

ISSN 0103-703-X  
[www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br)

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Números 11/12 Ano 24 nov./dez. 2012

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *João Batista Moreira* – Diretor

## Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/COJUD

## Supervisão

Paulo Souza da Silva – Supervisor/SEREV

## Edição

Ana Clara de Barros Balsalobre

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Paulo Souza da Silva

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Deyvison Marques Gonçalves – estagiário

## Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Paulo Souza da Silva

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

## Entrevista

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

## Editoração eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Letícia Menezes Marques – prestadora de serviço

Luciana Fernandes Menezes

## Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

## Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Sandra Aparecida Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

## Impressão

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Tiragem: 1.000 exemplares

## Confecção de chapas CTP

Estúdio Fitolito Digital Ltda.

## Seção de Apoio ao Gabinete da Revista – Serev/Cojud/TRF 1

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

70.096-900 – Brasília/DF

Telefones: (61) 3410-3580 e 3410-3571 – Fax: (61) 3410-3573

E-mail: [cojud-revista@trf1.jus.br](mailto:cojud-revista@trf1.jus.br)

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

As seções que reproduzem acórdãos e decisões judiciais publicados em meio de comunicação oficial conservam sua redação original, nas quais a Revista restringe-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com os originais e padronização, em conformidade com o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (Decreto 6.583, de 29 de setembro de 2008) e com projeto editorial próprio.

Nas demais seções, a Revista realiza também revisão textual.

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 1ª Região, 1989-

v.

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal – Jurisprudência – Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal (Região 1.)

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

# Plenário

## **Presidente:**

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

## **Vice-Presidente:**

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

## **Corregedor Regional:**

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Mendes*

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*

Desembargadora Federal *Ângela Catão*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

Desembargador Federal *Kassio Marques*

Desembargador Federal *Néviton Guedes*

Desembargador Federal *Novély Vilanova*

## Corte Especial

### **Presidente:**

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

### **Vice-Presidente:**

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

### **Corregedor Regional:**

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

Desembargador Federal *Kassio Marques*

Desembargador Federal *Néviton Guedes*

Desembargador Federal *Novély Vilanova*

### **1ª Seção**

Desembargadora Federal *Ângela Catão* – presidente  
Desembargadora Federal *Neuza Alves*  
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*  
Desembargador Federal *Kassio Marques*  
Desembargador Federal *Néviton Guedes*

### **2ª Seção**

Desembargador Federal *Ítalo Mendes* – presidente  
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*  
Desembargador Federal *Tourinho Neto*  
Desembargador Federal *Olindo Menezes*  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*  
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

### **3ª Seção**

Desembargador Federal *João Batista Moreira* – presidente  
Desembargadora Federal *Selene Almeida*  
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*  
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*  
Desembargador Federal *Souza Prudente*  
Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

### **4ª Seção**

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso* – presidente  
Desembargador Federal *Tolentino Amaral*  
Desembargador Federal *Leomar Amorim*  
Desembargador Federal *Catão Alves*  
Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*  
Desembargador Federal *Novély Vilanova*

### **1ª Turma**

Desembargadora Federal *Ângela Catão* – presidente  
Desembargador Federal *Kassio Marques*  
Desembargador Federal *Néviton Guedes*

### **2ª Turma**

Desembargadora Federal *Neuza Alves* – presidente  
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

### **3ª Turma**

Desembargador Federal *Tourinho Neto* – presidente  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*  
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

### **4ª Turma**

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – presidente  
Desembargador Federal *Ítalo Mendes*  
Desembargador Federal *Olindo Menezes*

### **5ª Turma**

Desembargadora Federal *Selene Almeida* – presidente  
Desembargador Federal *João Batista Moreira*  
Desembargador Federal *Souza Prudente*

### **6ª Turma**

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian* – presidente  
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*  
Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

### **7ª Turma**

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca* – presidente  
Desembargador Federal *Catão Alves*  
Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

### **8ª Turma**

Desembargador Federal *Leomar Amorim* – presidente  
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*  
Desembargador Federal *Novély Vilanova*

### **Conselho de Administração**

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro* – presidente  
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – vice-presidente  
Desembargador Federal *Carlos Olavo* – corregedor regional  
Desembargador Federal *Tourinho Neto*  
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*  
Desembargador Federal *Olindo Menezes*  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*  
Desembargadora Federal *Neuza Alves*  
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

### **Comissão de Jurisprudência — art. 77, II e §1º, RITRF1**

Desembargadora Federal *Selene Almeida* – presidente  
Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*  
Desembargador Federal *Kassio Marques*  
Desembargador Federal *Néviton Guedes* – suplente

### **Comissão de Promoção — art. 77, III e §2º, RITRF1**

Desembargador Federal *Carlos Olavo* – presidente  
Desembargadora Federal *Ângela Catão*  
Desembargadora Federal *Neuza Alves*  
Desembargador Federal *Tourinho Neto*  
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*  
Desembargadora Federal *Selene Almeida*  
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*  
Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*  
Desembargador Federal *Leomar Amorim*

