no imediato recebimento da indenização perquirida.

Nesta fase processual do agravo de instrumento, a análise se limita aos requisitos específicos de relevância dos fundamentos e da possibilidade de lesão grave e de difícil reparação, nos termos do disposto no art. 527, inciso III, combinado com o art. 558, *caput*, do Código de Processo Civil.

E tais requisitos não se fazem presentes, como bem acentuou a decisão agravada. De fato, apesar da argumentação desenvolvida pela agravante, entendo que ainda paira divergência acerca da situação fática.

No caso, a União afirma que “o valor não é incontroverso, recaindo sobre o mesmo fundada e grave controvérsia” (fl. 862), visto que a Portaria MME/MF 129, apesar de reconhecer o valor da indenização, “impõe uma forma de pagamento específico e algumas condicionantes relacionadas ao pagamento”.

Dessa forma, tal manifestação, por si só, afasta o caráter de incontroverso do valor liminarmente postulado.

Ainda que assim não fosse, ou seja, se a manifestação da União não fosse suficiente para demonstrar a falta de relevância da fundamentação, é importante consignar que o pedido tem cunho eminentemente satisfativo, incompatível com a cognição restrita, própria do agravo de instrumento.

Com efeito, o desembolso imediato de quase dois bilhões de reais, ou subsidiariamente, autorizar o parcelamento de tal quantia, sem observância das condições impostas pelo ato administrativo, tem, indubitavelmente, caráter satisfativo, não autorizado pela jurisprudência, conforme reconhecido por este Tribunal, dentre outros, nos seguintes julgados, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PEDIDO DE INCORPORAÇÃO DO PERCENTUAL DE 8,71% ÀS FATURAS DO SUS PAGAS PELA UNIÃO, TIDO POR DEVIDO EM VIRTUDE DE EQUÍVOCO COMETIDO POR OCASIÃO DA CONVERSÃO DA URV, À ÉPOCA DA EDIÇÃO DO CHAMADO PLANO REAL. NÃO CABIMENTO.

1. Esta Corte proclamou o entendimento de que é incabível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela para determinar a incorporação do percentual de 8,71% às faturas do SUS pagas pela União, tido por devido em virtude de conversão equivocada da URV, por ocasião da edição do chamado ‘Plano Real’, uma vez que se afigura impossível o esgotamento, no todo ou em parte, do objeto da ação, nos termos do art. 1º, da Lei nº 9.494/97 (AG 1999.01.00.068304-2 – Rel Juiz Convocado Saulo Casali).

2. [...]

3. Agravo de instrumento improvido.

(AG n. 1999.01.00.069796-2/GO – Relator Juiz Moacir Ferreira Ramos – DJ de 10.04.2003)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INCORPORAÇÃO DE 8,71% ÀS FATURAS DO SUS. EQUÍVOCO NA CONVERSÃO DA URV. PLANO REAL.

Não sendo possível esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei nº 9.494/97, art. 1º), descabe a concessão da tutela antecipada para permitir a incorporação às faturas do SUS do percentual de 8,71%, tido como devido em razão de equívoco, cometido pelo Ministério da Saúde, na conversão da URV por ocasião do Plano Real.

Agravo de instrumento improvido. Agravo regimental prejudicado.

(AG n. 1999.01.00.068304-2/GO – Relator Juiz Olindo Menezes – DJ de 04.05.2001)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIÇOS PRESTADOS AO SUS. TABELA DE REMUNERAÇÃO.

1. Confirma-se decisão que indeferiu pedido de antecipação de tutela, por meio da qual se pretendia fazer incidir sobre os preços atuais dos serviços prestados pelos hospitais conveniados ao SUS índice referente à defasagem de preços ocorrida por ocasião da conversão do cruzeiro real para o real, em junho de 1994.

2. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AG n. 2003.01.00.015279-8/DF – Relatora Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – DJ de 09.12.2003)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR PRESTADO POR INSTITUIÇÃO CONVENIADA AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. TABELA DE PROCEDIMENTOS. PLANO REAL. CONVERSÃO DE VALORES EM CRUZEIROS REAIS PELO FATOR 2.750. PORTARIA MS N. 86/94. REEMBOLSO DE DESPESAS.

1. Antecipação de tutela. Indeferimento, em face de o pedido ostentar natureza eminentemente satisfativa.

2. Agravo desprovido.

(AG n. 2003.01.00.031407-0/PA – Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – DJ de 24.05.2004)

Igualmente, não vislumbro o perigo da demora, uma vez que eventuais prejuízos que a agravante venha a sofrer, que seriam apenas financeiros, poderão ser facilmente apurados ao final, quando for identificado o montante devido, após cognição exauriente.

Ante o exposto, à míngua da presença concomitante dos requisitos autorizadores, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Dispensado o envio de informações pormenorizadas.

Intime-se a agravada, para os fins previstos no art. 527, inciso V, do CPC.

Publique-se.

Brasília, 25 de setembro de 2014.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

Agravo de Instrumento 0045122-80.2014.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
 Agravante: FH Engenharia Ltda.
 Advogados: Dra. Mirella Scarlati Bello de Oliveira e outros
 Agravada: Caixa Econômica Federal – CEF
 Publicação: e-DJF1 de 22/08/2014, p. 422 - 423

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto por FH Engenharia Ltda. contra decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia que, no Mandado de Segurança 29668-54.2014.4.01.3300/BA, indeferiu o requerimento de medida liminar pretendido para suspender a exigência contida no subitem 2.3.4 do item 2.3 da cláusula 2 do Edital de Convocação 1.871/2014, que tem por objeto a contratação de empresas para a prestação de serviços técnicos de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (fls. 20-24).

2. Sustenta a agravante, em síntese, a ilegalidade da referida cláusula do edital, que veda a sua participação no procedimento licitatório pelo fato de que seus sócios possuem relação de parentesco com funcionários ocupantes de cargos comissionados na Caixa Econômica Federal, uma vez que a Lei 8.666/1993 não traz tal impedimento; que o Decreto 7.203/2010, que cuida dos casos de nepotismo, somente veda a contratação nos casos em que o detentor de cargo em comissão ou função de confiança atuar na área responsável pela demanda; que o sistema de demanda de trabalho desenvolvido pela CEF assegura a lisura no processo de convocação das empresas credenciadas/capacitadas para determinada atividade, seguindo ordem sequencial para emitir as ordens de serviços (OS), através de um rodízio, não havendo possibilidade de se influir no sistema de convocação; que já obteve pronunciamento

judicial favorável em procedimento licitatório anterior que continha a mesma regra; e que já presta serviços à referida empresa pública há mais de 35 anos.

Autos conclusos, *decido*.

4. O ato administrativo impugnado está assim redigido:

2.3 Não será admitida neste Credenciamento a participação de proponentes:

[...]

2.3.4 pessoa física que, ou empresa cujo(s) sócio(s), dirigente(s) ou administrador(es) seja(m) empregado(s) da CAIXA ou possua(m) vínculo familiar (cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau, nos termos dos artigos 1.591 a 1.595 da Lei nº 10.406/2002 – Código Civil) com:

- empregado(s) detentor(es) de cargo comissionado que atue(m) em área da CAIXA com gerenciamento sobre o contrato ou sobre o serviço objeto do presente credenciamento;
- empregado(s) detentor(es) de cargo comissionado que atue(m) na área demandante do credenciamento;
- empregado(s) detentor(es) de cargo comissionado que atue(m) na área que realiza o credenciamento;
- autoridade da CAIXA hierarquicamente superior às áreas supramencionadas.

5. Segundo informa a agravante,

[...] *na sua composição societária há dois sócios que têm laços familiares com servidores da CAIXA. O servidor Gustavo José Santos Silva Lima, que exerce cargo comissionado de Gerente de Filial da GIGOV/AJ – Gerência Executiva de Governo – Aracaju/SE, é irmão de Frederico José dos Santos Silva Lima e o servidor Cristóvão Colombo Sampaio Barros, que exerce o cargo comissionado de Analista Pleno da GHAB - Gerência Executiva de Habitação – Aracaju/SE, é irmão de José Haroldo Sampaio Barros [...].*

6. Apesar da inexistência de vedação legal expressa, haja vista não constar a regra impugnada entre as hipóteses de impedimento previstas no art. 9º da Lei 8.666/1993, entendo que se ela deve ser interpretada em consonância com os princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência inscritos no art. 37 da Constituição Federal.

7. Assim já se pronunciou o eg. Supremo Tribunal Federal, em recurso ordinário da relatoria do em. Min. Joaquim Barbosa, *verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO-MG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”. Precedentes. Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas e m matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido. (RE 423560, JOAQUIM BARBOSA, STF.)

8. Por outro lado, não prevalece o argumento da agravante de que os funcionários que possuem grau de parentesco com seus sócios não atuam na área responsável pela demanda, o que faz incidir ao caso, em princípio, a regra do § 3º do art. 3º do Decreto 7.203/2010, segundo o qual

É vedada também a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública federal de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade [...].

uma vez que pelo menos um dos referidos funcionários ocupa o cargo comissionado de analista pleno da GIHAB – Gerência Executiva de Habitação – Aracaju/SE, e o edital tem como objeto a contratação de empresas para a prestação de serviços técnicos na área de

Avaliação de Imóveis e Outros Bens e Atividades Correlatas; Análise de Projeto Habitacional, Comercial, Institucional ou Industrial; Elaboração, Análise ou Consultoria de Projeto Habitacional, Comercial, Institucional ou Industrial e Orçamento; Análise e Consultoria de Estudo, Projeto e Aquisição de Máquina e Equipamento de Saneamento; Análise e Consultoria de Estudo, Projeto, Aquisição de Máquina, Equipamento e Insumo de Infraestrutura Urbana ou Rural e Meio-Ambiente; Edificação: Vistoria e Acompanhamento de Obra; Danos Físicos: Consultoria, vistoria, diagnóstico, orçamento e acompanhamento; Saneamento: Acompanhamento de obra, estudo, projeto ou aquisições; Infraestrutura e Meio-Ambiente: Acompanhamento de obra, estudo, plano ou aquisições; e Acompanhamento e Análise Técnica de Empreendimentos Habitacionais; no âmbito do Estado de Sergipe, sempre que houver interesse previamente manifestado pela CAIXA, de acordo com os critérios, termos e condições estabelecidas neste Edital e seus anexos, que o integram e complementam' (fl. 140).

9. Assim, se um funcionário ocupa cargo comissionado na Gerência Executiva de Habitação, em princípio ele atua na área responsável pela demanda.

10. Por fim, apesar do que afirma a agravante, não vejo como o citado sistema de rodízio seria capaz, por si só, de afastar a possibilidade de se influir na convocação das empresas.

Pelo exposto, *indefiro* o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Publique-se. Intime-se a agravada, para os efeitos do art. 527, V, do CPC.

Brasília, 19 de agosto de 2014.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Numeração única: 0010295-77.2004.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2004.34.00.010319-2/DF

Relator:	Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelantes:	Sindicato Nacional dos Aeronautas e outros
Advogados:	Dra. Carolina Marin Maia e outros
Litiscosortes passivos:	Federação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Aéreos FNTTA e outros
Remetente:	Juízo Federal da 14ª Vara/DF
Publicação:	e-DJF1 de 26/09/2014, pp. 639 - 644

Decisão

O Sindicato Nacional dos Aeronautas e a Associação dos Aposentados e Pensionistas da Transbrasil, nos autos da Apelação em Ação Civil Pública (Processo 0010295-77.2004.01.3400), formulam pedido de antecipação da tutela recursal, com fundamento no art. 273 do Código de Processo Civil (fls. 5.178-5.181).

Informam que defendem quase dez mil aposentados e pensionistas, os quais estariam recebendo algo próximo a 8% (oito por cento) dos valores a que teriam direito, razão pela qual se estaria diante de caso que “envolve o direito à vida e à dignidade da pessoa humana” (fl. 5.178 – 22. v.).

Afirmam estar presente a *verossimilhança das alegações*, uma vez que a sentença proferida no presente feito, ao analisar as provas carreadas aos autos, decidindo o mérito da causa, “responsabilizou a União pela quebra do fundo AERUS” (fl. 5.175); o fundado *receio de dano irreparável*, pois vários de seus associados, dada a sua avançada idade, estão morrendo; e a possibilidade de *reversão do provimento judicial* eventualmente antecipado, argumentando que:

A União, recentemente, foi condenada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal a pagar para a empresa VARIG indenização sobre o congelamento de preços (Defasagem Tarifária) nos anos 80. A própria União reconhece um valor aproximado de R\$ 3 bilhões de reais. O processo está aguardando a publicação do acórdão.

Ocorre que a referida ação foi dada em garantia ao AERUS pela Varig, com o aval da União, pelas gigantescas dívidas em face do Instituto, no ano de 2003, conforme documento de fls. 424/425 dos autos. Ou seja, os valores da condenação irreversível da União em face da Varig deverão ser repassados ao Instituto Aerus, eis que possuidor de garantia real em face da patrocinadora. Por mais esdrúxula que seja a garantia oferecida, ela foi aceita pela União, através de seu órgão fiscalizador (SPC). Aliás, foi a única garantia exigida pela União para autorizar os diversos contratos de refinanciamento de dívidas em face do fundo de pensão.

Segundo a legislação de falência, após o pagamento das dívidas trabalhistas (até 150 salários), têm preferência os créditos com garantia real, exatamente o caso da AERUS (art. 83 da Lei 11.101/06). Os impostos devidos pela massa falida só serão saldados após a quitação dos créditos com garantia real. [...]

Assim, caso a antecipação de tutela seja revogada ou o provimento final altere sentença proferida, os pagamentos feitos a título de antecipação de tutela nesta ação poderão ser descontados dos valores devidos pela União à VARIG, já que esses créditos serão revertidos para o AERUS, nos exatos termos do acordo entre VARIG e AERUS com a AUTORIZAÇÃO da União.

Postulam, assim, o provimento judicial para que se antecipem os efeitos da tutela recursal, com a finalidade de “resgatar a dignidade perdida ao longo desses anos”.

Decido.

Para o exame do pedido, considerando a complexidade da lide e o grande volume dos autos (22 volumes), faz-se necessária uma síntese histórica para uma melhor compreensão da questão.

Os requerentes ajuizaram ação civil pública contra a União, o Instituto Aerus de Seguridade Social e diversas entidades, com pedido de liminar, para que a União e os litisconsortes passivos “mantenham os planos de benefícios na exata forma como em funcionamento, mantendo o pessoal ativo e aposentado da Transbrasil vinculados aos planos da entidade da maneira como hoje se encontram e de acordo com suas regras” (fl. 56 – 1. v.).

Inicialmente o pedido de antecipação da tutela foi indeferido (fl. 687 – 3. v.), e, posteriormente, em razão do reconhecimento de prevenção, os autos foram remetidos (fls. 946-947 – 4. v.) da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal para o Juízo da 8ª Vara da mesma seccional. O Juízo da 8ª Vara suscitou conflito negativo de competência (fls. 956-961 – 4. v.).

Em novo despacho (fl. 965), o Juízo da 8ª Vara, “tendo em vista a decisão proferida no Conflito de Competência 2005.01.00.029258-9/DF”, fez remeter os autos ao Juízo da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Os autores, então, renovaram o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 1.118-1.144 – 5. v.), para que a União e o Instituto Aerus:

[...] mantenham os pagamentos de complementação de aposentadorias, pensões e auxílios-doença na exata forma como ocorriam às vésperas da liquidação dos denominados Planos Varig e Transbrasil, a partir de aportes mensais da União ao Aerus nos valores necessários ao pagamento das complementações de aposentadoria, pensão e auxílios-doença, mantendo em dia tais pagamentos.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi novamente indeferido (fls. 1.151-1.154), tendo a parte-autora interposto o Agravo de Instrumento 2006.01.00.016434-4, no qual a eminente Des. Federal Neuza Alves *antecipou os efeitos da tutela recursal*, nos seguintes termos (fls. 1.398-1.403 – 6. v.):

Quanto ao mérito, sobre conceder-se ou não o efeito ativo buscado, substituindo-se a decisão denegatória por outra, concessiva, fica na estreita dependência do entendimento sobre a presença do componente perigo na demora da prestação jurisdicional.

Que as matérias enfrentadas na ação civil pública ainda serão objeto de extensa e profunda discussão, que poderá durar vários anos, ninguém, em sã consciência, opõe dúvidas. E quanto ao prejuízo imediato aos participantes dos diversos planos, que já tiveram ou estão na iminência de ter seus benefícios cassados ou diminuídos, existirá alguma dúvida?

Respondendo negativamente!

E assim é diante de uma simples constatação: apesar de serem todos os beneficiários ligados ao Regime Geral de Previdência Social e titulares de direitos perante o INSS, na imensa maioria dos casos os valores que percebem a título de complementação superam, abundantemente, os valores percebidos a título de benefício da Autarquia previdenciária.

Figuremos o exemplo de um piloto que recebesse, quando em atividade, quantia em torno de R\$ 12.000,00. Como não ver prejuízo com a ausência ou diminuição da complementação da aposentadoria se o valor máximo recebido no RGPS é, atualmente, equivalente a R\$ 2.668,15???

Honestamente, o *periculum in mora* na hipótese dos autos é inquestionável, insofismável, porque a redução *ex abrupto* perpetrada sobre os proventos dos substituídos do sindicato autor compromete, sem dúvidas, a sobrevivência digna da grande maioria das famílias por eles próprios mantidas, até porque um sem número de compromissos financeiros previamente assumidos deixarão de ser cumpridos, causando a mais variada espécie de constrangimentos, tanto para os próprios segurados e familiares, como para seus credores que também se verão irremediavelmente prejudicados.

Para além dessas considerações de ordem prática, o que está visível é que há um contrato que está sendo ou em vias de ser desonrado, por atitude daqueles que estavam obrigados, acima de tudo, a cumprir sua parcela do pacto, já que receberam dos participantes, o tempo todo, mensalmente, mediante desconto em folha, garantindo a complementação por parte de quem lhes pagava o salário, o quanto cabia a cada um deles pagar.

Entretanto, depois de cumpridas as exigências pactuadas (e quantas exigências), a complementação devida passa a ser objeto de deliberação sobre se será paga ou não, quanto “poderá” ser pago, “quanto” pagarão, “como” regularizar e coisas que tais...

Decidindo questão semelhante, na Ação Civil Pública n. 2005.01.00.062759-1/DF, assim me expressei:

“... Como visto, a questão em exame versa sobre valores destinados ao pagamento de complementação de aposentadorias, pensões e auxílios-doença aos dependentes de ex-empregados da viação Aérea São Paulo – VASP, cuja responsabilidade administrativa está diretamente vinculada à Secretaria de Previdência Complementar, órgão vinculado ao Ministério da Previdência Social.

Com efeito, referida Secretaria tem a obrigação de fiscalizar os atos administrativos praticados pelos gestores do orçamento que lhes fora confiado pelos contribuintes do Fundo de Previdência, sejam eles os contribuintes participantes ou patrocinadora.

A atividade de fiscalização engloba também o conhecimento dos atos inerentes à administração e a destinação que venham sendo aplicados ao saldo do fundo.

Nesse passo, a Secretaria de Previdência complementar deve conhecer e abonar, ou questionar, por meio de atos administrativos próprios, por exemplo, os balanços, o resultado atuarial e, até mesmo os investimentos nos quais venham sendo aplicados os recursos do fundo de pensão, com fins a proteger o patrimônio dos aposentados e pensionistas.

Segundo consta da própria decisão agravada, que analisou profundamente as nuances que revestem a hipótese “sub judice”, a referida Secretaria tinha conhecimento da real situação em que se encontrava o Fundo de Pensão e, necessariamente, deveria ter adotado medidas que coibissem os abusos ali verificados.

Convém gizar que há cerca de 10 (dez) anos o Fundo de Pensão questionado vem sendo gerido por interventor nomeado pela União, cuja atuação catastrófica levou à situação calamitosa detectada e indicou a liquidação.

Assim, não há como afastar a responsabilidade da União pelo não cumprimento das obrigações regulares atribuídas à Secretaria de Previdência Complementar que, por omissão, não agiu, oportunamente, dando causa ao falecimento da função primordial do fundo de pensão no caso, a garantia de subsistência a que se comprometeu quando contratou com os atuais aposentados e pensionistas.

Não pode, nesse momento, se furtar a garantia a continuidade da prestação alimentar pretendida pelo agravante.

Enfim, examinando a petição inicial com os documentos que a acompanham é possível avaliar com precisão a evidente responsabilidade da União Federal, em face da possibilidade do cometimento de crimes, por parte de seus representantes, contra o patrimônio coletivo dos aposentados, pensionistas e ativos da Viação Aérea São Paulo – VASP.

A documentação que acompanhou a inicial é necessária e suficiente a essa conclusão, no presente momento processual em que se analisa perfunctoriamente a hipótese deduzida em juízo.

Não se pode exigir, agora, prova cabal para deferir o quanto se pede, haja vista que se esta somente será alcançada com o encerramento da fase probatória, quando será analisado o conjunto de provas produzidas por escrito. Não se exige, ainda, que a própria União, por seus prepostos, venham reconhecer que o interventor indicado cometeu crime, auto responsabilizando-se pelo ressarcimento dos prejuízos causados aos participantes do plano de previdência privada. Essa conclusão há de ser extraída da prova documental/pericial, que vier a ser produzida.

Há *fumus boni juris*, sim, diante da prova indiciária até aqui oferecida, que poderá ser confirmada ou infirmada no decorrer da instrução.

Quanto ao *periculum in mora*, é inafastável, olhando a questão pelo prisma do prejuízo imediato, causado aos participantes do plano, estes que, com certeza, não deram causa à “debalde” do sistema, não podendo nem devendo ser atingidos pelos problemas ocasionados por sua péssima gerência.

Acresça-se a essas considerações, o fato de constituir, o pagamento dos benefícios pleiteados, verba de caráter eminentemente alimentar, o que reforça a conclusão na direção da concessão da liminar reivindicada.

Afora isso, o recorrente juntou, no agravo, petição e documentos (cf. fls. 814/857), demonstrando a existência de recursos – recolhidos a título de TAFIC pelo sistema de previdência complementar – capazes de lastrear o funcionamento da entidade de forma provisória, até decisão final da ação principal, a título mesmo de opção, a ser exercida pela agravada, da escolha da fonte de custeio para honrar os compromissos assumidos.

Portanto, com razão o agravante, eis que se encontram presentes, simultaneamente, os requisitos que autorizam a concessão do efeito suspensivo ativo aqui postulado (CPC, art. 527, III, c/c o art. 558).

Em face do exposto, defiro o pedido formulado em sede de cognição sumária, nos moldes acima delineados (CPC, art. 527, III) – continuidade dos pagamentos dos benefícios, pela União...”.

Como não há, no momento presente, nenhuma razão nova para que entenda diferentemente, concedo a liminar, emprestando efeito suspensivo ativo à decisão denegatória da antecipação da tutela, de modo a assegurar aos substituídos, até ulterior decisão judicial, a complementação dos benefícios a que fazem jus nos termos regularmente pactuados, também a cargo da União, consoante decisão acima transcrita, mas sem afastar os deveres impostos aos demais patrocinadores, de forma solidária, proporcionalmente ao quanto se obrigaram.

Em razão da demora no cumprimento da decisão liminar acima transcrita, o ilustre Juiz Federal Substituto, Roberto Luis Luchi Demo, determinou o seu cumprimento, no prazo de 20 dias, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), considerando o valor envolvido na presente demanda, qual seja, aproximadamente oitenta e sete milhões de reais. (fls. 1.581-1.582 – 7. v.).

Contra essa decisão a União interpôs agravo de instrumento, que neste Tribunal tomou o n. 2006.01.00.045102-0.

Por meio do Ofício 1.244/P (fl. 1.617 – 7. v.), a eminente Min. Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal (STF), comunicou que, nos autos da *Suspensão de Liminar 127*, suspendeu a decisão prolatada na Ação Civil Pública 2004.34.00.010319-2, que estipulou multa diária à União, até que seja proferido julgamento pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no Agravo de Instrumento 2006.01.00.016434-4.

Na aludida decisão, a eminente relatora assinalou, *in verbis* (fl. 1.621 – 7. v.):

No presente caso, observo que o cumprimento da decisão ora contestada implica, de fato, no dispêndio de recursos do erário público para a garantia do regular funcionamento de fundo de previdência privada, providência que se mostra contrária, pelo menos nesse exame preliminar, ao comando disposto no art. 202, § 3º, da Constituição Federal.

Além disso, a urgência na espécie está demonstrada em razão da expressa determinação para o cumprimento da decisão que se busca suspender em momento anterior à própria apreciação definitiva do agravo de instrumento já mencionado pelo órgão decisório competente (2ª Turma do TRF 1ª Região), com descaixe imediato do montante de 87 milhões de reais (fl. 958), ou, ainda, no caso de descumprimento, na aplicação de multa na considerável importância de 120 mil reais por dia.

Ante o exposto, nesse prévio e precário exame, suspendo a decisão do juízo da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, prolatada na Ação Civil Pública 2004.34.00.010319-2, que estipulou multa diária à União (fls. 958/959), até que seja proferido julgamento, pela 2ª Turma do TRF da 1ª Região, do Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.016434-4, que tramita perante aquela egrégia Corte.

Os autos do Agravo de Instrumento 2006.01.00.016434-4 foram redistribuídos ao eminente Des. Federal João Batista Moreira, em razão da declaração de competência da Terceira Seção para o julgamento do recurso, tendo sido proferida decisão pelo novo relator (fls. 2.330-2.340 – 10. v.), ratificando as decisões constantes das fls. 1.440-1.445, 1.468-1.470 e 1.622-1.625, que determinaram à União que providenciasse a complementação das aposentadorias dos agravantes.

Em razão da prolação dessa decisão, foi ajuizada a Suspensão de Liminar 127, na qual o eminente Min. Gilmar Mendes, do STF, suspendeu os efeitos da decisão monocrática proferida pelo Des. Federal João Batista Moreira, conforme comunicação feita pelo Ofício 3.483/SEJ. A decisão suspensiva foi proferida nos seguintes termos:

Inicialmente, cumpre afirmar que a decisão inicialmente impugnada pela União, de fato, não mais subsiste, em virtude do reconhecimento, pelo órgão jurisdicional que a prolatara, de sua incompetência absoluta (art. 112, § 3º, do CPC).

Todavia, o órgão jurisdicional competente para o julgamento do processo houve por bem ratificar os efeitos da decisão anteriormente proferida, mantendo a obrigação de a União, mensalmente, aportar recursos ao fundo AERUS, de modo a viabilizar o integral pagamento dos benefícios.

Desse modo, entendo que o presente incidente de contracautela é apto a suspender os efeitos da mencionada decisão, que nada mais fizera do que manter, em sua integralidade, decisão anteriormente prolatada por órgão jurisdicional incompetente.

Superada, pois, essa questão, destaco também a semelhança entre o objeto deste pedido de suspensão e o da Suspensão de Liminar n. 129, Rel. Ellen Gracie, DJ 06.11.2006, cuja decisão foi posteriormente referendada pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal.

Adoto, pois, como razões de decidir, as lançadas naquele decisum pela Ministra Ellen Gracie:

“7. Inicialmente, verifico ser patente, na causa em exame, a existência de controvérsia de natureza constitucional. A responsabilidade objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º) e as disposições constitucionais a respeito do regime de previdência privada (CF, art. 202, e parágrafos) não deixam dúvida do acerto de tal conclusão. Está firmada, assim, a competência desta Presidência para apreciar o presente pedido. Quanto ao requisito do exaurimento das instâncias inferiores para a propositura do pedido de suspensão de liminar, ressalto que consoante asseverou o Ministro Nelson Jobim ao julgar a SS 2.491 (DJ 15.12.04), em face do precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal (PET 2.455-AgR, red. p/ o acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJ 1º.10.04), ‘o Presidente do STF pode suspender liminares deferidas por relatores no âmbito dos Tribunais de Justiça, independentemente de interposição de agravo regimental pelo Poder Público’. No mesmo sentido foi a decisão proferida na STA 35, rel. Ministro Nelson Jobim, DJ 28.06.05 e, recentemente, o Plenário desta Corte manteve esse entendimento (SL 112-AgR, de minha relatoria, unânime, decisão de 04.10.06). 8. Passo agora, efetivamente, ao exame do pedido de suspensão de liminar. Cabe advertir, primeiramente, que a presente sede processual não é adequada para se discutir e apurar a alegada ocorrência de atos omissivos e/ou comissivos praticados por órgãos e agentes da União na fiscalização e na intervenção da entidade de previdência privada em discussão. Noto o grande esforço que faz o sindicato interessado em demonstrar, com as provas documentais carreadas aos autos da ação civil pública, a ocorrência da responsabilidade objetiva da União pela desoladora situação financeira em que se encontra o Fundo aqui discutido, já em fase de liquidação extrajudicial. Todavia, não se imputa responsabilidade civil por atacado, é preciso identificar a relação biunívoca de cada fato danoso, se comprovada a sua ocorrência, com sua efetiva e particular conseqüência na saúde econômica do Fundo. Obviamente, tal exercício, que envolverá, sem dúvida, a realização de perícias técnicas, se dará na sua inteireza sob a responsabilidade do magistrado federal que conduz o processo no qual se examina a ação civil pública já aludida. 9. Por ora, cabe a esta Presidência a apuração da existência de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública na execução da liminar emanada do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Assim procedendo, observo, inicialmente, que os pedidos principais formulados na ação civil pública possuem natureza indenizatória, exatamente porque alegada a responsabilidade da União por danos e prejuízos financeiros sofridos pelo AEROS. Comprovada, eventualmente, essa responsabilidade, caberá a União o pagamento da verba pecuniária suficiente para reparar o dano financeiro causado. E só. Em nenhum outro momento, portanto, busca-se sujeitar a União à qualidade de patrocinadora do Fundo (fl. 90), pois almeja-se, apenas, uma declaração judicial de obrigação pelo pagamento de quantia certa, que, se reconhecida, deverá acrescer ao patrimônio do Fundo. Já o pedido cautelar formulado na mesma inicial e atendido pela decisão prolatada pelo TRF da 1ª Região, impõe à União a obrigação de manter, até decisão definitiva, a normalidade das provisões que seriam devidas pelo AEROS aos seus beneficiários. É situação diversa que, de fato, se distancia radicalmente do objeto da ação e que fere, frontalmente, a ordem pública, considerada em termos de ordem jurídica. Por maior que venha a ser, eventualmente, a responsabilidade atribuída à União, tal reconhecimento nunca poderá ter como efeito a obrigação, da referida pessoa jurídica de direito público, de aportar recursos a entidade de previdência privada, como se patrocinadora fosse. É vedação constitucional contida no art. 202, § 3º, da Carta Magna. Outro aspecto igualmente lesivo à ordem jurídica é o fato da decisão liminar em exame não ter considerado a situação de liquidação extrajudicial do referido fundo de previdência privada, ocorrida desde o dia 10.02.05. Nessa circunstância, o Fundo deixou de servir à sua finalidade de prestar benefícios continuados aos seus integrantes, passando a massa liquidanda a ser gerida com o intuito de solver passivos e servir, na medida de suas forças, ao rateio das reservas matemáticas entre seus participantes. Nesse sentido, prevê o art. 49, VIII, da Lei Complementar 109, de 29.05.01, que ‘A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos: VIII – interrupção do pagamento à liquidanda das contribuições dos participantes e dos patrocinadores, relativas aos planos de benefícios’. Obrigar a União, nessas condições, a garantir a continuidade de um microsistema previdenciário financeiramente comprometido já em processo de liquidação extrajudicial provoca, sem dúvida, lesão à ordem pública, não só considerada em termos de ordem jurídica como também em termos de ordem administrativa. 10. Por todas essas razões, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92, defiro o pedido para suspender, até decisão definitiva na Ação Civil Pública 2005.34.00.022531-7 (fls. 92/99), a execução da liminar proferida pela Relatora do Agravo de Instrumento 2005.01.00.062759-1, que tramita perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (fls. 29/34). Determino que o montante de R\$ 5.770.250,00 (cinco milhões e setecentos e setenta mil e duzentos e cinqüenta reais) referidos na Programação 09010B610101, anexa à Lei 11.353, de 19.10.06, e citado na decisão de fls. 1.451/1.416 permaneça indisponível, até o julgamento definitivo da referida ação civil pública, em depósito judicial sob os cuidados do Juízo da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal”.

Verifica-se, portanto, a existência de lesão à ordem pública, tendo em vista o evidente descompasso entre a decisão impugnada e o disposto no art. 202, § 3º, da Constituição da República, que veda o aporte de recursos, pela União, a entidades de previdência complementar.

Ademais, nos termos do art. 100 da Constituição Federal e do art. 2º-B da Lei n. 9.494/97, é vedada a execução provisória contra o Poder Público. Na hipótese – processo judicial em que se busca a responsabilidade da União por supostos prejuízos causados ao fundo AERUS -, não se pode admitir que decisão judicial proferida em mero juízo de cognição sumária determine o imediato dispêndio de recursos financeiros pela União, sem o anterior trânsito em julgado de decisão que expressamente reconheça a sua responsabilidade (art. 37, § 6º, da Constituição da República).

Por fim, restou evidenciada a lesão à economia pública, haja vista a imposição, sem causa legítima, de expressivo encargo mensal à União, na manutenção de planos de benefícios liquidados ou em processo de liquidação extrajudicial.

Ante o exposto, defiro o pedido para suspender os efeitos da decisão monocrática proferida pelo Desembargador Federal João Batista Moreira, nos autos do Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.016434-4, que mantivera os efeitos da decisão anteriormente proferida pela Desembargadora Federal Neuza Alves.

Por meio do Ofício 1.003/SEJ (fl. 2.439 – 10. v.), informou-se que, nos autos da Suspensão de Liminar 127, foi dado parcial provimento ao agravo regimental interposto, de modo que a suspensão dos efeitos da decisão liminar proferida no Agravo de Instrumento 2006.01.00.016434-4, perdure até a prolação de sentença na Ação Civil Pública 2004.34.00.010319-4.

Proferida a sentença na ação civil pública (fls. 4.559-4.615 – 19. v.), a qual, no que interessa ao presente pedido de antecipação da tutela recursal, julgou procedente o pedido de condenação da União (fl. 4.615):

[...] a indenizar os participantes e os dependentes titulares de benefícios dos Planos de Benefícios da VARIG e da TRANSBRASIL, por omissão no poder-dever de fiscalização e proteção dos participantes dos planos de previdência complementar (art.3º, item I, da Lei nº 6.435, de 1977, c/c art. Art. 3º, itens V e VI, da Lei Complementar nº 109, de 2001), indenização que consistirá em montantes individuais, apurados nos termos declinados no tópico próprio (itens 140 a 142) desta sentença.

A sentença determinou, ainda, o imediato cumprimento pela União da decisão proferida no Agravo de Instrumento 2006.01.00.016434-4, visto que realizada a condição imposta pelo STF na Suspensão de Liminar 127.

Em decorrência da oposição de embargos declaratórios, foi proferida sentença integrativa (fls. 4.660-4.667 – 19. v.), confirmando a sentença em todos os seus termos.

Foi iniciada a execução provisória da sentença, a qual, no entanto, foi obstada por decisão proferida em agravo de instrumento.

Em resumo, são esses os fatos envolvidos na demanda.

Passo, então, a apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Conforme pôde ser observado do relato apresentado, a antecipação da tutela recursal, deferida pela eminente Des. Federal Neuza Alves, em agravo de instrumento, foi suspensa por decisão proferida em suspensão de liminar, perante o STF, suspensão essa limitada à prolação da sentença nos presentes autos.

No voto proferido no julgamento do AgRg na Suspensão de Liminar 127, o Min. Gilmar Mendes assinalou:

[...]

Por outro lado, entendo que a situação do AERUS causa, de fato, perplexidade. Não se pode realmente fechar os olhos para a situação dos milhares de segurados da entidade que, embora tenham contribuído toda uma vida para o fundo, veem-se, em sua velhice, privados da percepção dos benefícios aos quais fazem jus.

Tal fato, contudo, não autoriza a completa subversão da ordem processual e a apressada atribuição de responsabilidade à União, como se ela fosse uma espécie de “seguradora universal”. Não se pode olvidar que a despesa criada pela decisão judicial impugnada obrigaria a União ao contingenciamento de recursos públicos, muitos dos quais já destinados ao atendimento de necessidades públicas de alcance social geral. Não se pode admitir, a meu ver, que decisão proferida por intermédio de juízo de cognição sumária e superficial tenha tal alcance.

Todavia, tendo em vista a necessidade de se resguardar as legítimas expectativas dos beneficiários do AERUS, as quais se baseiam no regular cumprimento de suas obrigações perante o fundo (pagamento das contribuições devidas), *vislumbro a necessidade de se limitar os efeitos da suspensão da liminar, até a prolação de sentença na ação principal*. Isso porque a sentença, diversamente da decisão antecipatória, decorre de juízo exauriente dos elementos da causa, sendo proferida após a análise das provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A necessidade de se resguardarem os interesses contrapostos impõe, portanto, uma solução diferenciada. A limitação dos efeitos desta suspensão até a sentença de mérito no processo em curso na primeira instância constitui uma forma de solução conciliatória para o caso.

Ao que se observa, a condição suspensiva imposta pelo STF já se operou, com a prolação de sentença nos presentes autos, “em juízo exauriente” e “após a análise das provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa”, e que, ao julgar parcialmente procedente o pedido, determinou que a União indenize os participantes do plano de previdência complementar, reparação que “consistirá em montante individual e nos estritos limites das contribuições que deveriam ser vertidas e não o foram [...] tanto da parcela da patrocinadora quanto da parcela dos participantes” (fl. 4.614).

Assim, o óbice erigido pela Suspensão de Liminar 127 não mais subsiste, ou seja, a meu ver, dentro de uma lógica jurídico-processual, *estariam automaticamente revigorados os efeitos das decisões liminares, lavra dos eminentes Desembargadores Federais Neuza Alves e João Batista Moreira, proferidas no agravo de instrumento vinculado ao presente feito* (Processo 2006.01.00.016434-4).

Ainda que assim não o fosse, e pautando-me pela mesma lógica jurídico-processual, uma vez verificada a condição imposta pelo Supremo Tribunal Federal para o cumprimento da decisão (Suspensão de Liminar 127), competiria a este relator dar efetividade ao comando judicial externado pela mais alta Corte de Justiça do País.

Ante o exposto, e para evitar futuras alegações de omissão na presente decisão, caso não se considere suficiente a fundamentação até aqui desenvolvida para autorizar o imediato cumprimento da decisão anteriormente proferida, cumpre, então, aferir se estão presentes, no atual momento processual, os requisitos necessários à antecipação da tutela recursal, quais sejam: a verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como a possibilidade de reversão do provimento eventualmente concedido.

No que tange aos dois primeiros requisitos, dúvidas não há quanto à sua presença, pois os fundamentos expostos na sentença falam por si, ou seja, ela traz elementos suficientes para comprovar a verossimilhança das alegações dos petionários, até porque, nas palavras do Min. Gilmar Mendes, no julgamento do AgRg na Suspensão de Liminar 127, “a sentença, diversamente da decisão antecipatória, decorre de juízo exauriente dos elementos da causa, sendo proferida após a análise das provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa”.

Vale transcrever, por oportuno, tópicos da sentença que evidenciam a afirmação feita (fls. 4.608-):

123. Ao entendimento dos Autores, os vários contratos de negociação de dívidas celebrados entre o AERUS e as referidas patrocinadoras foram irregulares e causaram prejuízos aos participantes, e a primeira questão que se põe é saber se atos dessa natureza estariam sujeitos à fiscalização da União, por sua antiga Secretaria de Previdência Complementar.

124. De logo, neste tópico da demanda, rejeita-se o argumento da União e do AERUS de que tais atos não estavam sujeitos à homologação ou aprovação da antiga SPC, mas eram-lhe encaminhados para ciência ou documentação, porque tal providência seria desvestida de qualquer finalidade, como se o órgão público fosse meramente registrário, o que não se concebe.

[...]

131. E tendo o poder-dever de atuar, se da omissão administrativa de atuar decorrer prejuízo a terceiros, incide a regra de responsabilidade do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República, e não há de se cogitar de verificação de culpa dos agentes da antiga SPC, questão que só interessa à Administração, porque o dever de fiscalização proativa de que se cuidava tinha e tem expressa determinação legal.

132. Assim, tinha a antiga SPC o dever de fiscalizar as atividades do AERUS, incluídos os contratos de negociação e renegociações de dívida das patrocinadoras, para avaliar a sua regularidade com vistas aos interesses dos participantes dos respectivos planos e tomar as providências cabíveis, desde as primeiras horas, a fim de evitar resultado danoso àqueles que se colocavam na posição de protegidos (diz a lei: proteger) do Estado.

133. Conforme minudentemente declinado pelos Autores, desde março de 1991, em relação à TRANSBRASIL (fls. 26), e desde março de 1987, em relação à VARIG (fls. 26-8), se iniciaram, se desenvolveram e se frustraram as tratativas entre essas empresas e o AERUS, no que concerne ao pagamento por elas das contribuições devidas à entidade para concessão de benefícios aos seus trabalhadores.

134. Está além de toda dúvida razoável que tais negócios entre as referidas patrocinadoras e o AERUS se puseram mesmo em ordem a causar prejuízo aos participantes e se a União, por seu órgão próprio, tivesse exercido escorreamente o seu poder de intervenção na entidade ou nos Planos da VARIG e da TRANSBRASIL, esses planos teriam sido liquidados mais cedo ou sido consertados os seus rumos, pelo menos até a quebra das empresas, com resultados mais satisfatórios aos destinatários da ação protetiva do Estado.

135. Por isso, se a atuação da União, pela antiga SPC, fosse no cumprimento da lei (“a ação do poder público será exercida com o objetivo de proteger os interesses dos participantes dos planos de benefícios”), e desde o alvorecer desses frustrados nos seus propósitos, de duas uma:

1) ou as empresas verteriam as contribuições devidas, com a capitalização dos Planos, ou

2) ou os Planos seriam liquidados desde cedo, ou mesmo depois, e certamente, na oportunidade das falências das empresas.

136. O certo é que, no primeiro caso, os participantes poderiam usufruir dos benefícios de previdência complementar; porém, no segundo caso, teriam ainda poder de negociação com as empresas, se os Planos fossem liquidados desde cedo, ou poderiam resgatar as respectivas reservas, na oportunidade das falências.

[...]

140. Os atos omissivos e danosos da União, pela antiga SPC, ocorreram desde o vencimento das primeiras contribuições não recolhidas e a partir da adesão de cada patrocinadora VARIG e TRANSBRASIL, até as respectivas liquidações dos seus Planos de Benefícios pela antiga SPC.

[...]

142. Portanto, a reparação dos danos consistirá em montante individual e nos estritos limites das contribuições que deveriam ser vertidas e não o foram pelas referidas companhias, tanto da parcela da patrocinadora quanto da parcela dos participantes, inclusive a chamada Terceira Fonte até sua extinção, devidamente corrigida e adicionada de juros, nos termos da lei civil, conforme se apurar em liquidação de sentença por arbitramento.

Efetivamente, a redução dos valores a que teriam direito os aposentados e pensionistas do fundo Aerus compromete, sem sombra de dúvidas, a sobrevivência digna da grande maioria das famílias por eles mantidas.

Não se olvide que, atualmente, várias dessas famílias, em razão dessa redução de renda, encontram-se em situação financeira difícil, quiçá calamitosa, uma vez que compromissos financeiros previamente assumidos deixaram de ser cumpridos, causando a mais variada espécie de constrangimentos, tanto para os próprios segurados e familiares, como para seus credores que também estão irremediavelmente prejudicados.

Como bem assinalado pela eminente Des. Federal Neuza Alves, no caso, tem-se que existia um contrato que estava em vias de ser desonrado (atualmente não há dúvidas de seu inadimplemento), por aqueles que estavam obrigados, acima de tudo, a cumprir a sua parcela no pacto, já que receberam dos atuais aposentados e pensionistas, inclusive mediante desconto em folha de pagamento, os valores que deveriam ser destinados à complementação de suas aposentadorias.

Por outro lado, a eminente Min. Ellen Gracie, na presidência do Supremo Tribunal Federal, ao decidir a Suspensão de Liminar 127, consignou que:

[...] não se imputa responsabilidade civil por atacado, é preciso identificar a relação biunívoca de cada fato danoso, se comprovada a sua ocorrência, com sua efetiva e particular consequência na saúde econômica do Fundo. Obviamente, tal exercício, que envolverá, sem dúvida, a realização de perícias técnicas, se dará na sua inteireza sob a responsabilidade do magistrado federal que conduz o processo no qual se examina a ação civil pública já aludida. [...]

Na hipótese, um dos contratantes adimpliu com a sua obrigação. O outro não. A União, a quem competia fiscalizar, deixou a situação transcorrer *in albis*, devendo, pois, conforme consignado na sentença, arcar com os prejuízos decorrentes de sua desídia.

Caracterizada, pois, a verossimilhança das alegações.

Quanto ao risco de dano de difícil reparação, torno a me amparar nos fundamentos utilizados pelo eminente Presidente do STF que, na mesma oportunidade (Suspensão de Liminar 127), enfatizou: “Não se pode realmente fechar os olhos para a situação dos milhares de segurados da entidade que, embora tenham contribuído toda uma vida para o fundo, veem-se, em sua velhice, privados da percepção dos benefícios aos quais fazem jus”.

Assim, considerando que se trata de aposentados ou pensionistas, ou seja, pessoas idosas, a demora na concessão do provimento judicial acarretará dano irreparável ou de difícil reparação.

Cabe registrar que, segundo dados trazidos pelo Aerus, atualmente, mais de 10% de seus beneficiários já faleceram, razão pela qual é inequívoca a presença do risco de dano de difícil ou incerta reparação.

Quanto à reversibilidade do provimento, os petionários noticiam que:

A União, recentemente, foi condenada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal a pagar para a empresa VARIG indenização sobre o congelamento de preços (Defasagem Tarifária) nos anos 80. A própria União reconhece um valor aproximado de R\$ 3 bilhões de reais. O processo está aguardando a publicação do acórdão.