### **Comissão de Concurso — arts. 78, 79 e 80, parágrafo único, RITRF1**

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – presidente  
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*  
Juiz Federal *Saulo Casali Bahia*  
Professora *Ana Frazão* – (UnB)  
Dr. *Raul Livino Ventim de Azevedo* – (OAB)

### **Comissão de Regimento — art. 77, I e §1º, RITRF1**

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes* – presidente  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*  
Desembargador Federal *João Batista Moreira*  
Desembargador Federal *Néviton Guedes* – suplente

### **Comissão de Acervo Jurídico — art. 77, IV e §1º, RITRF1**

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – presidente  
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*  
Desembargadora Federal *Ângela Catão*

### **Revista do Tribunal**

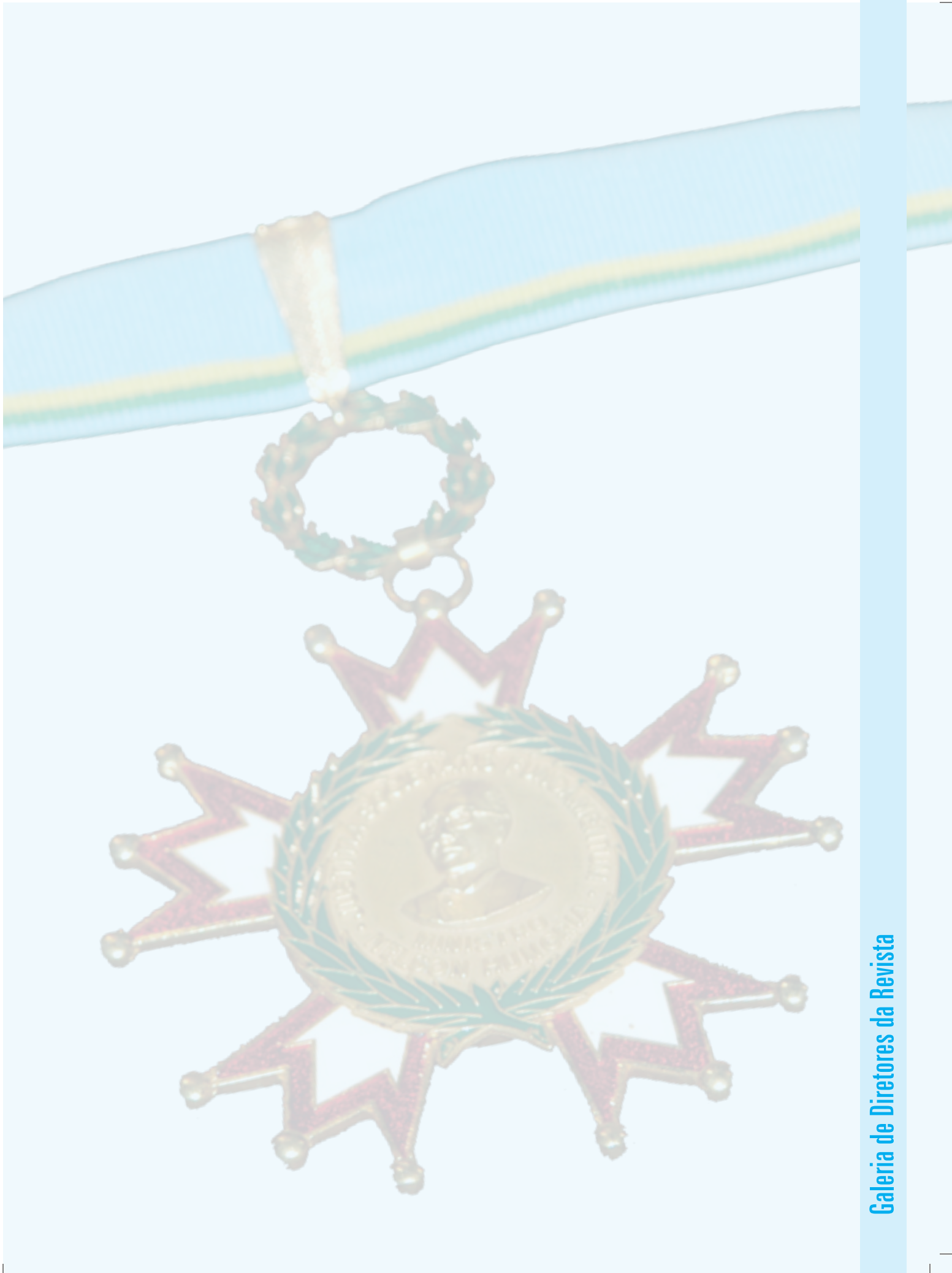
Desembargador Federal *João Batista Moreira* – diretor

### **Escola da Magistratura Federal da Primeira Região — ESMAF**

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – diretor  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – vice-diretor