Ocorre que a referida ação foi dada em garantia ao AERUS pela Varig, com aval da União, pelas gigantescas dívidas em face do Instituto, no ano de 2003, conforme documento de fls. 424/425 dos autos. Ou seja, os valores da condenação irreversível da União em face da Varig deverão ser repassados ao Instituto Aerus, eis que possuidor de garantia real em face da patrocinadora. Por mais esdrúxula que seja a garantia oferecida, foi ela aceita pela União, através de seu órgão fiscalizador (SPC). Aliás, foi a única garantia exigida pela União para autorizar os diversos contratos de refinanciamento de dívidas em face do fundo de pensão.

Segundo a legislação de falência, após o pagamento das dívidas trabalhistas (até 150 salários), têm preferência os créditos com garantia real, exatamente o caso do AERUS (art. 83 da Lei 11.101/06). Os impostos devidos pela massa falida só serão saldados após a quitação dos créditos com garantia real. [...]

Assim, caso a antecipação de tutela seja revogada ou o provimento final altere sentença proferida, os pagamentos feitos a título de antecipação de tutela nesta ação poderão ser descontados dos valores devidos pela União à VARIG, já que esses créditos serão revertidos para o AERUS, nos exatos termos do acordo entre VARIG e AERUS com a AUTORIZAÇÃO da União.

Na página do Supremo Tribunal Federal, em 08/05/2013, foi publicada *Notícia*, informando que:

Após o relatório apresentado pela ministra Cármen Lúcia no Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) durante o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 571969, que envolve uma causa bilionária da Varig, as partes envolvidas no processo apresentaram seus argumentos sobre o caso. No RE, a União questiona decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) que determinou o pagamento de indenização à companhia aérea no valor de R\$ 2,2 bilhões, que, segundo apontou a representante da Advocacia-Geral da União (AGU), Grace Mendonça, chegaria a R\$ 3,057 bilhões em valores atualizados.

Em 12/03/2014, o STF, em sua composição plenária,

[...] por maioria e nos termos do voto da Relatora, não conheceu do recurso extraordinário da União interposto contra o acórdão proferido no julgamento dos embargos infringentes; conheceu parcialmente do recurso extraordinário da União e a ele negou provimento; e conheceu parcialmente do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, a ele negando provimento na parte conhecida, *para manter a decisão do Superior Tribunal de Justiça, afirmando-se a responsabilidade da União quanto aos prejuízos suportados pela recorrida em razão dos planos econômicos existentes no período objeto da ação*, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa (Presidente) e Gilmar Mendes, que negavam provimento ao segundo recurso da União e davam provimento à parte conhecida do recurso da União e ao do Ministério Público Federal, para julgar improcedente o pedido de indenização formulado pela Varig S/A – Viação Aérea Rio-Grandense. Impedidos os Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux. Ausentes, justificadamente, os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli. Plenário, 12.03.2014.

Segundo o Min. Gilmar Mendes, ao decidir o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 127, “para o cumprimento da decisão impugnada, a União será obrigada a despender mensalmente, segundo a requerente, valores na ordem de R\$ 13.500.000,00 (treze milhões e quinhentos mil reais)”.

A União informa (fls. 1.573 e 1.574 – 7. v.) que foi solicitada à Secretaria de Orçamento Federal a abertura de crédito adicional extraordinário, no valor de R\$ 87.207.379,80 (para o ano de 2006).

Ao que se observa dos autos, já existem valores reservados para o pagamento da condenação imposta na sentença, valendo citar, como exemplo, trecho da manifestação da eminente Min. Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal, ao deferir medida liminar na Suspensão de Liminar 127:

Determino que o montante de R\$ 5.770.250,00 (cinco milhões e setecentos e setenta mil e duzentos e cinquenta reais) referidos na Programação 09010B610101, anexa à Lei 11.353, de 19.10.06, e citado na decisão de fls. 1.451/1.416 permaneça indisponível, até o julgamento definitivo da referida ação civil pública, em depósito judicial sob os cuidados do Juízo da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

A Lei 11.353, de 19/10/2006, a que se refere a decisão supra, estabelece que:

Art. 1º Fica aberto crédito extraordinário, em favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, no valor global de R\$ 925.459.839,00 (novecentos e vinte e cinco milhões, quatrocentos e cinquenta e nove mil, oitocentos e trinta e nove reais), para atender às programações constantes dos Anexos I e II desta lei.

No anexo citado, consta a seguinte rubrica:

ORGÃO: 33000 - MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL												
UNIDADE: 33101 - MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL												
ANEXO I												
CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO												
PROGRAMA DE TRABALHO (SUPLEMENTAÇÃO)												
RECURSOS DE TODAS AS FONTES - R\$ 1,00												
						E	G	R	M	I	F	
FUNC												
PROGRAMÁTICA		PROGRAMA/AÇÃO/SUBTÍTULO/ PRODUTO				S	N	P	O	U	T	VALOR
						F	D	D		E		
0901 OPERAÇÕES ESPECIAIS: CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS JUDICIAIS												
5.770.250												
		OPERAÇÕES ESPECIAIS										
28 846												
0901 0B61		Cumprimento de sentença judicial referente à Ação Civil Pública 2005.34.00.022531-7, em favor do Aeros - Fundo de Previdência Complementar - entidade em liquidação extrajudicial										5.770.250
28 846												
0901 0B61 0101		Cumprimento de sentença judicial referente à Ação Civil Pública 2005.34.00.022531-7, em favor do Aeros - Fundo de Previdência Complementar - entidade em liquidação extrajudicial - nacional (crédito extraordinário)										5.770.250
						S	3	1	90	0	300	5.770.250
TOTAL - FISCAL						0						
TOTAL - SEGURIDADE						5.770.250						
TOTAL - GERAL						5.770.250						

Ademais, é oportuno referir que das fls. 419-428 (2. v.) consta “Instrumento Particular de Consolidação e Repactuação de Dívidas, com pacto suspensivo de exigibilidade, amortizáveis a termo certo e oferecimento de garantias”, celebrado entre o Instituto Aerus de Seguridade Social (de um lado) e (de outro) a Varig S.A., a Varig Participações em Transportes Aéreos S.A. e a Varig Participações em Serviços Complementares S.A., que determina, no que interessa à solução da presente controvérsia, que “o AERUS é credor das Devedoras, por importância relativa às contribuições de patrocinadoras em atraso”, do qual consta, na cláusula sétima, item 7.5, *in verbis*:

Além da garantia antes referida, a VARIG oferece adicionalmente: [...] b) caução de parte do seu direito de crédito contra a União Federal reconhecido nos autos da Ação ordinária n. 93.00.0252-0 em curso perante o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, até o limite do valor pactuado neste instrumento, ficando ajustado que na hipótese de recebimento pela VARIG, total ou parcialmente, do referido crédito antes do vencimento da dívida ora garantida, o valor caucionado será utilizado na sua amortização, antecipando-se tantas parcelas vincendas quantas couberem no valor devido, podendo, ainda, a VARIG, a seu critério, determinar quais as parcelas que serão antecipadamente liquidadas.

No curso do julgamento da Ação de Procedimento Ordinário 93.00.0252-0, perante o Superior Tribunal de Justiça (fls. 5.194-5.196), nos Embargos de Divergência no REsp 628.806/DF, o eminente Min. Castro Meira, apreciando pedido do Aerus para ingressar como assistente da Viação Aérea Rio Grandense S.A. (Varig), acentuou que:

Não se duvida que o Instituto Aerus detém interesse econômico no resultado do julgamento, já que é credor da empresa embargada. A dúvida existe quanto ao interesse jurídico na causa.

Há dois instrumentos contratuais celebrados entre a Varig e o Instituto Aerus por meio dos quais a primeira deu em garantia de suas dívidas ao segundo os créditos oriundos desta ação. O julgamento desfavorável à autora, ora embargada, torna sem efeito a garantia obtida pelo instituto, o que revela indiscutível interesse jurídico no resultado do feito. Em outras palavras, o eventual insucesso da autora desta ação representará para o Instituto requerente o desaparecimento de sua garantia, interferindo diretamente na órbita de sua relação jurídica com a Varig, já que passará de credor preferencial com garantia real a simples credor quirografário.

Assim, considerando que a própria União, por meio da Secretaria de Previdência Complementar, aceitou a garantia como requisito para autorizar os contratos de refinanciamento de dívidas em face do Instituto Aerus, tenho-a por subsistente e hígida a amparar a pretensão ora deduzida.

Os valores pretendidos possuem natureza eminentemente alimentar, e são essenciais à sobrevivência dos aposentados e pensionistas, razão pela qual entendo presentes os requisitos necessários para a concessão do pleito vindicado.

Ante o exposto, com amparo no § 7º do art. 273, combinado com o art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil, defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, nos termos em que formulado anteriormente (fl. 1.144 – 5. v.), vale dizer, para que a União e o Instituto Aerus de Seguridade Social “mantenham os pagamentos de complementação de aposentadorias, pensões e auxílios-doença na exata forma como ocorriam às vésperas da liquidação dos denominados Planos Varig e Transbrasil, a partir de aportes mensais da União ao Aerus nos valores necessários”. Estabeleço o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da intimação, para o cumprimento desta decisão, findo o qual, sem cumprimento, incidirá multa diária, que fixo em R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Intimem-se.

Publique-se.

Brasília, 19 de setembro de 2014.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

Agravo de Instrumento 0045826-93.2014.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
 Agravante: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Agravado: Kleber da Silva Cavalcante
 Advogados: Dr. Adailton da Rocha Teixeira e outro
 Publicação: e-DJF1 de 30/09/2014, pp. 336 - 337

Decisão

1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União contra decisão proferida pela MMª juíza federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que deferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela, que objetivava reserva de vaga para o cargo de analista legislativo, a fim de que lhe seja garantido o direito de permanecer regido pelo regime previdenciário atual, após a posse do cargo público federal ao qual foi nomeado até o trânsito em julgado da presente ação.

2. Sustenta que os servidores que ingressaram nos quadros federais a partir de 04/02/2013 é compulsória a aplicação do limite máximo do RGPS, data da publicação da Portaria Previc-MPS 44, de 31/01/2013, da Superintendência Nacional de Previdência Complementar, que aprovou o Regulamento do Plano de Benefícios dos Servidores Públicos Federais do Poder Executivo e o Convênio de Adesão que firmaram a União Federal e a Funpresp.

3. Por fim, afirma que “não é possível a opção por regime anterior ao ingresso nos Quadros do Senado Federal de servidor oriundo de outro ente da Federação, por não haver vinculação entre eles, sendo a opção de que trata o § 16 do

art. 40 da Constituição Federal restrita ao ente Federado onde a mesma é exercida.” Requer, pois, a atribuição de efeito suspensivo ao presente instrumento.

4. É o relatório. Decido.

5. Com razão os agravantes.

6. A controvérsia central cinge-se sobre a vinculação ao regime próprio de previdência da União decorrente de posse em cargo público federal, sendo o empossado oriundo de outro regime próprio de previdência (Distrito Federal) na condição de servidor público titular de cargo efetivo.

7. A Administração firmou o entendimento de que deve ser considerada a posse no novo cargo o vínculo originário para efeito de enquadramento nas normas da Lei 12.618/2012.

8. Essa lei prevê nos §§ 7º e 8º do art. 3º as seguintes regras: a) estará vinculado do regime de previdência complementar e submetido ao teto do Regime Geral de Previdência Social – RGPS: a) aqueles servidores que ingressaram no serviço público após a partir da vigência do regime de previdência complementar; e b) aqueles que ingressaram ante a vigência do regime complementar, mas que optarem por vincular ao regime complementar de previdência.

9. A regra, por exclusão, é que os servidores que ingressaram no serviço público antes da vigência do regime de previdência complementar teriam as garantias até então previstas no art. 40 da Constituição, dentre elas não estar submetido ao teto do RGPS.

10. Pois bem, ao interpretar a norma a Administração entendeu que considera para efeito do direito de opção a vinculação da pessoa ao serviço público atual e não o vínculo anterior, ainda que sem perda da continuidade, se o servidor já ostentava essa condição, mas vinculado a outro regime próprio de previdência.

11. Essa interpretação não encontra amparo na Constituição e no texto expresso da própria norma interpretada. Vejamos.

12. A Constituição estabelece o regime de previdência no serviço público e direitos e deveres decorrentes para todos os entes da Federação e respectivos poderes. Bem assim, estabelece requisitos de permanência no serviço público e no cargo. Confira-se:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de *dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo* em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

13. A norma do inciso III é expressa quando exige interstício de dez anos no *serviço público e cinco no cargo* para a aposentadoria voluntária [...] *dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo* [...]. Tal demonstra que se deve considerar a vinculação ao serviço público, compreendido as entidades dos diversos entes da federação e respectivos poderes, devendo para se aposentar no cargo o tempo de cinco anos. O que não se pode é haver rompimento do vínculo, mas a mudança é admitida expressamente pelo texto.

14. Para confirmar essa interpretação o § 16 é novamente expresso:

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver *ingressado no serviço público* até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

15. Para afastar qualquer dúvida os §§ 7º e 8º do art. 3º e do art. 22 da Lei 12.618/2012, objetivando garantir o direito de opção ou não pelo novo regime de previdência, estabelecem novamente a mesma norma:

Art. 3º Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei nº 10.887 de 18 de junho de 2004, aos servidores e membros referidos no caput do art. 1º desta Lei que tiverem ingressado no serviço público:

I - a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, independentemente de sua adesão ao plano de benefícios; e

II - até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, e nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e que exerçam a opção prevista no § 16 do art. 40 da Constituição Federal.

[...]

§ 7º O prazo para a opção de que trata o inciso II do caput deste artigo será de 24 (vinte e quatro) meses, contados a partir do início da vigência do regime de previdência complementar instituído no caput do art. 1º desta Lei.

§ 8º O exercício da opção a que se refere o inciso II do caput é irrevogável e irretratável, não sendo devida pela União e suas autarquias e fundações públicas qualquer contrapartida referente ao valor dos descontos já efetuados sobre a base de contribuição acima do limite previsto no caput deste artigo.

16. Finalmente, para deixar indene de dúvida, a legislação é clara no direito de o servidor contar o tempo de contribuição aos diversos regimes previdenciários para o benefício.

17. Sobre o tema, relevante trazer à colação o § 9º do art. 201 da Constituição Federal, nestes termos:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (grifos do relator)

18. A Lei 12.618/2012 estabelece:

Art. 22. Aplica-se o benefício especial de que tratam os §§ 1º a 8º do art. 3º ao servidor público titular de cargo efetivo da União, inclusive ao membro do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, oriundo, sem quebra de continuidade, de cargo público estatutário de outro ente da federação que não tenha instituído o respectivo regime de previdência complementar e que ingresse em cargo público efetivo federal a partir da instituição do regime de previdência complementar de que trata esta Lei, considerando-se, para esse fim, o tempo de contribuição estadual, distrital ou municipal, assegurada a compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição Federal.

19. Ressalte-se que o servidor público federal, ao tomar posse em novo cargo público, não será compelido a aderir ao novo regime de previdência complementar, principalmente pelo fato de não ter havido ruptura com o serviço público.

20. Dessa forma, os servidores oriundos de outras entidades e órgãos da Administração que ingressaram antes da instituição do regime de previdência complementar de que cuida a Lei 12.618/2012, que não tiveram ruptura de vínculo somente estarão vinculados a esse regime complementar se fizerem expressa opção.

21. Pelo exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 24 de setembro de 2014.

Juiz Federal *Cleberson José Rocha*, relator convocado.

Agravo de Instrumento 0038414-14.2014.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
Agravante: Everaldo de Oliveira Veloso
Advogado: Dr. Emanuel Cândido da Cunha
Agravada: Agência Nacional de Aviação Civil – Anac
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 11/09/2014, pp. 267 - 268

Decisão

Everaldo de Oliveira Veloso interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida em ação de rito ordinário que indeferiu o pedido de antecipação da tutela, por meio do qual objetiva a dispensa da exigência de apresentação do Certificado de Aeronavegabilidade para Exportação (CAE) para fins de expedição de Certificado de Aeronavegabilidade Nacional (CA), a ser emitido pela Anac, visando à regularização da aeronave Cessna 310, número de série 310-031, marca brasileira PP-NFF, importada dos Estados Unidos em novembro de 2009.

O juízo de primeiro grau assim decidiu, indeferindo o pedido, sob o fundamento de que a exigência feita pela Anac encontra amparo no ordenamento jurídico nacional e mais, *“cuida de conferir condições de voo em território nacional as mais seguras possíveis, não sendo a vistoria técnica o único procedimento necessário para atingir aquele mister. Some-se a isso a dúvida lançada pela autoridade administrativa sobre a real condição de aeronavegabilidade da aeronave importada pelo autor [...]”*.

Inconformado, sustenta o agravante que a exigência desse documento não está prevista na Lei 7.565/1986, assim como em nenhum decreto ou tratado internacional, mas somente no regulamento da Anac (Regulamento Brasileiro de Aviação Civil).

Requer, assim, a antecipação da tutela recursal para que seja dispensado da apresentação do CAE à Anac para fins de expedição do Certificado de Aeronavegabilidade Nacional.

É o relatório. Decido.

Com razão a decisão recorrida.

A exigência de imposição de Certificado de Aeronavegabilidade para Exportação (CAE), advinda de norma regulamentar imposta pela Anac, encontra indiscutível legitimidade na legislação aplicável à matéria.

De fato, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986), no art. 114, expressamente estabeleceu que *“Nenhuma aeronave poderá ser autorizada para o voo sem a prévia expedição do correspondente certificado de aeronavegabilidade que só será válido durante o prazo estipulado e enquanto observadas as condições obrigatórias nele mencionadas (arts. 20 e 68, § 2º).”*

Por sua vez, no mesmo dispositivo, já agora no § 1º (art. 114), está previsto que *“são estabelecidos em regulamento os requisitos, condições e provas necessários à obtenção ou renovação do certificado, assim como o prazo de vigência e casos de suspensão ou cassação”*.

Portanto, como se vê, o próprio legislador reservou à Administração, mais especificamente, à entidade que deva gerir o setor o poder de especificar os requisitos, condições e provas para que seja deferida a autorização de voo.

A Lei 11.182/2005 conferiu amplos poderes de regulação e regulamentação do setor de aviação civil no Brasil, dentre os quais evidentemente situam-se as exigências agora arrostadas pelo agravante, cito:

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

[...]

VII – regular e fiscalizar a operação de serviços aéreos prestados, no País, por empresas estrangeiras, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil;

[...]

IX – regular as condições e a designação de empresa aérea brasileira para operar no exterior;

X – regular e fiscalizar os serviços aéreos, os produtos e processos aeronáuticos, a formação e o treinamento de pessoal especializado, os serviços auxiliares, a segurança da aviação civil, a facilitação do transporte aéreo, a habilitação de tripulantes, as emissões de poluentes e o ruído aeronáutico, os sistemas de reservas, a movimentação de passageiros e carga e as demais atividades de aviação civil;

XI – expedir regras sobre segurança em área aeroportuária e a bordo de aeronaves civis, porte e transporte de cargas perigosas, inclusive o porte ou transporte de armamento, explosivos, material bélico ou de quaisquer outros produtos, substâncias ou objetos que possam pôr em risco os tripulantes ou passageiros, ou a própria aeronave ou, ainda, que sejam nocivos à saúde;

XII – regular e fiscalizar as medidas a serem adotadas pelas empresas prestadoras de serviços aéreos, e exploradoras de infra-estrutura aeroportuária, para prevenção quanto ao uso por seus tripulantes ou pessoal técnico de manutenção e operação que tenha acesso às aeronaves, de substâncias entorpecentes ou psicotrópicas, que possam determinar dependência física ou psíquica, permanente ou transitória;

XIII – regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos;

[...]

XXI – regular e fiscalizar a infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos;

[...]

XXX – expedir normas e estabelecer padrões mínimos de segurança de voo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive quanto a equipamentos, materiais, produtos e processos que utilizarem e serviços que prestarem;

XXXI – expedir certificados de aeronavegabilidade;

XXXII – regular, fiscalizar e autorizar os serviços aéreos prestados por aeroclubes, escolas e cursos de aviação civil;

Como se vê, o art. 8º da referida Lei 11.182/2005, no seu inciso XXX, expressamente, conferiu à agência o poder de *“expedir normas e estabelecer padrões mínimos de segurança de voo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive quanto a equipamentos, materiais, produtos e processos que utilizarem e serviços que prestarem”*.

Assim, não se pode negar que a Anac tinha o poder de regulamentar a matéria, não se podendo, outrossim, acoimar de desrazoável a exigência do Certificado de Aeronavegabilidade para Exportação (CAE).

Grosso modo, aeronavegabilidade (do inglês; *airworthiness*) traduz a capacidade de uma aeronave realizar um voo seguro ou navegar com segurança ao transportar pessoas, bagagens ou cargas ou para a realização de serviços aéreos especializados. Essa propriedade ou capacidade é reconhecida pelo órgão governamental responsável por meio da concessão de um certificado de aeronavegabilidade.

Para a emissão do certificado de aeronavegabilidade, por sua vez, devem ser cumpridos os requisitos dispostos no Regulamento Brasileiro da Aviação Civil – RBAC 21 (que trata da certificação de produto aeronáutico), aprovado pela Resolução 143, de 17 de março de 2010:

21.183 Emissão de certificado de aeronavegabilidade padrão para aeronaves categorias normal, utilidade, acrobática, transporte regional ou transporte e para balões livres tripulados e aeronaves de classe especial [...].

[...]

(c) Aeronaves importadas. O requerente de um certificado de aeronavegabilidade padrão para uma aeronave importada faz jus a esse certificado se a aeronave possuir ou tiver sido isentada de um certificado de tipo conforme a seção 21.29, se a aeronave possuir um certificado de aeronavegabilidade para exportação, emitido pela autoridade de aviação civil do país exportador, e se a ANAC considerar que a aeronave está conforme o projeto de tipo e apresenta condições de operação segura.

O Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica – RBHA 47, que disciplina o funcionamento e atividades do sistema de Registro Aeronáutico Brasileiro (Sisrab), aprovado pela Portaria 350/DGAC de 7 de outubro de 1992, e alterações posteriores, esclarece ainda:

47.87-AERONAVE HOMOLOGADA IMPORTADA

Deve ser considerada para os pedidos de matrícula e nacionalidade, e para a emissão dos certificados de matrícula e de aeronavegabilidade, a juntada da seguinte documentação:

[...]

(q) Original do certificado de aeronavegabilidade para exportação (“export certificate of air-worthiness” ou documento equivalente) emitido pelas autoridades aeronáuticas do país de onde a aeronave foi importada. Não são aceitas cópias ou “fac-simile” desse documento;

Nada mais natural que a autoridade do Estado importador querer se certificar se o país em que a aeronave foi fabricada, de fato, expediu o referido certificado, reconhecendo, de acordo com as regras do país em que a aeronave foi produzida, a sua completa submissão às suas próprias regras. Por isso que os países têm exigido que “as autoridades aeronáuticas competentes do Estado exportador certifiquem que um produto fabricado naquele Estado está de acordo seja com suas leis, regulamentos e requisitos aplicáveis, bem como quaisquer requisitos adicionais que tenham sido estabelecidos pelo Estado importador”.

Nesse sentido, a exigência do CAE é de extrema importância para a segurança do espaço aéreo brasileiro, porque impede que aeronaves que estão impedidas de voar em seu país de origem, seja por qual motivo for, sejam de lá trazidas e aqui recuperadas, não se tratando, portanto, de uma mera questão burocrática atinente à nacionalidade, mas um documento que diz respeito ao controle de aeronavegabilidade de uma aeronave e à possível responsabilização do país emissor.

Ademais, no caso da aeronave do agravante, sem o CAE, ele não se desincumbiu do ônus de demonstrar a rastreabilidade da situação técnica de sua aeronave.

Diante desse contexto, deduz-se que o agravante assumiu o risco ao descumprir um requisito para a emissão do CA. O simples fato de ter conseguido fazer a matrícula da aeronave em solo brasileiro — matrícula esta feita porque ele afirmou à Anac que queria apenas o registro, sem a aeronavegabilidade, — não o habilita a descumprir nenhum dos requisitos necessários para a expedição do referido certificado.

Nem mesmo a Vistoria Técnica Inicial – VTI da aeronave substitui a apresentação do CAE, porque é um complemento para atestar a aeronavegabilidade da aeronave. Tanto a vistoria quanto a apresentação do CAE fazem parte do procedimento usual e regulamentar da Anac para emissão de CA para aeronaves importadas usadas.

Diante de tais fundamentos, por não estarem presentes os pressupostos que autorizam a concessão da medida liminar postulada, *indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal*.

Intime-se a agravada para, querendo, apresentar resposta (CPC, art. 527, V).

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 1º de setembro de 2014.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

Agravo de Instrumento 0054024-22.2014.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
Agravante: Inframérica Concessionária do Aeroporto de Brasília S/A
Advogados: Dr. Murilo de Oliveira Abdo e outro
Agravado: Departamento de Estradas de Rodagem do Distrito Federal – DER/DF
Procurador: Dr. Marco Aurélio Alves de Oliveira
Publicação: e-DJF1 de 1º/10/2014, pp. 355 - 356

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, de decisão que indeferiu o pedido de liminar, para suspender os efeitos do Ofício 62/2014 – Didom/DER/DF e dos Autos de Notificação 472 e 490/GRFAD, permitindo, assim, que continue explorando o estacionamento do Terminal 2 do Aeroporto Internacional de Brasília, até o julgamento da Ação Cautelar 0049712-85.2014.4.01.3400/DF.

Alega a agravante que, “além da ordem para remoção, o DER/DF também determinou o pagamento da taxa que entende devida pela ocupação, o que reforça o argumento [...] de que o órgão distrital não tem qualquer prejuízo com a permanência da exploração da área, [...] uma vez que, caso tenha sucesso na demanda, poderá cobrar [...] o valor que entende devido”.

Sustenta que a notificação em questão estabeleceu uma data para seu perecimento, qual seja, dia 27/09/2014, quando terminará o prazo concedido pelo agravado para desocupação da área e estará sujeita a uma operação de remoção por parte do órgão, interrompendo a prestação de serviços públicos de passageiros.

Aduz que identificou, na página da internet da Anac, o Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental divulgado na Audiência Pública 16/2011, que foi parte do processo de Licitação e Concessão do Aeroporto Internacional de Brasília, no qual citava expressamente o estacionamento do Terminal 2 como parte do sítio aeroportuário, ou seja, patrimônio da União Federal afetado à prestação de serviços públicos aeroportuários e, portanto, parte do bem concedido à agravante.

Esclarece também que

[...] a partir do novo elemento aqui apresentado confirma-se mais uma vez a tese de que a via de acesso ao aeroporto é um bem público federal de uso especial, também não havendo como falar-se em faixa de domínio, fazendo toda essa área parte do sítio aeroportuário e não pertencendo, portanto, ao sistema rodoviário do DF submetido à competência do DER/DF [...].

É o relatório. Decido.

Não assiste razão à agravante.

A própria União, às fls. 375 do processo digital, confirma o domínio do Distrito Federal, dizendo que “[...] a rodovia em questão está posta em diversos documentos públicos (Decretos Distritais) como Rodovia Distrital desde 1964, como já visto acima, integrando o Sistema Rodoviário Distrital [...]”.

Não obstante a União, em diversas passagens, tenha afirmado que a área em disputa é, incontestavelmente, de domínio do Distrito Federal e, mais do que isso, como bem de uso comum seja inalienável, de forma extraordinária, ao final de sua manifestação, afirma que não existe dúvida quanto ao direito da concessionária de explorar a área. Confira-se:

[...] Verifica-se, portanto, que a Lei conferiu às estradas natureza jurídica de bens públicos de uso comum do povo. Mais que isso, dispôs sobre a inalienabilidade de tais bens [...].

[...] Ora, a rodovia em questão está posta em diversos documentos públicos (Decretos Distritais) como Rodovia Distrital desde 1964, como já visto acima, integrando o Sistema Rodoviário Distrital [...].

[...] Por fim, cumpre consignar que não está em discussão o direito de exploração comercial da área em questão, o que é incontestado [...].

[...] Sendo assim, é certo que a concessionária pode explorar comercialmente a área em questão, sujeitando-se a eventuais restrições administrativas ou insurgindo-se contra elas, caso entenda abusivas pelos meios administrativos ou judiciais postos a sua disposição. Pode, ainda, explorar a mesma atividade em outra área sobre a qual não incidam tais restrições [...] (grifos acrescidos)

Ora, se a própria União reconhece que o bem é de domínio público do Distrito Federal, não poderia, por evidente, conferir o poder de outorgar a outrem a sua exploração econômica.

Dizendo de outro modo, ou o bem de uso comum é da União — e ela o destaca mediante desafetação para conceder a sua exploração econômica — ou, diversamente, o bem é do Distrito Federal e, obviamente, a União não teria poder de transferir a sua exploração econômica à agravante.

Além do mais, a orientar a solução da questão agora sob nossa consideração, deve-se anotar que o art. 36, da Lei 7.565/1986, estabelece que os aeroportos, conformando universalidades, são *patrimônios autônomos independentes do domínio onde estão situados*. Por sua vez, o art. 38 da mesma lei estabelece que os aeroportos são universalidades equiparadas a bens públicos federais, ressalvando que os estados e municípios, assim como entidades da Administração indireta e particulares, poderão contribuir com imóveis ou bens para a construção de aeroportos, *mediante a constituição de patrimônio autônomo que será considerado como universalidade* (cito):

Art. 36, § 5º Os aeródromos públicos, enquanto mantida a sua destinação específicas pela União, constituem universalidades e patrimônios autônomos, independentes do titular do domínio dos imóveis onde estão situados (artigo 38).

[...]

Art. 38. Os aeroportos constituem universalidades, equiparadas a bens públicos federais, enquanto mantida a sua destinação específica, embora não tenha a União a propriedade de todos os imóveis em que se situam.

§ 1º Os Estados, Municípios, entidades da Administração Indireta ou particulares poderão contribuir com imóveis ou bens para a construção de aeroportos, mediante a constituição de patrimônio autônomo que será considerado como universalidade.

Portanto, por expressa disposição legal, os demais entes federativos poderão contribuir com imóveis ou bens de seu domínio. Assim, não se identifica a existência de qualquer norma que obrigue os demais membros da federação a entregar o seu patrimônio para a conformação da universalidade em que se converterá o patrimônio dos aeroportos. Pelo contrário, as demais entidades federativas (estados, municípios e DF) *poderão contribuir*, mas não serem obrigadas a tanto, uma vez que a expressão "*poderão contribuir*" traduz liberdade de disposição e vontade, e *não compulsoriedade*. Aliás, nem poderia ser de outra forma, pois a União não tem o poder de, sem mais, expropriar os bens dos outros entes da Federação.

Além disso, a contribuição que os outros entes possam fazer deve se verificar "*mediante a constituição de patrimônio autônomo que será considerado como universalidade*" (art. 38, §1º, Lei 7.565/1986). No caso presente, em nenhum momento a Anac, ou Distrito Federal, noticiou que uma tal providência tenha sido tomada. Pelo contrário, a Anac como o DER-DF vieram aos autos, como se viu, para certificar que a área em disputa era e continua sendo de domínio do Distrito Federal.

Salvo melhor juízo, nesse ponto, o parecer do Professor Eros Grau não tem a menor adequação para o caso em discussão, pois não se trata de saber quais normas quanto à administração do bem, se federais ou distritais, são aplicáveis à espécie, mas sim de saber a quem pertence a área cuja exploração pretende-se outorgar.

Também não vem ao caso a discussão sobre o conteúdo do edital de licitação em que concedida a exploração do aeroporto. De fato, pouco importa se a União incluiu ou não nos documentos que precederam à concessão, inclusive no edital, a área sob discussão, pois, sendo a área do DF, a certeza que se tem é que ela não poderia ter sido outorgada pela União para sua exploração econômica.

Qualquer lesão aos interesses da agravante, por indevida configuração do edital, há de se resolver ou em perdas e danos, ou no reequilíbrio econômico-financeiro entre a União e a concessionária. Em outras palavras, ainda que indevidamente constasse do edital, tal fato dever-se-ia resolver entre a União e a agravante, e jamais com uma inadmissível alienação em favor da União, do patrimônio do DF da área em questão.

Portanto, se o próprio poder concedente, por intermédio da Anac, afirma que o bem é de patrimônio do DF, a sua exploração econômica fica evidentemente submetida, na ausência de legislação em contrário, à inteira discricionariedade das autoridades do DF.

Diante do exposto, por não estarem presentes os pressupostos que autorizam a concessão da medida, *indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal*.

Intimem-se os agravados para, querendo, apresentarem resposta (CPC, art. 527, V).

Publique-se, Intime-se.

Brasília, 26 de setembro de 2014.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

Agravado de Instrumento 0053977-48.2014.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)
 Agravante: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT
 Procuradora: Dra. Larissa Suassuna Carvalho Barros
 Agravado: Hollus Serviços Técnicos Especializados Ltda.
 Advogados: Dr. Marco Antônio Meneghetti e outros
 Agravado: Astep Engenharia Ltda.
 Publicação: e-DJF1 de 07/10/2014, pp. 334 - 335

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Departamento Nacional de Infraestrutura (DNIT) de decisão em que, nos autos de mandado de segurança impetrado por Hollus Serviços Técnicos Especializados Ltda. e Astep Engenharia Ltda. contra ato atribuído ao coordenador-geral de cadastro e licitações da Diretoria Executiva do Departamento Nacional da Infraestrutura de Transportes (DNIT), foi deferida liminar, nos seguintes termos:

Pretende a impetrante que seja suspensa, até o término do julgamento do recurso administrativo, a aplicação imediata dos efeitos da condenação que lhe foi aplicada após o julgamento em primeira instância do Processo Administrativo nº 50600.049948/2014-86 (fl. 364), considerando que há instrução normativa que dispõe nesse sentido. Requer também o deferimento da participação em procedimentos licitatórios.

De fato, a decisão proferida pela autoridade impetrada contraria disposição de instrução normativa do próprio DNIT.

No presente caso, a decisão impugnada foi proferida pelo Coordenador Geral de Cadastro e Licitações da Diretoria Executiva do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, no uso das atribuições constantes dos incisos II e X, do art. 20 do Regimento Interno do DNIT e § 2º, do art. 5º, da Instrução Normativa DG nº 01/2013.

Confira-se o dispositivo:

RESOLUÇÃO Nº 10 , DE 31 DE JANEIRO DE 2007

Art. 20 À Coordenação-Geral de Cadastro e Licitações, subordinada à Diretoria Executiva, compete:

[...]

II – manter, coordenar e controlar o Sistema de Avaliação de Desempenho das empresas contratadas pelo DNIT, promovendo as devidas anotações no registro cadastral e tomando as providências necessárias para penalizar as empresas, quando for o caso;

[...]

X – elaborar e zelar pela legalidade e eficiência de todas as normas, instruções de serviço, editais e demais documentos referentes à processos de licitação do DNIT.

Instrução Normativa DG nº 01/2013

Art. 5º A autoridade competente que identificar irregularidades na participação em procedimento licitatório, na execução contratual dos projetos, serviços ou obras deverá solicitar instauração de Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade - PAAR ao Chefe do Setor de Cadastro e Licitações de sua Superintendência ou ao Coordenador-Geral de Cadastro e Licitações quanto às irregularidades cometidas em licitações ou contratos na sede, localizada em Brasília, visando à apuração de responsabilidade de fornecedor.

[...]

§ 2º Na sede do DNIT, a competência para proferir decisão em Primeira instância é do Coordenador-Geral de Cadastro e Licitações;

Da leitura dos artigos acima transcritos, depreende-se que a decisão publicada no dia 09/09/2014 (fl. 364) foi proferida em primeira instância, por ter sido o Coordenador-Geral de Cadastro e Licitações seu prolator.

Assim sendo, não poderia aquela decisão ter determinado que a sanção de impedimento de licitar e contratar pelo período de 01 ano passasse a valer a partir da publicação da decisão de primeira instância, pois, de fato, a alínea f, do inciso IV, do art. 7º, da Instrução Normativa DG nº 01, de 25/11/2013, prevê que apenas “Após o exaurimento da fase recursal, a aplicação da sanção será formalizada por meio da publicação no Diário Oficial da União [...]”.

Ante o exposto, *defiro parcialmente a liminar* para determinar que o impetrado suspenda os efeitos da decisão juntada à fl. 364.

Consequentemente, *a autoridade impetrada deverá providenciar que o Superintendente Regional do DNIT nos Estados de Goiás e DF seja cientificado, até o horário da realização do Pregão nº 469/2014, de que não poderá impedir a participação da impetrante no Pregão 469/2014 tendo como fundamento a decisão suspensa.*

A decisão em comento também acabou por tolher a participação do impetrante no procedimento licitatório RCD Eletrônico nº 10/2014, pois, ainda que houvesse decisão liminar deferida antes do início dos trabalhos (assinada às 14h53, conforme certidão de fl. 499), o impetrante peticionou informando que a decisão não foi cumprida a tempo de impedir a realização dos lances. Relatou, ainda, que protocolou petição, às 17h56 do dia 11/09/2014, informando à autoridade impetrada o deferimento de decisão liminar, mas a mesma optou por não suspender o certame, o qual se encontra na situação “julgado e habilitado com intenção de recurso”, conforme ata juntada às fls. 508/510.

Assim, em respeito à liminar anteriormente proferida (fls. 496/498) e, havendo indícios fortes de ilegalidade na decisão de fl. 364, *Também defiro a Liminar para determinar a suspensão do certame RCD Eletrônico nº 10/2014*, sob pena de responsabilidade pessoal, até decisão em contrário deste Juízo, que ocorrerá após a oitava da impetrada e do litisconsorte passivo (empresa habilitada).

[...]

Alega-se que:

a) “o MM. Juiz de 1º grau proferiu a decisão em apreço sob a crença de que a Instrução Normativa DG 01, de 25/11/2013 (em anexo), prevê que a sanção somente pode ser aplicada pelo DNIT após o exaurimento da fase recursal. Tal premissa, em verdade, está equivocada, tendo o douto juízo a quo sido induzido a erro, senão vejamos. / A Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos (Lei 8.666/1993) não prevê efeito suspensivo ao recurso interposto contra a decisão de imposição de penalidade em primeira instância. O art. 109, § 2º, da referida Lei, apenas atribui efeito suspensivo às irrisignações em desfavor das medidas elencadas nas alíneas a e b do inciso I do dispositivo, quais sejam, habilitação ou inabilitação do licitante e julgamento das propostas, respectivamente. A letra f do preceptivo – aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa – se subsume à parte final da norma veiculada pelo § 2º do art. 109, outorgando-se à autoridade competente a faculdade de conferir o aludido efeito por ocasião da interposição do recurso administrativo, quando presentes razões de interesse público e mediante decisão motivada”; b) “nos termos do art. 61 da Lei 9.784/1999, o recurso administrativo não possui efeito suspensivo. As empresas Impetrantes, muito curiosamente, omitiram ao juízo o disposto no art. 7º, inciso III, da referida Instrução Normativa DG 001/2013, alterada pela Instrução Normativa DG 03/2013 (em anexo), a qual versa que ‘proferida a decisão a que se refere o inciso anterior, o fornecedor será intimado por escrito acerca da aplicação ou não da penalidade, garantindo-lhe o prazo de até 5 dias úteis contado da data da publicação da respectiva decisão no DOU’. Da leitura de tal dispositivo, infere-se com clareza que os efeitos da decisão que aplica penalidade se iniciam desde logo, sendo desnecessária a espera pelo esgotamento das instâncias administrativas para, só então, tornar efetiva a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de licitar. Em verdade, o art. 7º, inciso IV, alínea f, da Instrução Normativa DG 001/2013, aduzido como violado pelo ato apontado como coator, apenas assenta uma formalidade extra à decisão que esgota a fase recursal, prescrevendo a sua publicidade no Diário Oficial da União. Formalização da decisão não significa início da produção dos efeitos que lhe são inerentes. Ademais, tal norma, de caráter infralegal, jamais poderia modificar o termo inicial da eficácia da sanção administrativa, a qual se dá desde logo, ex vi art. 109, § 2º, da Lei 8.666/1993 e art. 61 da Lei 9.784/1999, acima citados”; c) “a reforçar o erro *in judicando* da decisão agravada, convém informar a esse E. Tribunal, ainda, que a penalidade aplicada pelo DNIT - sanção de impedimento de licitar e contratar com o DNIT e com toda a Administração Pública Federal pelo prazo de um ano –, para além de contar com todo o respaldo jurídico, é aplicada pela segunda vez às empresas Impetrantes”; d) “não se pode admitir a manutenção desse contexto, respaldando a manutenção das empresas Impetrantes em licitações públicas à míngua de sua regularidade com o Poder Público. Tal situação desmoraliza a Administração Pública e prejudica sobremaneira o regular andamento dos certames referidos na exordial, razão pela qual se impõe a reforma da decisão agravada”.

Decido.

Assiste razão ao agravante.

Esgotamento da instância recursal não é requisito de validade ou de eficácia de decisão.

Sobre as decisões impetradas, poder-se-ia perscrutar sobre vício de competência. Todavia, do que há nos autos, isso não foi submetido a controle.

No mais, nem a Lei 8.666/1993, nem a Lei 10.520/2002, nem a Lei 9.784/1999 — subsidiariamente — preveem atribuição *automática* de efeito suspensivo a recurso interposto, em sede de licitação, contra pena de inidoneidade/vedação de contratação com a Administração.

E sobre a justeza/adequação do efeito suspensivo, em si, no caso concreto, não há como perscrutar, porquanto as razões da impetração não se debruçam sobre a legitimidade ou legalidade das penas aplicadas, volvendo, em destaque, vícios de ordem formal.

A propósito, contrariamente à possível ilegalidade das penas, há a afirmação de que as impetrantes-agravadas são reincidentes nas faltas contratuais.

São relevantes, pois, os fundamentos do agravo de instrumento.

Defiro, por isso, o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se.

Proceda a Coordenadoria da Quinta Turma nos termos do art. 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

Oferecida(s) a(s) resposta(s) ou decorrido o prazo, dê-se vista ao Ministério Público Federal – PRR 1ª Região.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 30 de setembro de 2014.

Juiz Federal *Márcio Barbosa Maia*, relator convocado.

Suspensão de Execução de Sentença 0053431-90.2014.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Presidente
 Requerente: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Requerido: Juízo Federal da 2ª Vara – RO
 Autor: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Rondônia – OAB/RO
 Procurador: Dr. Breno Dias de Paula
 Publicação: e-DJF1 de 02/10/2014, pp. 7-9

Decisão

A União (Fazenda Nacional) requer a suspensão da liminar deferida, em 20/08/2014, pelo MM. juiz federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Rondônia, nos autos do Mandado de Segurança 0011209-63.2013.4.01.4100, nos seguintes termos, que destaco:

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, ajuizado pela *Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Rondônia/OAB-RO*, qualificada nos autos, via de advogado constituído, contra ato do *Delegado da Receita Federal do Brasil em Porto Velho/RO*, objetivando suspender eficácia e aplicação da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil, n. 807, de 27 de dezembro de 2007, para os advogados e sociedades de advogados inscritos na seccional da OAB/RO, determinando a suspensão do envio de informações protegidas pelo sigilo bancário (movimentações financeiras), à Receita Federal do Brasil, quanto a estes; impedir a aplicação da Lei Complementar n. 105/2001, a fim de evitar a quebra de seu sigilo bancário.

Afirma, em síntese, que o dispositivo legal em que alicerçada a pretensão da Administração Fazendária (art. 5º da LC n. 105/2001) foi declarado inconstitucional em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE 389.808/PR), não podendo mais subsistir a instrução normativa por malferir o princípio constitucional do direito à privacidade (art. 5º, XII, CF/88).

Diz que os advogados e as sociedades de advogados não podem sofrer os efeitos daquela instrução normativa patentemente inconstitucional.

Juntou documentos (fls. 10-14).

A liminar foi indeferida (fls. 30-32), a qual se interpôs agravo de instrumento (fls. 39/50).

Notificada (fl. 51), a autoridade eleita como coatora deixou transcorrer “*in albis*” o prazo reservado para informações (fl. 53).

O Ministério Público Federal/MPF opinou pela denegação da segurança (fls. 68-78).

É o relatório. *Decido*.

Fundamentação.

Versa a presente controvérsia acerca da constitucionalidade das normas que permitem a quebra dos sigilos bancário e fiscal, independentemente de autorização judicial.

O sigilo previsto no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal protege as informações e os dados bancários das pessoas físicas e jurídicas. Aludido sigilo não é absoluto, mas os casos que excepcionam a regra geral devem estar previstos em lei.

Nesse sentido, a quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico constitucional brasileiro, necessita apoiar-se em decisão revestida de fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fático idôneo, sob pena de invalidade do ato estatal que a decreta.

Assim, não cabe a legitimação de outorga de poder a qualquer órgão estatal para que passe a desempenhar atribuição exclusiva do Poder Judiciário, sob pena de violação dos princípios do juiz natural, duplo grau de jurisdição, independência e autonomia dos poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

É dizer, a razão do preceito constitucional mostra-se unicamente a de resguardar o cidadão de atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo em sua dignidade, permitindo-se, pois, que a ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa, quando ausentes as hipóteses configuradoras de causa provável, se revele incompatível com o modelo consagrado pela Carta Magna.

Acerca da temática, o Supremo Tribunal Federal/STF, por seu Plenário, declarou ser inconstitucional disposição legal (Lei n. 9.311/1996, LC n. 105/2001 e Decreto n. 3.724/2001) que autoriza a órgão da administração o acesso a informações protegidas por sigilo constitucional sem ordem emanada do Judiciário, incluindo-se nestas, dados de natureza bancária.

Nesse sentido, o precedente do Supremo Tribunal Federal/STF:

“SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. *Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.* (RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP- 00218 RTJ VOL-00220- PP-00540)”. (grifou-se).

Acompanhando este entendimento, há julgado da oitava turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região/TRF-1 e do plano do Tribunal Regional Federal da 5ª Região/TRF-5, respectivamente:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001. INCONSTITUCIONALIDADE. STF. PLENÁRIO. APLICAÇÃO DA IN N. 802/2007 DA RECEITA FEDERAL AFASTADA. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA CONCEDIDA. [...] 2. O Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, declarou ser inconstitucional disposição legal (Lei n. 9.311/1996, LC n. 105/2001 e Decreto n. 3.724/2001) que autoriza a órgão da administração o acesso a informações protegidas por sigilo constitucional sem ordem emanada do Judiciário, incluindo-se nestas, dados de natureza bancária (RE 389.808, Relator Min. Marco Aurélio, DJ de 09/05/2011). [...] 4. A inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário com fulcro na LC n. 105/2001, sem reserva de jurisdição, não pode alicerçar instrução normativa editada pela Receita Federal do Brasil para obrigar às instituições financeiras a prestar semestralmente informações financeiras superiores a determinados valores (IN n. 807/2007 da Receita Federal), tanto em relação à pessoa física, quanto jurídica. [...] (AMS 200832000015695, JUIZ FEDERAL CLODOMIR SEBASTIÃO REIS (CONV.), TRF1 - OITAVA TURMA, e-DJF1 DATA:25/10/2013 PAGINA:589.)”. (grifou-se).

“CONSTITUCIONAL. EMBARGOS INFRINGENTES. LANÇAMENTO PERPETRADO ATRAVÉS DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, O QUAL FOI DECIDIDO EXCLUSIVAMENTE PELA AUTORIDADE FISCAL (LC 105/2001). 1. O Plenário do STF, apreciando o Recurso Extraordinário 389808 - PR, deliberou no sentido da inconstitucionalidade da norma que permite ao Fisco, na instrução de ações que empreenda, obter das instituições financeiras dados bancários dos contribuintes sem intervenção judicial (LC nº 105/2001). [...] (EAC 0008080202011405830001, Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, TRF5 - Pleno, DJE - Data::25/09/2013 - Página: 59.)”. (grifou-se).

Enfim, a despeito do indeferimento da liminar por conta da controvérsia da matéria, nada impede a concessão da segurança no momento da sentença, em que se tem julgamento à base de um exame exauriente da causa, possibilitando-se, assim, alcançar o resultado mais adequado para a demanda, que no caso é a conclusão pela inconstitucionalidade da norma que possibilita a quebra de sigilo bancário diretamente pela Autoridade Fiscal, por inobservar o princípio magno da reserva de jurisdição.

Dispositivo.

Em face ao exposto, *Concedo* a segurança, para *Declarar*, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 105/2001, e, por arrastamento, da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil, n. 807, de 27 de dezembro de 2007, bem como para *Declarar*, por consequência da inconstitucionalidade, o direito dos advogados e das sociedades de advogados com registro na OAB/RO de não terem seu sigilo bancário quebrado diretamente pela Autoridade Fiscal, nem de sofrer os efeitos de referida Instrução Normativa, quanto ao envio de informações protegidas pelo sigilo bancário (movimentações financeiras) à Receita Federal do Brasil.

Sem *Honorários Advocáticos* (art. 25 da Lei n. 12.016/2009). *CUSTAS iniciais* em reembolso pela Impetrada (parte final do parágrafo único do art. 4º da Lei n. 9.289/96). *CUSTAS finais* isentas (art. 4º, I e § único da Lei n. 9.289/96).

Vista da sentença ao Ministério Público Federal/MPF.

Sentença sujeita a *Reexame Necessário*, de acordo com o § 1º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009.

Transitando em julgado a sentença, *remetam-se* os autos ao e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região/TRF-1.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Porto Velho/RO, 09 de julho de 2014.

Alega a Fazenda Nacional que se trata de mandado de segurança através do qual a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Rondônia (OAB/RO) requer a suspensão do envio de informações, supostamente protegidas pelo sigilo bancário (movimentações financeiras), à Receita Federal do Brasil, bem como a não aplicação da Lei Complementar 105, de 2001, a fim de evitar preservar o sigilo em relação a engenheiros, arquitetos, agrônomos e sociedades vinculados à entidade.

Afirma que, ao afastar imediatamente os efeitos da Instrução Normativa 802/2007, e até mesmo a LC 105/2001, o juízo de 1º Grau, além de provocar um concreto e perigoso efeito multiplicador, possibilitou reais e graves prejuízos à economia e à ordem públicas, que autorizam a utilização da presente suspensão de liminar.

Aponta a ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas e que a pretensão da requerente volta-se ao controle político da sentença que concedeu a segurança em primeiro grau de jurisdição, observando-se a necessidade de preponderância do interesse público sobre o privado.

Destaca que não busca discutir o mérito da ação mandamental, nem tampouco a presente suspensão está sendo utilizada como sucedâneo recursal, estando o requerimento fundamentado no art. 15 da Lei 12.016/2009 e no art. 321 do RI/TRF 1ª Região.

Assevera que a decisão provoca:

[...] a) *grave ameaça à ordem*, uma vez que o plexo de obrigações acessórias, hoje editadas com substrato no art. 145, § 1º, da Constituição e no art. 113 do Código Tributário Nacional, é um dos pilares que garantem ao País fluxo contínuo de arrecadação espontânea, equivalente a 96% dos recolhimentos tributários; b) *grave ameaça à economia pública*, pois o atraso nas providências de fiscalização adotadas pela Administração retardará ainda mais o pagamento dos créditos tributários líquidos e certos que, ante a supressão de substancial atribuição fiscalizadora, seriam constatados como devidos; c) *potencial efeito multiplicador*, já que sua fundamentação pode se reproduzir num número indefinido de casos, bem como poderá servir de referência para que outros magistrados venham a decidir no mesmo sentido [...] (fls. 9-10).

Sustenta, no que tange à ordem pública, que a desobrigação do repasse de dados pelas instituições financeiras ao Fisco causa um gravíssimo impacto em todo o sistema tributário nacional, eis que o acesso aos dados bancários sempre foi uma importante ferramenta de auditoria fiscal, utilizado pelo Fisco bem antes da atual Constituição Federal.

Argumenta que

[...] os deveres instrumentais que são prestados diretamente pelos contribuintes ou por terceiros vinculados ao fato ou negócio jurídico considerado relevante pela lei tributária, são fundamentais no sistema do lançamento por homologação. Sem as declarações prestadas e, mais ainda, *sem o cruzamento e comparação dessas declarações, o sistema do lançamento por homologação não se sustentaria, pois seria impossível que as autoridades fiscais verificassem a matéria tributável* [...] (fl. 11). [E continua,] [...] *esse plexo de obrigações acessórias, hoje com substrato no art. 145, § 1º, da Constituição e no art. 113 do Código Tributário Nacional é um dos pilares que garantem ao País fluxo contínuo de arrecadação espontânea, equivalente a 96% da arrecadação tributária, espontaneidade que está diretamente ligada à real percepção do risco pelo contribuinte faltoso* [...] (fls. 11-12).

Sustenta ainda que, consoante entende o Supremo Tribunal Federal, insere-se no conceito de ordem pública o bom funcionamento dos órgãos administrativos, de modo que a sua obstrução, por decisão judicial, autoriza a utilização, pelo Poder Público, da via excepcional da suspensão de liminar.

Assim, pondera a requerente,

[...] *inviabilizar esse cotejamento de informações prestadas por terceiros é atribuir contornos de presunção absoluta à declaração prestada ao Fisco, fato que não encontra substrato na realidade e que impediria a própria função de fiscalização tributária da Administração*. No caso, percebe-se que a decisão judicial, ao inviabilizar a obtenção de dados pela via administrativa, impõe ao Fisco o dever de buscar os dados exclusivamente através de medidas judiciais junto ao já asoberbado Poder Judiciário [...] (fl. 14).

Afiança, quanto à grave lesão à economia pública, que,

[...] atualmente, as informações consolidadas sobre movimentações financeiras prestadas à Receita Federal são fundamentais para a identificação de indícios relevantes de infração à lei tributária. Nesse sentido, apenas com relação ao limite territorial abarcado pela decisão de primeiro grau e no que toca a ações fiscais já programadas para o ano de 2014, o valor que deixará de ser recolhido aos cofres públicos supera os R\$ 17.500.000,00 (dezessete milhões e quinhentos mil reais) [...] (fl. 15).

Destaca que limitar ou inibir o recolhimento de valores vultosos de tributos em favor da Fazenda Pública provoca séria lesão às finanças e à economia públicas.

Afirma ainda que a decisão tem potencial efeito multiplicador, uma vez que se trata de conselho profissional representante de mais de nove mil profissionais cadastrados, entre pessoas físicas e jurídicas, notadamente em face de inúmeras outras categorias que podem se valer do precedente para “destruir uma disciplina tributária séria e profundamente analisada, executada com lastro na Constituição da República e nas leis que regulamentam a matéria” (fl. 19).

Assevera que a determinação contida na Instrução Normativa 802/2007 implica cruzamento de dados fornecidos pelos diversos contribuintes, para que a Receita Federal inicie a fiscalização, sem identificação da origem e do destino dos recursos, não se constituindo em quebra de sigilo bancário. A apuração e a classificação das informações e dos cadastros obtidos pela Receita Federal, para verificação de indícios de redução ou supressão do pagamento de tributos, inserem-se, pois, na atuação preventiva do Fisco.

Argumenta que “o só fato de a informação ter como fonte uma instituição financeira, de per si, não é fundamento para que se lhe dê a alcunha de dado bancário, de informação protegida por um direito constitucional fundamental” (fl. 25). A LC 105/2001 tratou diferentemente dos conceitos de igualdade e intimidade, para em seu art. 6º abordar a disciplina em relação ao exame dos documentos bancários que possuem dados de contribuinte que tiver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, enquanto o seu art. 5º cuida de obtenção de informação necessária ao início da fiscalização, sem individualizar o contribuinte ou sem sequer ter sido aberto processo administrativo.

Ressalta que o Supremo Tribunal Federal não concedeu medida cautelar para afastar a eficácia dos dispositivos da LC 105/2001 que regem a matéria e, não obstante o precedente mencionado na decisão de primeira instância, o referido julgado ainda não transitou em julgado, visto que se encontram pendentes de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional. Aponta ainda a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos TRFs que proclama a legitimidade da mencionada lei complementar.

Requer, dessa forma, a suspensão dos efeitos da decisão que deferiu a liminar até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança 0008566-98.2014.4.01.3300/RO.

Decido.

A suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992 e no art. 15 da Lei 12.016/2009 é medida de contracautela concedida tão somente para evitar que, do cumprimento da decisão de primeira instância, resulte grave lesão à ordem, à economia, à segurança e/ou à economia públicas. Admite-se, eventualmente, um mínimo de delibação da controvérsia subjacente ao processo principal para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido.

Ao compulsar os autos, verifica-se que a celeuma gira em torno da eventual quebra de sigilo bancário pela Receita Federal, em face do que estabelece a Instrução Normativa 802/2007, que determina que as instituições financeiras forneçam informações semestrais relativas a específicas movimentações financeiras acima de certos valores que estipula.

Embora a Constituição Federal consagre a inviolabilidade da intimidade, do sigilo das correspondências, de dados e das comunicações telefônicas, a Lei Complementar 105, de 2001, ao fundamento de combater a sonegação fiscal e crimes financeiros, permitiu a fiscalização tributária de pessoas e empresas pela Receita Federal, estabelecendo nos arts. 5º e 6º as formas legais de atuação do fisco.

No entanto, contra a LC 105/2001, foram aviadas quatro ações diretas de inconstitucionalidade, encontrando-se todas pendentes de julgamento.

Embora o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, nos termos do voto do Min. Marco Aurélio Melo, tenha firmado posição de que a quebra do sigilo bancário, para efeito de fiscalização tributária, deve ser feito também

pelo Poder Judiciário, no julgamento do RE 389.808/PR (*DJe* de 10/05/2011), reconhecendo, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 6º da LC 105/2001, essa decisão só tem eficácia entre as partes envolvidas nesse processo, o qual, aliás, não transitou em julgado, encontrando-se pendente de análise dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, desde 09/11/2011.

Vale frisar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, também por maioria de votos, não suspendeu a eficácia da legislação atacada, que rege a quebra de sigilo no âmbito da Receita Federal, consoante se pode ver do seguinte aresto tomado na Ação Cautelar 33, *in verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA (PODER GERAL DE CAUTELA). REQUISITOS. AUSÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. REFERENDO DE DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 21, V DO RISTF). CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DADOS BANCÁRIOS PROTEGIDOS POR SIGILO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS DA ENTIDADE BANCÁRIA AO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. LEI 10.174/2001. DECRETO 3.724/2001. A concessão de tutela de urgência ao recurso extraordinário pressupõe a verossimilhança da alegação e o risco do transcurso do tempo normalmente necessário ao processamento do recurso e ao julgamento dos pedidos. Isoladamente considerado, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema é insuficiente para justificar a concessão de tutela de urgência a todo e qualquer caso. Ausência do risco da demora, devido ao considerável prazo transcorrido entre a sentença que denegou a ordem e o ajuizamento da ação cautelar, sem a indicação da existência de qualquer efeito lesivo concreto decorrente do ato tido por coator (21/09/2001 – 30/06/2003). Medida liminar não referendada. Decisão por maioria.

(AC 33 MC, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, *DJe*-027 de 10/02/2011).

Dessa forma, não obstante a mencionada decisão tomada pelo STF seja um indicativo de sua orientação jurisprudencial, o tema relacionado à quebra de sigilo bancário, sem ordem judicial, depende de pronunciamento definitivo da Suprema Corte e da modulação temporal de seus efeitos, presumindo-se, assim, por ora, a legitimidade da Lei Complementar 105, de 2001, que não teve sua eficácia suspensa.

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a legitimidade da quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, com base na LC 105/2001, cuja aplicação é imediata nos termos do art. 144, § 1º, do CTN (REsp 1134665/SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, *DJe* 18/12/2009).

Ora, diante da presunção de legitimidade da LC 105/2001, que fundamenta os procedimentos relacionados à fiscalização tributária, inclusive da IN 802/2007, mostra-se evidente a grave lesão à ordem e à economia públicas que decorre do deferimento da liminar ora impugnada, impondo-se a concessão da presente suspensão.

Não se olvide, ademais, a complexidade da fiscalização tributária pela Receita Federal e que a determinação imposta pelo magistrado de primeira instância ocasiona a alteração de procedimentos administrativos fiscais relacionados a essa fiscalização, há muitos anos previstos em um conjunto de normas.

Como se vê, a sentença ora impugnada interfere nas atividades delegadas ao Poder Executivo, bem como substitui-se ao poder normativo e regulador da matéria, com grande potencial de gerar o denominado “efeito multiplicador”, ocasionando, em consequência, grave lesão à ordem e à economia pública.

Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão formulado pela União.

Intimem-se.

Comunique-se, com urgência, ao juízo requerido, encaminhando-se-lhe cópia desta decisão.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 22 de setembro de 2014.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, presidente.

Agravado de Instrumento 0067549-08.2013.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
Agravantes: CR Almeida S/A Engenharia de Obras e outros
Advogados: Dr. Marçal Justen Filho e outros
Agravado: Ministério Público Federal
Procuradores: Dra. Ana Carolina Oliveira Tannus Diniz e outro
Publicação: e-DJF1 de 07/10/2014, pp. 322 - 323

Decisão

Consórcio VLT Cuiabá, ora agravante, requer a suspensão do “item ‘b’ da r. decisão agravada, ordenando ao d. juízo monocrático que limite a decretação de sigilo de justiça a terceiros ao processo, conferindo ao agravante as mesmas oportunidades concedidas aos agravados (tanto no que tange ao exame dos documentos, quanto à possibilidade de se manifestar)”.

Alega o agravante que “não se obsteu o acesso exclusivamente às informações prestadas pelo CADE (o que por si só já é totalmente ilegal), mas a todo o processo judicial” e que “não existe sigilo de justiça em relação às partes integrantes de uma mesma relação processual, mas apenas ao público em geral”.

Argumenta também que

[...] assumiu a posição de expectador: não consegue sequer visualizar os autos do processo e tomar conhecimento dos seus andamentos. Enquanto isso, a Procuradoria, o Ministério Público e o d. Juízo monocrático prosseguem com a instrução – o que pode culminar em conclusões extremamente prejudiciais à esfera jurídica e econômica do agravante, sem que este sequer possa influir nas deliberações [...].

É o relatório. Decido.

Desnecessária fundamentação mais extensa: evidentemente que não se pode pretender impor *sigilo de justiça* — num processo já instaurado — contra uma das partes. Se havia prova a ser colhida para uma outra investigação, em que os seus elementos devessem ficar a salvo do conhecimento do agravante, não deveria o Ministério Público pedir nem o magistrado autorizar a sua produção no interior do presente processo.

No caso, ressalte-se, de um jeito ou de outro, a prova interessa ao agravante, já que foi proferida decisão pela Des. Federal Selene Almeida, que limitou a coleta de prova junto ao Cade ao que diga respeito à parte. Assim, tudo que seja colhido junto ao Cade, indubitavelmente, é do interesse de ambas as partes, agravante e agravado.

Como deixei registrado, em outra ocasião, é da melhor jurisprudência dos direitos fundamentais a conclusão de que os órgãos do Poder Judiciário têm o dever de conferir, nos processos de sua competência, acesso amplo e audiência adequada aos jurisdicionados.

Mais do que isso, acentua-se hoje, na melhor tradição do Direito Constitucional, a impossibilidade de se opor surpresas e sigilos a uma das partes. Como deixei recentemente registrado, a jurisdição constitucional alemã, por exemplo, tem emprestado especial homenagem ao *princípio da não surpresa processual*, não aceitando que qualquer prejuízo seja imposto ao jurisdicionado, especialmente na condição de réu e acusado, sem que antes ele possa falar dos motivos de fato e de direito que, ao final, concretamente servirão de base à sua condenação.

Obviamente, a parte não poderá manifestar-se e defender-se adequadamente num processo cujas provas são contra si produzidas, incrivelmente, em sigilo. Cumpre aos tribunais *não consentir nem colaborar com a promoção de surpresas e sigilos no desenvolvimento do processo. Prova colhida no processo deve ser imediatamente submetida à consideração das partes — acentue-se — de ambas as partes*¹.

¹ Néviton Guedes. Quem só pode se defender dos fatos acaba sendo atingido pelo direito. Artigo publicado na revista eletrônica Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-23/constituicao-poder-quem-defender-fatos-acaba-sendo-atingido-direito>>. Acesso em: 29/09/2014.

Segundo um dos mais consagrados manuais de direitos fundamentais, o dos afamados juristas alemães Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, no seu manual *Grundrechte – Staatsrecht*, o direito de ser ouvido pelo tribunal competente, ou, como conhecemos entre nós, o acesso ao Judiciário, de nada valeria sem as condições adequadas para o seu jurídico processamento.

Fala-se, na verdade, em três níveis ou estágios de realização do direito à audiência perante os tribunais (*das Recht auf rechtliches Gehör*): (1) num primeiro nível, *obrigam-se os tribunais a proporcionar à parte conhecimento completo sobre todas as manifestações da outra parte*, o que abrange todos os fatos e meios de prova apresentados e indicados pela parte contrária; envolve também as opiniões jurídicas com base nas quais o próprio tribunal pretende tomar sua decisão, além de informar a parte sobre aquelas opiniões sobre as quais elas não precisam contar (*direito a não se surpreender*); (2) no outro nível, implica *a possibilidade efetiva de a parte poder se manifestar por escrito sobre as questões de fato e de direito*; (3) e, por fim, no terceiro nível, *o direito a que os tribunais considerem nas suas decisões os argumentos essenciais apresentados pelas partes*².

De qualquer modo, sequer é necessário ir tão longe na busca de teorias e verdades tão evidentes. Como bem anotou o agravante, também é essa a jurisprudência de nosso Tribunal (cito):

MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR COM NATUREZA SATISFATIVA. PERDA DE OBJETO. ADVOGADO. VISTA DE AUTOS. MATÉRIA SIGILOSA.

[...]

2. O instituto do segredo de justiça visa proteger a intimidade das partes envolvidas no processo, não sendo aplicável a ela própria, a ponto de impedir-se o seu defensor legal de ter acesso aos dados, informações e documentos necessários ao exercício da defesa.

3. É direito do advogado examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da administração pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos (Lei nº 8.906/94 - art. 7º, inciso XIII). Já realizado o ato judicial - no caso, busca apreensão domiciliar -, não se justifica que o seu advogado não tenha acesso aos autos do processo.

4. Concessão da segurança. Confirmação da liminar.

(MS 0027377-44.2001.4.01.0000/GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, SEGUNDA SEÇÃO, DJ de 23/09/2004, p. 04)

Isso considerado, *acolho o pedido do agravante*, no sentido de levantar o segredo de justiça que lhe foi oposto, conferindo-lhe amplo e imediato acesso às provas acaso colhidas no processo.

Comunique-se o inteiro teor desta decisão ao ilustre juízo de primeiro grau.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 30 de setembro de 2014.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

² BodoPieroth/Bernhard Schlink. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 16. ed., Heidelberg, 2000, pp. 274-275

Agravo de Instrumento 0051213-89.2014.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
 Agravante: Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/MG
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Agravado: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Onofre de Faria Martins
 Publicação: e-DJF1 de 25/09/2014, pp. 123 - 124

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Universidade Federal de Juiz de Fora de decisão em que, nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da ora agravada, foi deferida tutela antecipada

[...] para determinar a suspensão da Resolução n. 02/2013 oriunda do Conselho Superior da Universidade Federal de Juiz de Fora, tornando, conseqüentemente, sem efeito as comunicações perpetradas pelo Reitor desta instituição federal de ensino materializadas nos ofícios n. 200/2013-F/GR e n. 201/2013-F/GR e, ainda, a abstenção da UFJF em celebrar contrato com a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), conforme a Lei n. 12.550/2011 e do Decreto n. 7.651/2011.

A agravante alega, em suma, que o Ministério Público utiliza a ação civil pública como sucedânea de ação direta de inconstitucionalidade, o que é vedado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Sobre a urgência da suspensão perquirida, sustenta que:

A decisão ora agravada traz graves conseqüências para a Universidade/agravante e para a sociedade, de modo especial os dependentes do Sistema Único de Saúde – SUS – faixa da população pobre e doente.

O princípio da continuidade dos serviços públicos torna imperioso que a Universidade/Hospital Universitário tenha a sua disposição a mão de obra, o que no atual quadro somente poderá alcançar com o contrato a ser firmado com a EBSERH.

Decido.

Na inicial da ação civil pública, está dito que:

[...]

Destarte, à falta de Lei Complementar que defina as áreas de atuação de fundações públicas de direito privado, a sua instituição com vistas à prestação de serviços públicos de saúde é inconstitucional. Acrescente-se que essa é norma que incide sobre todas as entidades criadas pelo Estado com a mesma finalidade e dotadas de natureza de direito privado, tal qual a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSERH, objeto da presente ação.

[...]

Com efeito, aplicáveis ao direito fundamental à saúde, a educação também se reveste das características da universalidade e gratuidade quando prestada pelo Estado por meio das instituições de ensino oficial, aplicando-se-lhes, neste caso, as mesmas vedações no que tange à instituição de figura de direito privado para a sua concretização.

[...]

Partindo dessa premissa, impende ressaltar ser incerta a constitucionalidade da prestação de serviços atinentes à educação em instituição pública de ensino – sustentada pelos cofres públicos – por empresa pública de natureza privada – que visa lucro – tal qual a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Nesse sentido, tem-se que o repasse da gestão do Hospital Universitário da Universidade Federal de Juiz de Fora à EBSERH poderia caracterizar, em um primeiro momento, o início da privatização dos serviços públicos de saúde e educação, e, ainda, o fim das pesquisas voltadas aos interesses sociais. [...]

[...]

A decisão agravada está assim fundamentada:

[...] os hospitais universitários, para além de prestarem serviço de saúde à população, o que tem alto valor, têm por finalidade a concretização do aspecto prático do ensino das carreiras conectadas à saúde, cumprindo, dessa forma, o princípio da indissociabilidade entre ensino e pesquisa. Vale dizer, o escopo precípuo de tais unidades não é o desempenho quantitativo do serviço que presta em saúde, mas a formação dos profissionais que sairão das instituições federais de ensino e estarão disponíveis no mercado de trabalho.

[...]

O fato de constar no § 4º do artigo 3º do Decreto n. 7.651/2011 que a EBSERH, no exercício de suas atividades, deverá estar orientada pelas políticas acadêmicas estabelecidas no âmbito das instituições de ensino com as quais estabelecer contrato de prestação de serviço, não é o suficiente para cumprir o preceito constitucional da autonomia didático-científica e da obediência ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, insculpidos no artigo 207 da Constituição.

Observo, portanto, que no aspecto da fumaça do bom direito, o pedido encontra-se devidamente justificado e passível de amparo judicial, sobretudo pela vulneração da norma do artigo 207 da Constituição Federal.

[...]

Não obstante a percuciência da causa de pedir e das razões de decidir, é necessário ter presente que as leis gozam da presunção de constitucionalidade. Essa presunção prestigia a segurança jurídica (positividade do ordenamento) tanto quanto a manutenção da ordem (organização) institucional, almejada na pretensão ministerial.

Ocorre que a (in)constitucionalidade da Lei 12. 550/2011 já está sob controle do Supremo Tribunal Federal, *em que não foi acolhido o pedido cautelar de suspensão da norma*:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, contra a Lei 12.550, de 15/12/2011, que autorizou o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSERH.

Em 3/1/2013, o Ministro Joaquim Barbosa proferiu despacho entendendo não se enquadrar o caso na hipótese prevista no art. 13, VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Por seu turno, em 7/2/2013, o Relator, Ministro Dias Toffoli, concluiu que a ação deveria ser analisada diretamente no mérito, adotando, em consequência, o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

Em 15/7/2013, o Procurador-Geral da República, por meio da petição 33673/2013, sustentou a necessidade de deferimento imediato da medida cautelar.

Em 19/7/2013, a Ministra Cármen Lúcia, no exercício da Presidência, indeferiu o pedido, por entender que a situação não se enquadrava no citado art. 13, inc. VIII, do Regimento Interno desta Corte.

Em 29/7/2013, o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior – ANDES – SINDICATO NACIONAL, a Federação de Sindicatos de Trabalhadores das Universidades Brasileiras – FASUBRA e a Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores em Saúde, Trabalho e Previdência Social – FENASP pugnam, igualmente, pelo deferimento da medida cautelar.

O pleito, todavia, não merece acolhida.

Como relatado, três dos Ministros da Casa, ao analisar os diversos argumentos colacionados aos autos, não vislumbraram situação de urgência que justificasse o deferimento da medida cautelar.

Os motivos elencados pelos peticionantes, por sua vez, não infirmam essa conclusão. Ademais, o Relator adotou o rito abreviado do art. 12 da Lei 9.868/1999, o que prejudica a análise da medida cautelar.

Isso posto, indefiro o pedido.

Encaminhem-se os autos ao Gabinete do Ministro Relator.

Publique-se.

Brasília, 31 de julho de 2013.

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI

Presidente em exercício

(ADI 4895, Rel. Min. Dias Toffoli).

São relevantes, portanto, os fundamentos do agravo de instrumento.

Defiro, por isso, o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se.

Proceda a Coordenadoria da Quinta Turma nos termos do art. 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

Oferecida a resposta ou decorrido o prazo, dê-se vista ao Ministério Público Federal – PRR 1ª Região.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de setembro de 2014.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

Agravo de Instrumento 0010492-95.2014.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)
 Agravante: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Agravado: Champion Farmoquímico Ltda.
 Advogados: Dr. Ângelo Nicolau Terra Alberoni e outro
 Publicação: e-DJF1 de 20/10/2014, pp. 179-180

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União, de decisão em que, nos autos de ação declaratória de nulidade de ato administrativo, ajuizada por Champion Farmoquímico Ltda. em face da União e da Organização Pan-Americana de Saúde (Opas), foi deferida, em parte, tutela antecipada para

[...] determinar às rés que, no processo de aquisição dos inseticidas para uso no Programa Nacional de Controle da Dengue, via Fundo Estratégico/OPAS, afastem a exigência contida no item “b” da alínea “g” dos pedidos de cotação [...].

A decisão agravada está assim fundamentada:

Das colocações esposadas pela autora, uma chama-me a atenção especialmente, sendo que, quanto a ela, nenhuma das rés trouxe argumentos que a suplantasse.

Trata-se da exigência feita quanto à origem do material técnico (TC) para o produto, que, segundo os pedidos de cotação, deverá ser obtido de um fabricante aprovado pelo WHOPES, no caso, o fornecedor CHEMTURA (antigo Crompton Europe).

Penso que a exigência assim posta, sem motivação razoável, constitui restrição indevida ao caráter competitivo da licitação promovida pela OPAS, uma vez que alija do certame potenciais fornecedores do produto final que, ao invés de adquirirem o material técnico (TC) de terceiros, fabricam-no com recursos próprios, como é o caso da autora.

O que releva observar no processo de escolha do produto de um ou outro fornecedor é se a qualidade do material técnico que o compõe atende aos padrões de exigência do adquirente, de modo que não havendo distinção de ordem qualitativa, de nenhuma importância será a circunstância de ter sido o material técnico (TC) fabricado pelo fornecedor eleito pela OPAS ou pelo próprio fornecedor do produto licitado.

A condição imposta frustra o caráter competitivo da seleção instalada com vistas à aquisição de inseticidas pelo Ministério da Saúde do Brasil, sem que a União, na manifestação apresentada, tenha trazido explicação razoável para o fato, o que está em confronto com a norma do artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93.

Há, pois, plausibilidade na pretensão da autora quanto à exclusão da exigência em comento, para que lhe seja facultada a participação no certame como fabricante do material técnico que emprega no produto final que será adquirido pela OPAS às expensas da União.

Quanto às demais ponderações feitas pela autora, no entanto, deve prevalecer a argumentação da União. A lei 9.782/99, com efeito, faculta à ANVISA a dispensa de registro de insumos estratégicos em situações como a verificada no caso presente, sem que se possa cogitar de inconstitucionalidade. De outro lado, não há como impor à administração pública a obrigação de compra de produtos com esta ou aquela especificação técnica, por se cuidar de opção a ser legitimamente exercida no âmbito da discricionariedade administrativa, que é imune ao controle do Poder Judiciário, salvo se patente a violação de algum princípio ou norma constitucional ou legal, exceção que não se apresenta neste caso.

Ante o exposto, concedo em parte a tutela de urgência para determinar às rés que, no processo de aquisição dos inseticidas para uso no Programa Nacional de Controle da Dengue, via Fundo Estratégico/OPAS, afastem a exigência contida no item “b” da alínea “g” dos pedidos de cotação juntados às fls. 70 e 88, com tradução nas fls. 61 e 79.

Decido.

Na decisão agravada, considerou-se, em resumo, que não se pode exigir, no caso concreto, que “o material técnico (TC)” tenha o selo de qualidade da Opas. Nessa perspectiva, as razões de decidir estão em consonância com sedimentadas doutrina e jurisprudência, em que a exigência de certificados de qualificação (v.g. tipo ISO) confronta interpretação teleológica do art. 30 da Lei 8.666/1993, cujo “escopo” é “impedir que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica dos licitantes reduzam ou inviabilizem o caráter competitivo de uma licitação”.

Ocorre que, conforme alega a União, a exigência contida no programa de licitação não pode ser apreciada apenas como requisito de *qualidade*. Diz a União, com percuciência:

A exigência feita aos fornecedores para que os produtos ofertados tenham sido avaliados pelo WHOPES – WHO Pesticide Evaluation Scheme (Grupo de especialistas em praguicidas da OMS), deve-se a questão de segurança em saúde pública, uma vez que se trata de produtos que serão agregados em grande escala na água de consumo humano.

O risco ao adquirir produtos sem a devida avaliação no WHOPES seria aceitar produtos com a presença de contaminantes industriais, que podem aumentar consideravelmente a possibilidade de intoxicação pelo produto. Deve acrescentar que já houve uma experiência negativa sobre este fato, obrigando a suspensão imediata do uso de outro produto que já estava distribuído a diversos estados, em decorrência de sintomas de intoxicação na população geral.

Quer parecer, ao menos em exame preliminar, que a exigência, cuja razoabilidade não pode ser aferida somente perscrutando-se sobre o princípio da competitividade, atende, na verdade, ao compromisso da Administração com a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, de que trata o art. 3º da Lei 8.666/1993, com a alteração dada pela Lei 12.349/2010:

Art. 1º A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Sobre o tema, calham as precisas considerações de Juarez de Freitas:

Sustentabilidade, em síntese [...], é princípio que veio para ficar. Multidimensional, é princípio ético, social, jurídico-político, econômico e ambiental.

[...]

Legitima-se como valor constitucional supremo e princípio jurídico-síntese, a exigir a sindicabilidade correspondente, na seara das decisões administrativas e judiciais. Assume, com reformulações, a didática pegada ecológica e cuida de mensurar o impacto das atividades antrópicas (humanas) sobre o ambiente. [...]

[...] examinado o princípio constitucional da sustentabilidade, na condição de paradigma ético e existencial, importa [...] remarcar, com especial ênfase, que:

[...]

(II) A sustentabilidade vincula ética e juridicamente, em sentido forte, pois se trata de princípio constitucional implícito, incorporado por norma geral inclusiva (CF, art. 5º, par. 2º), a exigir eficácia direta e imediata dos imperativos do desenvolvimento reinventado. Tornou-se expresso na legislação infraconstitucional (por exemplo, no art. 3º da Lei n. 8.666, que fala em princípio do desenvolvimento sustentável), o que só reforça o dever imediato de plena observância.¹

Neste exame prefacial, tenho, pois, que são relevantes os fundamentos do agravo de instrumento.

O risco de lesão não pode ser descartado, tendo em vista que a suspensão pretendida pela agravada obrigaria a Administração a, praticamente, reprogramar todo o certame.

Ante o exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se.

Proceda a Coordenadoria da Quinta Turma nos termos do art. 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 13 de outubro de 2014.

Juiz Federal *Márcio Barbosa Maia*, relator (convocado).

¹ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade. Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 331-338.

Numeração única: 0060137-55.2006.4.01.3400

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2006.34.00.917546-0

Relator: Juiz Federal José Henrique Guaracy Rebêlo
Requerente: Élcio Jose Chaves
Procurador: Dr. Josilma Saraiva
Requerida: União Federal
Publicação: e-DJF1 de 19/09/2014, p. 896

Ementa-Voto

I. Trata-se de pedido de uniformização de jurisprudência interposto pela parte-autora em face de acórdão prolatado pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Distrito Federal que, negando provimento a recurso, manteve sentença de improcedência dos pedidos iniciais.

II. A parte-autora apresentou, então, o presente pedido de uniformização, sustentando ser devido o pagamento de indenização por danos em decorrência da mora do Poder Executivo no envio de projeto de lei ao Congresso Nacional sobre a revisão anual da remuneração dos servidores públicos federais (art. 37, X, da CRFB/1988). Apontou como fundamento da divergência necessária ao conhecimento deste incidente, acórdãos prolatados pelas Turmas Recursais do Amazonas e do Mato Grosso.

III. Sem razão a parte-autora. A matéria dispensa maiores considerações, porquanto já uniformizada nos colegiados regional e nacional, esvaziando o sentido deste incidente.

IV. Quanto aos danos morais, há enunciado desta Turma Regional no sentido de que “a ausência de revisão anual, que trata o art. 37, inciso X, da Constituição Federal, não dá ensejo a reparação por danos morais” (enunciado 1 da TRU 1ª Região).

V. No tocante aos danos materiais, por seu turno, o entendimento pacificado no âmbito da TNU também é de descabimento de indenização. Confira-se:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MORA DO PODER EXECUTIVO NO ENCAMINHAMENTO DE PROJETO DE LEI TRATANDO DA REVISÃO ANUAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS (CF, ART. 37, INCISO X NA REDAÇÃO DA EC 19/1998). DANOS MATERIAIS. INDENIZAÇÃO. INCABÍVEL. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Incabível indenização ao servidor público em decorrência da mora do Chefe do Poder Executivo no envio do projeto de lei dispondo sobre o reajuste salarial dos servidores públicos federais. Entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE-AgR 44977/ES, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ de 16/02/2007, unânime). 2 - Incidente de uniformização conhecido e improvido. (PEDILEF 200551660014721, Juíza Federal Daniele Maranhão Costa, j. 26/03/2007)

6. Deste modo, a sentença e o acórdão não discrepam da orientação das Turmas Regional e Nacional de Uniformização de Jurisprudência, motivo pelo qual devem ser mantidos.

7. O artigo 51, parágrafo 2º da Resolução PRESI/COJEF n. 16/2010 - veicula o regimento interno dos Juizados Especiais Federais e das Turmas Recursais da 1ª Região - impede, inclusive, que seja “admitido o incidente que versar sobre matéria já decidida pela Turma Regional de Uniformização ou pela Turma Nacional de Uniformização”.

8. Nesse mesmo sentido, a Questão de Ordem n. 13 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais: “Não cabe Pedido de Uniformização, quando a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido. (Aprovada na 2ª Sessão Ordinária da Turma Nacional de Uniformização, do dia 14.03.2005)”.

9. Ante o exposto, não conheço o incidente.

Acórdão

A Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais da Primeira Região não conheceu este pedido de uniformização.

Juiz Federal *José Henrique Guaracy Rebêlo*, relator.

Numeração única: 0018000-66.2012.4.01.3200

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2012.32.00.914242-5

Relator: Juiz Federal Herculano Martins Nacif
 Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Advogada: Dra. Adriana Maia Venturini
 Recorrida: Maria Nunília de Castro Chagas
 Advogado: Defensoria Pública da União
 Publicação: e-DJF1 de 19/09/2014, p. 899

Ementa-Voto

Constitucional e Previdenciário. Possibilidade. Pensão especial prevista no art. 54 do ADCT – Soldado da borracha. Possibilidade de cumulação com outro benefício previdenciário. Sentença confirmada. Recurso não conhecido e improvido.

I. Lide/recurso: trata-se de pedido de uniformização de jurisprudência formulado pelo recorrente, no qual se insurge contra acórdão proferido pela Turma Recursal da Seção Judiciária do Amazonas, que negou provimento ao recurso inominado interposto, mantendo a sentença *a quo*, a qual concedeu o benefício assistencial de pensão mensal vitalícia de seringueiro, *soldado de borracha*.

II. Razões do voto: presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso de agravo. No que tange à possibilidade do acúmulo do benefício assistencial de pensão vitalícia de seringueiro (soldado de borracha), com outros benefícios previdenciários, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu não haver vedação legal, visto não poder a Administração, por meio de ato regulamentador, impor restrição não existente na lei — art. 54 do ADCT/CF 1988, regulamentado pela Lei 7.986/1989 (REsp 501035/CE, sendo relator o Min. Paulo Gallotti, DJ de 06/12/2004). Na mesma direção é o entendimento do TRF da 1ª Região:

Constitucional e Previdenciário - Pensão Especial prevista no art. 54 do ADCT - Soldado da borracha - Justificação judicial - Lei 7.986/89 - Antecipação de tutela na sentença - Sentença mantida.

I. É devida a percepção de pensão vitalícia àqueles que participaram, durante a 2ª Guerra Mundial, do esforço de guerra para produção de borracha, sendo impróprio o indeferimento do pleito sob argumento do não atingimento do limite mínimo de idade (18 anos) ou de que a prova sobre o exercício de atividade seringueira seria inviável por intermédio de justificação judicial.

II. Precedentes TRF 1ª Região (AC 2000.01.00.044255-3/AM, Rel. Des. Fed. Eustáquio Silveira, 1ª Turma. Decisão por maioria, DJ 20/09/2002, pág. 69; AC 2000.32.00.001465-5/AM, Rel. Des. Fed. Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Turma, DJ de 29/10/2002, p. 59).

III. Revela-se plausível a cumulação da pensão especial com outro benefício previdenciário, haja vista que o disposto na Portaria nº 4.630/90 do INSS, que proíbe a cumulação pretendida, não pode restringir direito previdenciário previsto em lei. Precedente: REO 2002.05.00.019040-7/CE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Rel: Des. Federal NAPOLEÃO MAIA FILHO, 1ª Turma, DJ 04/04/2003 p. 525) 4. Apelação do autor provida. 5. Apelação do INSS e remessa oficial desprovidas. (AC 200441000013247, null, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:29/05/2006 PÁGINA: 66.) Meu voto, portanto, é pragmático, e, no fundo, visa preservar a segurança jurídica. Desse modo, até que sobrevenha nova interpretação ou decisão de instância superior, penso ser razoável aplicar os entendimentos expostos.

IV. Assim, voto pelo improvido do recurso para, reafirmando a tese de que “plausível a cumulação da pensão especial com outro benefício previdenciário, haja vista que o disposto na Portaria nº 4.630/90 do INSS, que proíbe a cumulação pretendida, não pode restringir direito previdenciário previsto em lei, manter o v. acórdão da Turma Recursal da Seção Judiciária do Amazonas.

V. Custas ex lege. Sem honorários (art. 55 da Lei 9.099/95).

Acórdão

A Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais negou provimento ao Pedido de Uniformização, nos termos do ementa-voto do relator.

Juiz Federal *Herculano Martins Nacif*, relator.

Numeração única: 0011973-81.2010.4.01.3800

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2010.38.00.702437-2

Relatora: Juíza Federal Ana Carolina Campos Aguiar
 Relator p/ acórdão: Juiz Federal Érico Rodrigo Freitas Pinheiro
 Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Agravada: Elizabeth Afonso de Oliveira
 Advogado: Dr. Lenilson Alexandre Fonseca da Silva
 Publicação: e-DJF1 de 02/10/2014, p. 289

Ementa

Agravo interno. Decisão que negou seguimento ao pedido de uniformização de jurisprudência. Presidente da Turma Regional de Uniformização. Decisão irrecurável. Agravo interno não conhecido.

I. O Regimento Interno das Turmas Recursais e dos Juizados Especiais da Primeira Região (Resolução Presi/Cojef 16 de 10/06/2010), ao dispor sobre a inadmissão dos pedidos de uniformização pelos presidentes das Turmas Recursais, encerra a possibilidade de questionamento acerca da viabilidade do pedido de uniformização regional ao conceder ao presidente da Turma Regional de Uniformização a decisão definitiva, nos seguintes termos: “não admitido o incidente, a parte poderá requerer, nos próprios autos, no prazo de 10 dias, contados da publicação da decisão recorrida, seja o feito submetido ao presidente da Turma Regional de Uniformização ou da Turma Nacional de Uniformização, conforme o caso, que decidirá de modo irrecurável”.

II. Agravo interno não conhecido.

III. Peças liberadas pelo relator, em Manaus, 23 de junho de 2014, para publicação do acórdão.

Acórdão

A Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência da Primeira Região, por maioria, não conheceu do agravo.

Turma Regional de Jurisprudência da 1ª Região – 11/04/2014.

Juiz Federal *Érico Rodrigo Freitas Pinheiro*, relator p/ acórdão.

Relatório

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS interpôs agravo regimental (fls. 201-203) em face de decisão da Presidência da Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Primeira Região (fls. 197-199) que, em sede de pedido de submissão, manteve decisão de inadmissibilidade de incidente de uniformização endereçado à Turma Regional.

2. O incidente de uniformização anteriormente interposto pretendia a reforma de acórdão da 1ª Turma Recursal de Minas Gerais, o qual negou provimento ao recurso manejado pelo INSS para reconhecer a paridade na percepção da Gratificação de Desempenho de Atividade da Seguridade Social – GDASS entre servidores em atividade e os aposentados e pensionistas diante da natureza jurídica genérica da gratificação.

3. O pleito uniformizador buscava estabelecer limitação temporal para a paridade na percepção da aludida gratificação entre servidores ativos e inativos até abril de 2009, mês imediatamente anterior ao primeiro ciclo de avaliação de desempenho, conforme entendimento fixado por acórdão apontado como paradigma da 3ª Turma Recursal da Seção Judiciária de Minas Gerais.

4. Inadmitido o incidente pelo juiz federal coordenador das Turmas Recursais de Minas Gerais (fls. 182-186), sob o fundamento de que o acórdão recorrido é convergente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — no sentido de que a concessão diferenciada de gratificações de desempenho aos servidores ativos e inativos ou

seus pensionistas somente é cabível quando houver avaliação individualizada de desempenho —, a autarquia previdenciária apresentou pedido de submissão (fls. 187-193), pretendendo a reforma da decisão de inadmissibilidade e consequente conhecimento do incidente.

5. Conclusos os autos à Presidência da Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência, a eminente magistrada presidente manteve a decisão da Turma Recursal de origem e não admitiu o incidente (fls. 197-199), sob a motivação de que este se presta a rediscutir matéria de fato, incompatível com a via processual eleita, bem como que o acórdão recorrido se encontra em consonância a entendimento firmado pelo STF, conforme citado no parágrafo supra.

6. Inconformado com a manutenção da decisão de inadmissão do incidente, o INSS interpôs petição nos autos para arguir sua nulidade, aduzindo, em síntese, que já houve normatização da avaliação de desempenho para os servidores que recebem a GDASS através do Decreto 6.493/2008, regulamentado pela Instrução Normativa 38/INSS/PRES, de 22/04/2009, o que afasta o caráter de generalidade da parcela remuneratória em questão. Nesta senda, afirma que a manutenção do acórdão sem a já pleiteada limitação temporal findaria por afrontar as reiteradas decisões do STF sobre o assunto, já mencionadas acima, em especial a Súmula Vinculante 20.

7. A petição foi recebida como agravo regimental pela decisão da Presidência da TRU (fl. 204), com subsequente distribuição dos autos e conclusão a esta relatoria.

8. É o relatório.

Voto Vencido

9. Atento às razões recursais do agravo regimental, já esmiuçadas no relatório, penso que o provimento do recurso é medida que se impõe, pelas razões que passo a expor.

10. Inicialmente, cumpre registrar que não se ignora o caráter irrecorrível das decisões proferidas pela Presidência da Turma Regional de Uniformização em casos desta natureza, decorrente da devida aplicação do art. 7º, inciso VII, alínea c, e §1º, do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização, posto se tratar de decisão prolatada antes da distribuição que teve como fito negar seguimento a incidente manifestamente inadmissível e em confronto com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

11. No entanto, constatada a existência de *error in iudicando*, imprescindível que seja reconhecido para que seja procedida a pertinente correção, o que pode, inclusive, ser realizado de ofício (art. 48, parágrafo único, da Lei 9.099/1995).

12. O caso em exame mostra-se peculiar, pois revela inobservância integral à situação fática ora apresentada e às razões consignadas pela recorrente no incidente de uniformização interposto, uma vez que não buscou afastar a já estabelecida paridade na percepção da GDASS entre servidores ativos e inativos, mas tão somente fixar limitação temporal da referida paridade até a regulamentação e execução das avaliações individuais de desempenho funcional, o que se coaduna perfeitamente aos julgados acerca da matéria proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, conforme destaque em julgado a seguir transcrito que bem representa o posicionamento consolidado pela Corte:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. PARIDADE REMUNERATÓRIA. § 8º DO ART. 40 DO MAGNO TEXTO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DE PERITO FEDERAL AGRÁRIO (GDAPA). EXTENSÃO NOS MESMOS VALORES PAGOS A SERVIDORES ATIVOS. CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO JÁ REGULAMENTADOS. 1. A ausência de regulamentação do processo de avaliação de desempenho, tal como previsto na Lei federal 10.550/2002, confere à GDAPA um caráter de generalidade. Pelo que a vantagem é de ser estendida aos servidores aposentados em paridade de condições com os ativos apenas no período que antecedeu a citada regulamentação.

2. Agravo regimental desprovido. (AI-AgR 845833, rel. Min. Ayres Britto, STF, julgado em 20/04/2012, destaquei)

13. A ressalva é imprescindível, pois, de outro modo, restaria perpetuada a percepção de adicional de caráter *pro labore faciendo* por servidor público aposentado em igual patamar ao de servidor público em atividade, mesmo após a devida regulamentação e concretização das avaliações de desempenho funcional, uma vez que o acórdão proferido pela 1ª Turma Recursal de Minas Gerais manteve intocável a sentença monocrática, não havendo qualquer menção nesta quanto à possibilidade de cessação da paridade após afastada as razões que ensejaram sua concessão, conforme se infere de sua parte dispositiva:

[...] Pelo exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando o INSS a: a) majorar a vantagem denominada GDASS (ou aquela que a sucedeu) percebida pelo(s) autor(es) para o valor correspondente à pontuação devida ao servidor em atividade (atualmente oitenta pontos), implantando em folha de pagamento seu novo valor, R\$1.861,60, a partir de 01/12/2008; b) pagar as diferenças pretéritas não prescritas, devidamente atualizadas pelo IPCA-E e majoradas por juros moratórios mensais de 0,5% a partir da citação (art. 219 do Código de Processo 27/08/2001), o que totaliza a quantia de R\$17.966,65 conforme planilha da contadoria judicial. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios ou custas processuais, por aplicação extensiva dos arts. 54 e 55 da Lei 9.099/1995.

14. Desta forma, considerando a pertinência do incidente de uniformização interposto anteriormente, o qual logrou êxito em demonstrar a divergência entre o acórdão recorrido, lavrado pela 1ª Turma Recursal de Minas Gerais, e o acórdão apresentado como paradigma proferido pela 3ª Turma Recursal de Minas Gerais no âmbito do Processo 2007.38.01.710357-3, tendo em vista o entendimento neste, firmado no sentido de limitação temporal da percepção equitativa da GDASS entre servidores ativos e os inativos e pensionistas até os resultados do primeiro ciclo de avaliação de desempenho individual e institucional, consubstanciando a similitude fático-jurídica entre os julgados, bem como diante da inexistência de contrariedade do pleito uniformizador à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, mostra-se desacertada a decisão de inadmissão do incidente, devendo ser provido o agravo regimental, para que seja imediatamente conhecido e analisado o mérito do pedido de uniformização.

15. No tocante ao incidente de uniformização em si, havendo regular demonstração de divergência de entendimentos no tocante à limitação temporal da percepção da GDASS por servidor inativo em igualdade de condições a servidor em atividade (o acórdão recorrido é silente, enquanto que o acórdão paradigma limita até a realização de avaliação de desempenho individual), pelas razões já consignadas, deve ser conhecido e provido, para que, alinhando-se a entendimento já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, seja limitada a concessão da referida gratificação até que sejam processados os resultados do primeiro ciclo de avaliação de desempenho individual e institucional.

16. Ante o exposto, voto pelo conhecimento e provimento do agravo regimental, com subsequente conhecimento e provimento do incidente de uniformização de jurisprudência.

Voto Divergente Vencedor

O Regimento Interno das Turmas Recursais e dos Juizados Especiais da Primeira Região (Resolução Presi/Cojef 16 de 10/06/2010), ao dispor sobre a inadmissão dos pedidos de uniformização pelos presidentes das Turmas Recursais, encerra a possibilidade de questionamento acerca da viabilidade do pedido de uniformização regional, ao conceder ao presidente da Turma Regional de Uniformização a decisão definitiva, nos seguintes termos: “não admitido o incidente, a parte poderá requerer, nos próprios autos, no prazo de 10 dias, contados da publicação da decisão recorrida, seja o feito submetido ao presidente da Turma Regional de Uniformização ou da Turma Nacional de Uniformização, conforme o caso, que decidirá de modo irrecorrível”. Assim, ao manter a inadmissão do pedido de uniformização de jurisprudência, a presidente da Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência da Primeira Região decidiu de forma irrecorrível, razão pela qual o agravo interno não merece ser conhecido. É como voto.

Peças liberadas pelo relator, em Manaus, 23 de junho de 2014, para publicação do acórdão.

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))

Conflito de competência entre seções deste Tribunal. Direito do Consumidor, Direito Administrativo e responsabilidade civil. Telefonia. Assinatura básica. Mudança de endereço. Contrato administrativo. Competência da 3ª Seção.

I. Não tratam os autos pura e simplesmente de fixação do preço da tarifa básica, que poderia induzir que a competência fosse sobre preço público decorrente do contrato público firmado.

II. O Ministério Público Federal, por meio da ação civil pública, objeto do presente conflito de competência, formula pedidos específicos quanto à “assinatura básica”, “mudança de endereço” e uso do Método Karisson Acrescido – KA – 240 ou multimedição no cálculo das tarifas cobradas dos usuários das rés, bem como sua condenação na devolução, em favor dos consumidores prejudicados, dos valores eventualmente recebidos a maior.

III. Esses preços atentam contra a relação de consumo e são preparatórios da prestação de telefonia, pelo que não podem ser considerados preços públicos, mas sim contratos em geral, resvalando, efetivamente, em questões de direito do consumidor, contratos administrativos e responsabilidade civil.

IV. Conflito de competência conhecido para declarar competente a 3ª Seção deste Tribunal, a suscitante.

Numeração única: 0015961-55.2001.4.01.3500

Conflito de Competência 2001.35.00.015985-2/GO

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão – Corte Especial

Publicação: e-DJF1 de 13/10/2014, p. 1

Processo Civil. Administrativo. Pensão por morte. Servidor militar. Ação rescisória. Rateio entre a viúva e a ex-esposa beneficiária de pensão alimentícia. Acórdão em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Ausência dos requisitos ensejadores da ação rescisória. Pedido improcedente.

I. Pretende a parte-autora, viúva de militar, rescindir acórdão que rateou a parcela da pensão deixada pelo *de cujus*, em partes iguais entre ela e a ex-esposa do falecido, beneficiária de pensão alimentícia.

II. A ex-esposa que percebe pensão alimentícia tem direito ao rateio do pensionamento destinado à viúva, ou seja, à míngua de outros dependentes, 50% do total para cada uma, mesmo antes das alterações perpetradas pela Medida Provisória 2.215-10/2001, a teor da interpretação teleológica da Lei 3.765/1960, principalmente do art. 7º, parte final. Isto porque “o ordenamento legal vigente à época do óbito do instituidor do benefício assegurava a pensão apenas à ex-esposa desquitada, desde que lhe tivesse sido assinalada pensão ou amparo pelo ex-marido, nos termos do art. 7º, § 1º, parte final, da Lei 3.765/1960. Visando a legislação vigente à época do óbito assegurar proteção à ex-esposa, desquitada, desde que quando da separação, houvesse sido arbitrada pensão alimentícia em seu favor e não fosse considerada culpada pela separação, é de ser reconhecido o direito da ex-esposa divorciada, que receba pensão alimentícia, à pensão por morte do ex-militar, tal como ocorre com a ex-esposa desquitada, uma vez que o instituto do divórcio passou a integrar o ordenamento jurídico apenas em 26/12/1977. O rateio da quota-parte destinada à ex-esposa, viúva, companheira ou concubina deve ocorrer de forma igualitária, em razão da inexistência de ordem de preferência entre elas” (REsp 628.140/RS, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 17/09/2007, p. 341).

III. O acórdão que a autora pretende rescindir está conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a questão é de interpretação de lei, a qual expressamente determina a igualdade de posição entre a viúva e a ex-esposa beneficiária de pensão alimentícia.

IV. Descabida a alegação da autora de violação a preceito constitucional, não restando configurada nenhuma das hipóteses do art. 485 e incisos do CPC.

V. Ação rescisória improcedente.

Ação Rescisória 0032798-63.2011.4.01.0000/PI

Relator: Desembargador Federal Candido Moraes – 1ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 13/10/2014, p. 8

Processual Civil. Ação rescisória. Ação de improbidade administrativa. Documento novo. Nova decisão do TCU. Contas anteriormente não aprovadas e que serviram de fundamento para a condenação em ação de improbidade administrativa, julgadas regulares, em pedido de revisão. Condenação desconstituída. Apelação provida. Ação de improbidade administrativa julgada improcedente.

I. A condenação do autor, em ação de improbidade administrativa, em primeiro e segundo grau, arrimou-se unicamente no relatório da Comissão de Sindicância da FAE, no relatório final de investigação da FAE e no Acórdão 1.137-2005, da 1ª Câmara do TCU, em Tomada de Contas Especial, julgando irregulares as suas contas do gestor.

II. Posteriormente, o Plenário do TCU, no Acórdão 1.082/2008, no julgamento do recurso de revisão do Acórdão 1.137-2005/1ª Turma, tornou insubsistente a condenação anterior, para julgar regulares as contas, entendimento que foi também adotado na instância administrativa do FNDE, fatos que justificam a rescisão da condenação por ato de improbidade, nos termos do art. 485, VII - CPC.

III. Conquanto independentes as instâncias administrativa e judicial, em se tratando dos mesmos fatos, não pode subsistir a condenação por improbidade que tomou por base empírica as condenações no âmbito do FNDE e do TCU, que deixaram de existir. O relatório da Comissão de Sindicância da FAE e o relatório final de investigação da FAE, que embasaram a Tomada de Contas Especial, e, conseqüentemente, o Acórdão 1.137/2005, da 1ª Câmara do TCU, e que deram arrimo à condenação, pela sentença e pelo acórdão, perderam a validade e a eficácia.

IV. A jurisprudência tem excepcionado o alcance do termo “documento novo” (art. 485, VII – CPC), para admitir, dentro dessa acepção, o acórdão do Tribunal de Contas da União, proferido após o julgado que se pretenda rescindir.

V. Ação rescisória julgada procedente. Acórdão desconstituído. Apelação provida. Ação de improbidade administrativa julgada improcedente.

Ação Rescisória 0046777-92.2011.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes – 2ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 30/09/2014, p. 177

Processo Civil. Mandado de segurança. Penhora nos autos. Legalidade de decisão judicial. Determinação oriunda da Justiça do Trabalho. Mero cumprimento. Direito líquido e certo. Ausência. Denegação do writ.

I. A impetrante ataca a decisão judicial que determinou o registro de penhora no rosto dos autos do processo executivo que move contra a fazenda pública. A penhora foi determinada pelo Juízo Trabalhista da 2ª Vara do Trabalho de Rio Branco/AC.

II. A decisão impugnada não resente de legalidade ou mesmo materializa afronta a acórdão oriundo desta Corte. Em verdade, este eg. Tribunal anulou a primeira penhora no rosto dos autos porque o crédito pertencia a pessoa jurídica diversa daquela que estava sendo executada no juízo trabalhista. Essa decisão foi devidamente cumprida pelo juízo impetrado. Houve fato novo e relevante que determinou novo registro de penhora. A saber: ficou reconhecida pela Justiça do Trabalho que se trata de grupo econômico, de forma que fez incidir a *solidariedade* entre as empresas Plancap Agroindustrial e Pecuária S/A e Plancap Exportação e Importação S/A, por força de regra constante da CLT.

III. Está patente que a nova penhora não padece do vício que levou o Tribunal a anular a penhora anterior, nem ofende a autoridade da coisa julgada. Assim, a pretensão da impetrante de desconstituir a penhora deverá ocorrer junto à Justiça Trabalhista.

IV. Mandado de segurança denegado.

Mandado de Segurança 0041011-24.2012.4.01.0000/AC

Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada) – 2ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 13/10/2014, p. 18

Processual Civil. Ação rescisória. Antecipação da tutela. Julgado rescindendo. Mandado de segurança. Imposição de expedição de nota de empenho. Inobservância da regra da submissão ao precatório. Agravo regimental. Desprovidimento.

I. A decisão agravada, ao suspender ordem de imediata expedição de nota de empenho, levou em consideração a possibilidade de ocorrência de um dano de difícil reparação, além de reconhecer a plausibilidade de êxito da ação, visto que o acórdão rescindendo manteve o entendimento de que é cabível o ajuizamento de mandado de segurança com o fim de obrigar a Fazenda Pública a expedir nota de empenho, relativamente a dívida pretérita.

II. O cumprimento do acórdão, com a determinação de imediata expedição de nota de empenho no valor correspondente à dívida reconhecida contra a União pode, eventualmente, implicar desconsideração do rito previsto no art. 100, *caput*, da Constituição Federal, que determina o pagamento de débitos judiciais, por meio de precatório. Precedentes deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça.

III. Agravo regimental desprovido.

Agravo Regimental em Ação Rescisória 0028282-92.2014.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – 3ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 08/09/2014, p. 16

Processual Civil. Administrativo. Absorção de funcionários da Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira. Procedimento efetivado em 2003. Necessidade de correlação entre o cargo de ingresso de nível fundamental e a qualificação exigida para ingresso no cargo de destino no Plano de Classificação de Cargos do Poder Executivo. PCC. Pretensão de ascensão funcional em razão de possuir certificado de conclusão do ensino médio. Impossibilidade. Inconstitucionalidade da pretensão de provimento derivado já declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Reforma da sentença. Improcedência do pedido.

I. A absorção de funcionários da Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira – Ceplac na estrutura do Plano de Classificação de Cargos do Poder Executivo, transformando-os em servidores públicos regidos pela Lei 8.112/1990, deve observar a correlação entre a qualificação exigida no cargo de ingresso por concurso público e aquela exigida no cargo de destino, sendo irrelevante a qualificação profissional detida pelo servidor que será enquadrado, pois não é possível realizar provimento derivado pela via da ascensão funcional, que é incompatível com a ordem constitucional instituída pela Constituição de 1988, conforme reiteradamente declarado pelo Supremo Tribunal Federal.

II. O eventual enquadramento que tenha promovido ascensão funcional a algum funcionário da Ceplac, antes de gerar direito adquirido, deve ser objeto de imediata revisão pela Administração, pois decorre de interpretação flagrantemente inconstitucional da transposição de cargos públicos, pois não é admitido meio de provimento derivado de cargo público após a Constituição de 1988.

III. O enquadramento do antigo funcionário que ingressou na Ceplac na tabela de nível fundamental de ensino, antigo 1º grau, deve ser transposto para cargo de nível fundamental, como corretamente atuou a Administração.

IV. Pedido de ascensão funcional improcedente por flagrante inconstitucionalidade já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal ao examinar o inciso III do art. 8º da Lei 8.112/1990.

V. Pedido improcedente.

VI. Apelação da União provida.

Numeração única: 0005284-38.2007.4.01.3311

Apelação/Reexame Necessário 2007.33.11.005284-6/BA

Relatora: Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (convocada) – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 10/10/2014, p. 690

Previdenciário e Processual Civil. Apelação. Concessão de aposentadoria especial. Trabalho exercido em frigorífico. Preliminar afastada. Possibilidade. Ruído superior a 80 db. Frio inferior a 12 graus Celsius. Possibilidade de contagem diferenciada. Enunciado AGU 29, de 9 de junho de 2008.

I. A comprovação do tempo especial mediante o enquadramento da atividade exercida pode ser feita até a entrada em vigor da Lei 9.032/1995. Precedentes.

II. A partir da Lei 9.032/1995 e até a entrada em vigor da Medida Provisória 1.596/14/97 (convertida na Lei 9.528/1997) a comprovação do caráter especial do labor passou a ser feita com base nos formulários SB-40 e DSS-8030, expedidos pelo INSS e preenchidos pelo próprio empregador. Com o advento das últimas normas retro referidas, a mencionada comprovação passou a ser feita mediante formulários elaborados com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

III. A exigência legal referente à comprovação sobre ser permanente a exposição aos agentes agressivos somente alcança o tempo de serviço prestado após a entrada em vigor da Lei 9.032/1995. De qualquer sorte, a constatação do caráter permanente da atividade especial não exige que o trabalho desempenhado pelo segurado esteja ininterruptamente submetido a um risco para a sua incolumidade.

IV. Segundo o enunciado AGU 29, de 9 de junho de 2008, “Atendidas as demais condições legais, considera-se especial, no âmbito do RGPS, a atividade exercida com exposição a ruído superior a 80 decibéis até 05/03/1997, superior a 90 decibéis desta data até 18/11/2003, e superior a 85 decibéis a partir de então”.

V. Tendo o apelado demonstrado que exerceu atividades em condições nocivas à sua saúde, trabalhando em frigoríficos, faz jus à aposentadoria especial.

VI. Na espécie, restou comprovado pelos documentos e provas testemunhais que o trabalhador sofreu a ação do agente frio, em câmaras frigoríficas, cujas temperaturas oscilam habitualmente de – 5 a 12 graus Celsius.

VII. O simples fornecimento de equipamentos de proteção individual não ilide a insalubridade ou periculosidade da atividade exercida, notadamente em relação ao agente agressivo ruído.

VIII. A correção monetária deve ser feita com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aplicando-se o INPC após a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, tendo em vista a imprestabilidade da TR — atualmente usada na remuneração das cadernetas de poupança — como índice de correção monetária de débitos judiciais, conforme fundamentos utilizados pelo STF na ADI 493/DF.

IX. Juros de mora fixados em 1% ao mês, a contar da citação, em relação às parcelas a ela anteriores, e de cada vencimento, quanto às subsequentes, incidindo com essa taxa até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir de quando serão reduzidos para 0,5% ao mês, tendo em vista que estes são os juros aplicados nas cadernetas de poupança.

X. Tratando-se de ação mandamental que não pode ser utilizada como ação de cobrança, os efeitos financeiros por ela proporcionados se iniciam a partir da data da impetração, consoante a firme jurisprudência formada sobre o tema.

XI. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

Numeração única: 0016213-14.2008.4.01.3500

Apelação/Reexame Necessário 2008.35.00.016275-8/GO

Relator: Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado) – 1ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 14/10/2014, p. 17

Processual Penal. Habeas corpus. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Banco clandestino. Gestão fraudulenta. Lavagem de dinheiro. Falsificação de documento público. Autoridades. Prerrogativa de foro. Supremo Tribunal Federal. Avocação. Conexão intersubjetiva por concurso de pessoas. Processo. Desmembramento. Justiça Federal. Investigados

sem prerrogativa de foro. Ilícitos cometidos no interesse próprio. Condutas delitivas diversas. Juiz federal. Presidente da ação penal. Atos pertinentes e necessários. Abstenção. Ordem denegada.

I. O Supremo Tribunal Federal, constatando o envolvimento de autoridades com prerrogativa de foro em relação aos fatos investigados na denominada *Operação Ararath*, determinou o desmembramento do Inquérito Policial 7660-27.2012.4.01.3600/MT, para que lá permanecessem as condutas delitivas supostamente cometidas pelo ora paciente “*a mando e no interesse*” dessas autoridades (Inquérito 3.842).

II. Identificada hipótese de conexão probatória intersubjetiva por concurso de pessoas detentoras de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, foi determinada a reinclusão do ora paciente dentre os investigados que serão processados e julgados na instância extraordinária.

III. As condutas delitivas imputadas ao paciente, relativas aos ilícitos praticados em benefício próprio ou atos de gestão fraudulenta, são da competência da Justiça Federal do Estado do Mato Grosso (Ação Penal 6408-18.2014.4.01.3600/MT).

IV. As condutas delitivas imputadas ao ora paciente no bojo do Inquérito 3.842/DF, que tramita no Supremo Tribunal Federal, e a Ação Penal 8015-66.2014.4.01.3600/MT, em curso na 5ª Vara da Justiça Federal de Mato Grosso, são diversas.

V. Não há que se cogitar da remessa da aludida ação penal ao excelso Supremo Tribunal Federal, obstado que está pela própria e bem delimitada decisão avocatória proferida pelo relator do Inquérito 3.842/DF.

VI. A autoridade impetrada é o juiz que preside a Ação Penal 8015-66.2014.4.01.3600/MT e não pode ser coarctado nas decisões que julgar pertinentes e necessárias à condução do processo.

VII. *Habeas Corpus* visando à concessão de ordem para determinar que o juiz federal impetrado se abstenha de processar e julgar o ora paciente pelos fatos relacionados à *Operação Ararath*, até ulterior decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do Inquérito 3.842. Ordem denegada.

Habeas Corpus 0000050-70.2014.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 29/08/2014, p. 1.169

Penal. Processual Penal. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Prova. Prática dos crimes previstos nos arts. 4º, 5º e 10º da Lei 7.492/1986 c/c 288 do Código Penal. Administradores e conselheiros de cooperativa de crédito. Continuidade delitiva e concurso material de crimes. Possibilidade. Existência de dolo. Dosimetria. Redução das penas.

I. É pacífico o entendimento de que a inépcia da denúncia não pode ser alegada após a prolação da sentença por força da ocorrência do instituto da preclusão. (Precedentes STJ e STF.)

II. Inexiste deficiência de defesa quando os defensores, nomeados pelos próprios suscitantes, exerceram a defesa técnica que lhes foi incumbida, tendo presenciado o interrogatório dos réus, apresentando defesa prévia com rol de testemunhas, comparecendo à audiência de inquirição de testemunhas, fazendo perguntas, bem como apresentando alegações finais de forma tempestiva.

III. Crimes descritos no art. 4º (gestão fraudulenta), no art. 5º (apropriação de valores dos cooperados) e no art. 288 do Código Penal (quadrilha), bem configurados em sua materialidade, mercê da prova pericial contábil e com autorias bem demonstradas, em cada caso.

IV. A reiteração de condutas caracterizadoras do crime de gestão fraudulenta não configura a hipótese de continuidade delitiva, mas a habitualidade criminosa accidental.

V. As condutas reiteradas do art. 10 da Lei 7.492/1986 são, entre outras, as que constituem a fraude, a simulação, o ardis na administração da entidade. Se a prática é isolada, incide o art. 10, se é continuada, a caracterizar um modo de gestão ou administração, então o crime é o do art. 4º, que abrange as condutas descritas naquele tipo.

VI. Não tem sentido responsabilizar isoladamente pela prática de atos que constituem em conjunto um crime mais severamente apenado, sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem*.

VII. O crime de apropriação ou desvio de valores (artigo 5º) é corolário da gestão fraudulenta apurada. Como restou comprovado, a fraude na administração da cooperativa tinha por finalidade o desvio dos recursos financeiros em benefício de gestores da instituição.

VIII. O crime tipificado no art. 5º da Lei 7.492/1986, que prevê hipótese típica autônoma em relação ao art. 4º, não guarda relação de dependência com este, consoante já decidiu essa Terceira Turma no julgamento do ACR 1999.33.00.002155-9 (rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJU de 15/06/2007).

IX. O conluio criminoso estabelecido entre os acusados (todos administradores e conselheiros da cooperativa) para a prática reiterada e estável de crimes contra o sistema financeiro foi amplamente analisado na sentença condenatória que descreveu um verdadeiro estatuto delitivo forjado para este fim.

X. Insuficientes alguns fundamentos na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal para fixar as penas-base muito acima do mínimo legal, a redução é medida que se impõe.

Apelação Criminal 2001.38.03.005072-3/MG

Relator: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes – 3ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 05/09/2014, p. 278

Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Advogado. Direito de ser recolhido preso em sala de Estado Maior ou, na sua falta, em prisão domiciliar. Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB), art. 7º. Pedido do réu deferido, no sentido de cumprir a segregação preventiva na Ceresp de Juiz de Fora, na cela de idosos. Pedido de prisão domiciliar. Busca incessante, impossibilidade. Precedente do col. STF. Denegação da ordem.

I. Inconformado com as condições do presídio, localizado em Juiz de Fora/MG, o paciente foi transferido para o Complexo Penitenciário Nelson Hungria, instituição mais adequada ao recebimento de presos em condições especiais.

II. Posteriormente, em audiência, foi deferido o pedido do ora paciente no sentido de se cumprir a prisão preventiva junto ao Ceresp de Juiz de Fora, em cela destinada a idosos, em razão da inexistência de sala do Estado Maior naquela Unidade Federativa.

III. Não constitui violação ao direito do advogado o cumprimento de prisão preventiva em cela individual, onde não existe sala do Estado Maior (Precedente do STF).

IV. Por persistir o temor de prejuízo à ordem pública, decorrente da atuação da organização criminosa, liderada pelo paciente, por ora, é temerário o deferimento da prisão domiciliar.

V. Ordem denegada.

Habeas Corpus 0033402-19.2014.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado (convocado) – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 1º/09/2014, p. 56

Processual Civil e Administrativo. Improbidade administrativa. Prova emprestada. Possibilidade de sua utilização. Emendas propostas por parlamentar para aquisição de ambulâncias. Vinculação entre as emendas apresentadas e o direcionamento das licitações nos municípios. Ato de improbidade causador de enriquecimento ilícito. Dano moral. Não ocorrência. Redução da multa civil.

I. As provas carreadas aos autos foram submetidas ao contraditório e à ampla defesa. O apelante teve a oportunidade de examinar todos os documentos, distribuídos em 14 volumes e 17 apensos, não havendo nenhum óbice ao uso da prova emprestada, oriunda da esfera criminal, desde que não tenha sido reconhecida sua ilicitude, mesmo que não haja identidade das partes. Precedentes.

II. Na hipótese, comprovou-se que existia uma vinculação entre as emendas apresentadas pelo recorrente, parlamentar federal, destinando verbas federais a determinados municípios, cuja maioria realizou procedimentos licitatórios onde se sagraram vencedoras as empresas controladas pelo esquema fraudulento comandado por

determinada família — Klass Comércio e Representações Ltda. e Planam Comércio e Representações Ltda. —, que repassavam um percentual das emendas ao parlamentar.

III. Não se trata apenas de aquisição dos equipamentos e dos veículos. A improbidade se verificava no modo como eram feitas as aquisições, de forma direcionada e com superfaturamento, fatos do pleno conhecimento do apelante, que, além de contribuir no *modus operandi*, recebeu dinheiro, a título de vantagem ilícita, em razão do exercício do seu cargo, segundo recibos de depósitos do ano de 2002, na sua conta, feitos pela família que controlava as licitações.

IV. Não deve ser aceita a versão de que tais depósitos referem-se a doações de campanha política. Toda doação deve ser registrada e enviada ao Tribunal Regional Eleitoral quando da prestação de contas dos candidatos. O apelante, apesar de devidamente intimado a apresentar cópia de sua prestação de contas feita ao TRE/MG, ou dos recibos eleitorais atinentes às doações, não o fez.

V. A concepção de dano moral (*pretium doloris*) é incompatível com a noção de transindividualidade. Precedente do STJ. A multa civil, na ação de improbidade, com o sentido de um *plus* punitivo, deve ter valor compatível com a gravidade da falta, sistemática que, na hipótese, aconselha a sua redução, dadas as circunstâncias do caso, para 10% (dez por cento) do valor do dano.

VI. Provimento parcial da apelação do réu. Desprovimento da apelação do MPF.

Numeração única: 0032647-22.2006.4.01.3800

Apelação Cível 2006.38.00.033277-0/MG

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 16/10/2014, p. 51

Embargos à execução. Concurso público. Procurador do Banco Central do Brasil. Nomeação. Efeitos retroativos condicionados à aprovação no processo de qualificação, etapa eliminatória. Ausência de participação em processo de qualificação. Eliminação do certame. Inexigibilidade do título. Procedência dos embargos. Extinção da execução.

I. No título exequendo, afastando-se a decisão administrativa de cancelamento da nomeação do embargado, primeiro colocado em concurso público para procurador do Banco Central do Brasil, foi-lhe assegurado direito de apresentar a carteira de advogado (OAB) no momento da posse, precedida de processo de qualificação profissional, fase derradeira e eliminatória. O título prevê ainda “atrelamento dos efeitos financeiros do julgado, nos limites no mesmo estabelecidos, ao resultado do processo de qualificação a que se submeterá[ria] o candidato-impetrante”.

II. O embargado não participou do processo de qualificação profissional, de caráter eliminatório. Logo, não cumpriu requisito indispensável para posse e exercício, condição para recebimento da verba indenizatória prevista no título exequendo.

III. Providas a apelação do embargante (Banco Central do Brasil) e a remessa oficial, reformando-se a sentença para julgar procedentes os embargos à execução (a fim de extinguir a execução). Condenação do embargado ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

IV. Prejudicada a apelação do embargado, que pretendia a distribuição dos ônus da sucumbência de modo proporcional.

Numeração única: 0010563-86.2004.4.01.3900

Apelação Cível 2004.39.00.010562-1/PA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 28/08/2014, p. 666

Direito do idoso. Internação hospitalar. Assistência por um acompanhante. Restrição em função do sexo. Esvaziamento do referido direito. Solução conciliatória: permissão independentemente do sexo e cuidados para preservar a intimidade dos demais pacientes.

I. O Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública, em face do Hospital de Base Luis Eduardo Magalhães e o Hospital Calixto Midlej Filho (vinculado à Santa Casa de Misericórdia de Itabuna), ambos sediados em Itabuna/

BA, com a finalidade de obrigar “os hospitais demandados a viabilizar em favor dos pacientes maiores de sessenta anos, meios para que possam ser devidamente acompanhados, fornecendo ao acompanhante a acomodação e alimentação de acordo com as normas do SUS – Sistema Único de Saúde, com a conseqüente condenação dos promovidos ao pagamento das custas processuais e demais ônus sucumbenciais”.

II. Na sentença, foi julgado “procedente o pedido versado na exordial” e determinado “que os demandados diligenciem todas as medidas necessárias ao cumprimento do quanto determinado pelo Ministério da Saúde, possibilitando e garantindo aos idosos internados, com mais de 60 (sessenta) anos, o devido acompanhamento, sem oposição de qualquer restrição, observando-se, sempre o critério médico”.

III. De acordo com a jurisprudência do STJ, “para a concessão de assistência judiciária gratuita a pessoas jurídicas sem fins lucrativos — de natureza filantrópica, beneficentes, etc. —, basta a simples declaração de hipossuficiência, pois, nesse caso, a condição de pobreza é presumida *juris tantum*” (EDcl no REsp 1189515/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, unânime, julgamento em 14/04/2011). Deferida, por isso, à apelante, o direito a assistência judiciária.

IV. A situação justifica dar aplicação conciliatória aos princípios constitucionais da isonomia e do respeito à intimidade das pessoas. É imprópria uma ou outra solução radical: impedir acompanhante de outro sexo ou liberar, sem qualquer restrição, o acompanhamento independentemente do sexo. Adequada é uma solução intermediária, que não restrinja o acompanhamento em função do sexo, mas que, por outro lado, haja certos cuidados no sentido de preservar, na medida do possível, a intimidade dos pacientes.

V. A restrição pura e simples, em função do sexo, esvazia o direito a acompanhante em grande parte dos casos de internados idosos, que com frequência contam apenas com a assistência dos respectivos cônjuges em momentos tais.

VI. Negado provimento à apelação.

Numeração única: 0001445-39.2006.4.01.3311

Apelação Cível 2006.33.11.001451-3/BA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 16/09/2014, p. 276

Propriedade intelectual. Autoria derivada de apostilas. Material empregado em eventos contratados com a Fundação Universidade de Brasília. Posterior reprodução pela FUB, sem autorização do autor. Plágio. Impedimento à utilização. Indenização.

I. No julgamento de embargos de declaração, o dispositivo da sentença foi alterado para: “(a) determinar que a ré se abstenha de utilizar o material didático apreciado nestes autos, relativo a Excel, que importou, comprovadamente, na violação de direito dos autores; (b) condenar a ré ao pagamento do valor de três mil exemplares, uma vez que desconhecido o número de documentos fraudulentos (art. 103, parágrafo único, da Lei 9.610/1998). No caso da ausência de fixação do valor de venda à época, deixo fixado o valor de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais) correspondente à hora-aula do autor Carlos Alberto Rezende, na data de 15 de abril de 1995 (fl. 663), valor que deverá ser atualizado, com os seguintes acréscimos: - até 10 de janeiro de 2003, devem incidir juros de mora a partir da citação, no percentual de 0,5% (art. 1.062 do Código Civil de 1916); - a partir de 11 de janeiro de 2003, exclusivamente taxa Selic até o mês anterior ao pagamento e 1% no próprio mês do pagamento (art. 406 do Código Civil de 2002 c/c art. 13 da Lei 9.065/1995), sem a cumulação de qualquer índice de correção monetária, já que a Selic desempenha simultaneamente os papéis de taxa de juros e correção monetária, conforme por diversas vezes já reconheceu o STJ. (c) Tendo em vista a sucumbência recíproca, considero os honorários advocatícios compensados, na forma do art. 21 do CPC, não cabendo a nenhuma das partes fazer pagamento à outra. (d) E por último, considerando que os autores foram vitoriosos apenas de uma parcela do total da pretensão exposta em juízo, determino que as despesas e as custas processuais sejam prestadas pelos autores na proporção de 2/3 do montante total, sendo a ré responsabilizada pelo outro 1/3. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório”.

II. A apelante conclui sua petição de recurso, resumindo a irresignação em três aspectos: a) não houve plágio, pois os autores “não trouxeram aos autos qualquer autorização da Microsoft, que lhes autorize a reprodução feita”; b) “o

autor Carlos Alberto de Rezende, sócio da InfoQuality, contribuiu para a confecção e divulgação de parte do material que ele diz ter sido plagiado”; c) no mínimo, deve ser “reduzida a condenação de três mil para hum mil exemplares”.

III. A sentença responde à primeira objeção nos seguintes termos: “[...] todo aquele que adapta, traduz ou arranja uma obra originária é titular dos direitos autorais sobre o trabalho realizado, possuindo a faculdade jurídica de buscar a tutela jurisdicional para impedir a reprodução exata de sua obra derivada”. Essa assertiva está baseada no laudo pericial, segundo o qual “as apostilas dos Autores são obras intelectuais derivadas, pois as apostilas por tratarem de cursos sobre produtos da Microsoft, largamente difundidos no mercado, mesmo à época, trazem, tanto na escolha dos itens do sumário quanto no conteúdo, informações contidas nos livros, manuais e nos serviços de ajuda (helps) dos produtos Microsoft”.

IV. Não é razoável exigir-se autorização do fabricante para a reprodução, em obra derivada, de informações contidas em manuais por aquele fornecidos juntamente com os produtos. A autorização para divulgar informações contidas em manuais e a referência a esses manuais, em obra derivada, pode-se considerar implícita, sem contar que eventual questionamento a respeito só caberia ao proprietário dos manuais. Por outro lado, o que está em exame são as criações ou acréscimos aos manuais, realizados pelo autor e reproduzidos pela ré sem sua autorização.

V. Consta introdução, com assinatura do autor, a um dos trabalhos ditos plagiados. Na sentença, todavia, esse trabalho, referente ao tema *Word*, foi excluído à consideração de que o fato não ficou “esclarecido pelos autores, suscitando dúvidas quanto à inexistência de autorização expressa para a utilização do material didático”. Considerou-se, por isso, “comprovada a violação de direitos autorais da apostila *Excel*”, apenas.

VI. Quanto à utilização do material, pelo próprio autor, em curso ministrado na Finatec, entidade ligada à FUB, está razoavelmente esclarecido pelo autor que “as notas de rodapé, incluindo o nome da tomadora dos serviços, não constituem alterações do conteúdo da obra, mas tão somente na personalização do material que seria utilizado nos cursos para os quais fora contratado”.

VII. Na fixação de indenização correspondente a três mil exemplares, a sentença já levou em consideração que houvera comprovação de violação de direitos autorais apenas da apostila *Excel*.

VIII. Negado provimento à apelação e à remessa oficial.

Numeração única: 0011695-05.1999.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 1999.34.00.011716-4/DF

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 03/09/2014, p. 82

Processual Civil. Exceção de suspeição. Magistrado. Docência na instituição de ensino integrante da relação processual. Parcialidade não caracterizada.

I. As hipóteses de suspeição, fundada em parcialidade do juiz, encontram-se elencadas, taxativamente, no art. 135, e incisos, do CPC, nelas não se incluindo o fato do magistrado integrar o corpo docente da instituição de ensino integrante da relação processual, como no caso. Precedentes.

II. Exceção de suspeição improcedente.

Exceção de Suspeição 0002578-53.2014.4.01.3306/BA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 09/10/2014, p. 216

Constitucional. Processual Civil. Administrativo. Fundação Universidade de Brasília. Contrato de trabalho temporário. Sucessivas prorrogações. Ausência de concurso público (CF, art. 37, IX). Verbas rescisórias. Não cabimento. FGTS. Levantamento de depósitos. Possibilidade.

I. “A jurisprudência desta Corte é no sentido de que é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado.” (AI 767024 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, Processo Eletrônico DJe 079, divulg. 23/04/2012, public. 24/04/2012.)

II. “Recurso extraordinário. Direito Administrativo. Contrato nulo. Efeitos. Recolhimento do FGTS. Art. 19-A da Lei 8.036/1990. Constitucionalidade. 1. É constitucional o art. 19-A da Lei 8.036/1990, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. 2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.” (RE 596478, Ellen Gracie, STF.)

III. “A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS” (Enunciado 363/TST)

IV. “O titular da conta vinculada ao FGTS tem o direito de sacar o saldo respectivo quando declarado nulo seu contrato de trabalho por ausência de prévia aprovação em concurso público.” (Súmula 466, Primeira Seção, julgado em 13/10/2010, DJe 25/10/2010)

V. Embora não pacífica a matéria no âmbito deste Tribunal, a exemplo do julgado na AC 0015373-13.2008.4.01.3400/DF, na relatoria do e. Juiz Federal, Paulo Ernane Moreira Barros (convocado), Quinta Turma, de 1º/03/2013, em entendimento oposto, entendo deva ser reformada a decisão combatida, uma vez firmado o entendimento favorável ao autor, nas egrégias cortes superiores.

VI. Deve ser reformada a sentença, parcialmente, e reconhecido o direito do autor, ao recebimento de valores relativos ao FGTS do tempo em que vigorou o contrato, inicialmente temporário, firmado com a FUB, em 1992, e sucessivamente prorrogado até o ano de 2010.

VII. Apelação da parte-autora a que se dá parcial provimento.

Apelação Cível 0069819-58.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 10/10/2014, p. 1.034

Processual Civil e Tributário. Ação civil pública. Nulidade de ato normativo do Bacen e da Receita Federal. Recolhimento da CPMF. Inadequação da via eleita. Processo extinto sem julgamento de mérito. Sentença mantida.

I. Deve ser mantida a sentença que julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, sob o fundamento de que ação civil pública não é veículo adequado para o controle em abstrato da legalidade de atos normativos do Poder Público, da mesma maneira que ela não é veículo próprio para o controle abstrato de constitucionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público.

II. O Supremo Tribunal Federal, sob o regime da repercussão geral da matéria, previsto no art. 543-B do Código de Processo Civil, firmou o entendimento no sentido de que o Ministério Público Federal não possui legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública que verse sobre tributos, hipótese ocorrente nos autos, tendo-se em vista que a pretensão do autor é tornar obrigatória a cobrança de CPMF de todos os clientes do Bando do Brasil e da Caixa Econômica Federal.

III. Apelação a que se nega provimento.

Numeração única: 0026608-45.2006.4.01.3400

Apelação Cível 2006.34.00.027345-9/DF

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 26/09/2014, p. 667

Administrativo. Ação civil pública. Fraude em Exame da Ordem dos Advogados do Brasil/GO. Anulação do exame de ordem quanto ao réu envolvido no ilícito. Perda do objeto. Condenação dos réus em dano moral coletivo. Ausência de caracterização do dano. Apelação não provida.

I. O pedido de anulação do Exame de Ordem relativamente ao réu Clausmir Zaneti Jacomini perdeu o objeto, tendo-se em vista que sua inscrição como advogado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Goiás foi cancelada, conforme se verifica do documento de fl. 759.

II. Embora não se discuta a ocorrência da fraude no Exame de Ordem da OAB/GO, esse fato só por si não autoriza o reconhecimento de ofensa à moral coletiva, à credibilidade e à imagem da advocacia do Estado de Goiás, nem coloca em dúvida a confiança da sociedade na habilitação e na capacidade técnica dos advogados daquela seccional, como pretende o Ministério Público Federal, uma vez que não há nome de dirigente do réu envolvido no ilícito.

III. A OAB/GO não ficou inerte na sua atividade de fiscalização da profissão, tendo instaurado procedimentos administrativos para apurar os fatos relativos às fraudes, solicitando junto ao próprio Ministério Público Federal e à Polícia Federal as informações necessárias para a apuração das irregularidades apontadas.

IV. Apelação a que se nega provimento.

Apelação Cível 0006605-50.2012.4.01.3500/GO

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 10/10/2014, p. 1.148

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Imposto de Renda. A definição do fato gerador do tributo independe da validade jurídica dos atos praticados pelo contribuinte.

I. Embora a ação penal contra a executada tenha sido *trancada* pelo STJ sob o fundamento de que o fato não constitui crime contra a ordem tributária (HC 55217-RR, r. Min. Nilson Naves, 6ª Turma do STJ), é devida a exigência do Imposto de Renda objeto da CDA.

II. O Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça têm entendimento de que é possível a tributação de rendimentos recebidos ilicitamente, “visto que a definição legal do fato gerador é interpretada com abstração da validade jurídica do ato efetivamente praticado, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos. Princípio do *non olet*” (HC 94240, r. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma).

III. Agravo de instrumento da executada desprovido.

Agravo de Instrumento 2008.01.00.013874-7/RR

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova – 8ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 12/09/2014, p. 1.490

Tributário. Isenção tributária. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Unesco. Convenção sobre privilégios e imunidades das agências especializadas das Nações Unidas. Acordo básico de assistência técnica com a organização das Nações Unidas. Imposto de Renda. Inexigibilidade. Julgamento do STJ em recurso repetitivo. Repetição de indébito. Deferimento. Indenização por danos morais e materiais. Inexistência de ato ilícito por parte da Administração. Pedido improcedente. Apelação parcialmente provida. Sucumbência recíproca (CPC, art. 21, caput).

I. “O STJ, no julgamento do REsp 1.159.379/DF, firmou posicionamento majoritário no sentido de que o trabalho técnico prestado a Organismos Internacionais é isento do Imposto de Renda. Segundo o entendimento daquela Corte, ‘o Acordo Básico de Assistência Técnica atribuiu os benefícios fiscais decorrentes da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, promulgada pelo Decreto 27.784/1950, não só aos funcionários da ONU em sentido estrito, mas também aos que a ela prestam serviços na condição de ‘peritos de assistência técnica’, no que se refere a essas atividades específicas’. Dessa forma, alterou-se a jurisprudência desta 8ª Turma no sentido de que, quando se tratarem de ‘peritos de assistência técnica’, o benefício lhes é extensivo” (Ap 0016048-97.2013.4.01.3400/DF, TRF1, Oitava Turma, rel. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio [convocado], e-DJF1 04/07/2014, p. 441).

II. O autor comprovou ter prestado serviços à Unesco/ONU, equiparáveis a atividades de 'perito de assistência técnica', fazendo jus, conforme o atual entendimento jurisprudencial, à isenção postulada.

III. "O dano material sofrido pela recorrente há de ser ressarcido com a repetição do indébito. Outra forma de reparação configuraria enriquecimento sem causa, já que não há nenhum outro fato imputável ao Fisco que tenha acarretado prejuízo material ao contribuinte. A retenção indevida do Imposto de Renda não é capaz de ocasionar grave sentimento negativo em qualquer pessoa de senso comum, bem como vexame, constrangimento, humilhação ou dor. O mero aborrecimento por que passou a recorrente não lhe confere o direito à indenização por danos morais" (REsp 1.135.382/RS, STJ, Segunda Turma, rel. Min. Castro Meira, DJe 28/10/2010).

IV. Apelação provida em parte.

Apelação Cível 0068017-25.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa – 8ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 10/10/2014, p. 1.419

Tributário e Processual Civil. Embargos à execução de sentença. Imposto de Renda. Previdência privada. Repetição de indébito. Dedução de valores restituídos na declaração de ajuste. Possibilidade. Bitributação vedada. Aposentadoria antes ou na vigência da Lei 7.713/1988. Irrelevância. Comprovação dos recolhimentos indevidos. Juntada posterior de planilha de cálculos. Ausência de nulidade.

I. A não juntada pela União, com a petição dos embargos à execução, da planilha de cálculo, para demonstrar o suposto excesso de execução, mas trazida aos autos, poucos dias após, e antes da manifestação da parte contrária nos autos, não gera nulidade no processo, pois se caracteriza como mera irregularidade.

II. Nos termos do enunciado 394 da Súmula STJ, nos embargos à execução, é admissível a compensação dos valores de Imposto de Renda retidos indevidamente na fonte com os valores restituídos apurados na declaração anual.

III. As planilhas apresentadas pela Fazenda Nacional têm presunção *juris tantum* de legitimidade, e, para que os valores apontados como já restituídos sejam excluídos da execução, a veracidade das alegações deve ser comprovada. Ressalva do entendimento da relatora.

IV. A vedação ao *bis in idem* não depende do momento do resgate ou do início da fruição do benefício pelo contribuinte, mas da demonstração de que, durante a vigência da Lei 7.713/1988, houve contribuição para a formação do fundo, à sua exclusiva custa, quer mantida a atividade laboral quer passado à condição de inativo.

V. Demonstrado nos autos que os exequentes continuaram a sofrer os recolhimentos indevidos após a aposentação, devem os autos retornar à origem para que sejam feitos cálculos em relação a eles, e refeitos em relação ao exequente que se aposentou na vigência da Lei 7.713/1998.

VI. Apelação dos exequentes e da Fazenda Nacional a que se nega provimento.

Apelação Cível 0004525-93.2010.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 10/10/2014, p. 1.392

- ★ 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.