### **Seccionais**

Seção Judiciária do Estado do Acre  
Seção Judiciária do Estado do Amapá  
Seção Judiciária do Estado do Amazonas  
Seção Judiciária do Estado da Bahia  
Seção Judiciária do Distrito Federal  
Seção Judiciária do Estado de Goiás  
Seção Judiciária do Estado do Maranhão  
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso  
Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais  
Seção Judiciária do Estado do Pará  
Seção Judiciária do Estado do Piauí  
Seção Judiciária do Estado de Rondônia  
Seção Judiciária do Estado de Roraima  
Seção Judiciária do Estado do Tocantins





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  
Osmar Tognolo  
maio/1997 – maio/1999



Desembargador Federal  
Tourinho Neto  
junho/1994 – abril/1997



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



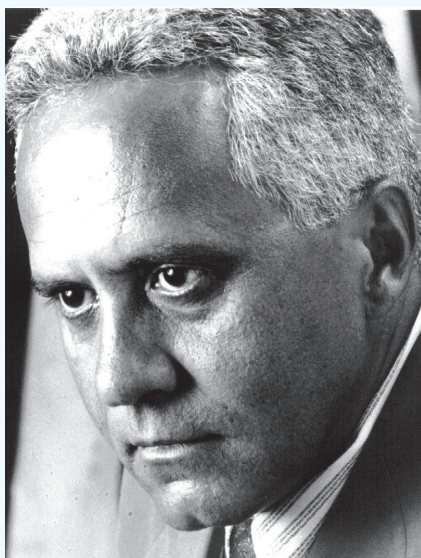
Desembargador Federal  
Hilton Queiroz  
agosto/2007 – agosto/2009



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



Desembargador Federal  
I'talo Mendes  
dezembro/2010 – maio/2012



Desembargador Federal João Batista Moreira  
a partir de junho/2012



<b>Editorial</b>	<b>21</b>
<b>Epígrafe</b>	<b>23</b>
<b>Ponto de Vista</b>	<b>25</b>
O latim ainda é importante para o Direito? <b>25</b> Edilson Alkmim Cunha	
<b>Artigos Doutrinários</b>	<b>27</b>
Não obrigatoriedade do advogado no processo, <b>27</b> Vallisney de Souza Oliveira	
A lei internacional na ordem jurídica interna: os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, <b>30</b> Alceu José Cicco Filho	
<b>Inovações legislativas</b>	<b>41</b>
Lei 12.723, de 09/10/2012.	
Lei 12.725, de 16/10/2012.	
Lei 12.726, de 16/10/2012.	
Lei 12.727, de 17/10/2012 .	
Lei 12.730, de 14/11/2012.	
Lei 12.732, de 22/11/2012.	
Lei 12.734, de 30/11/2012.	
Lei 12.735, de 30/11/2012.	
Lei 12.736, de 30/11/2012.	
Lei 12.737, de 30/11/2012.	
Lei 12.738, de 30/11/2012.	
Lei 12.741, de 08/12/2012.	
Lei 12.762, de 27/12/2012.	
Lei 12.766, de 27/12/2012.	
Lei 12.767, de 27/12/2012.	
Medida Provisória 589, de 13/11/ 2012.	
Medida Provisória 591, de 29/11/ 2012.	
Medida Provisória 592, de 03/12/ 2012.	
Medida Provisória 594, de 07/12/ 2012.	

Medida Provisória 595, de 07/12/ 2012.  
Medida Provisória 597, de 26/12/ 2012.  
Medida Provisória 600, de 28/12/ 2012.  
Medida Provisória 601, de 28/12/ 2012.  
Medida Provisória 602, de 28/12/ 2012.  
Decreto 7.824, de 11/10/2012.  
Decreto 7.828, de 16/10/2012.  
Decreto 7.829, de 17/10/2012.  
Decreto 7.834, de 31/10/2012.  
Decreto 7.844, de 13/10/2012.  
Decreto 7.850, de 30/10/2012.  
Decreto 7.861, de 06/12/2012.  
Decreto 7.862, de 08/12/2012.  
Decreto 7.870, de 19/12/2012.  
Decreto 7.873, de 26/12/2012.  
Decreto 7.877, de 27/12/2012.  
Decreto 7.878, de 27/12/2012.  
Decreto 7.879, de 27/12/2012.  
Decreto 7.882, de 28/12/2012.

## Acórdãos — Inteiros Teores

49

### Corte Especial

Ação popular e ação de improbidade administrativa. Edital de concorrência para alienação de ações do Banco do Estado de São Paulo S.A. (Banespa). Inexistência de conexão, [49](#)

Numeração única: 0028554-33.1998.4.01.3400

Conflito de Competência 1998.34.00.028595-0/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Concurso público. Direito à nomeação. Vagas criadas durante o prazo de validade do certame. Observância das regras do edital originário. Edição de editais posteriores. Informação sobre a existência de cargos vagos. Deflagração de processo seletivo para o seu preenchimento. Recusa administrativa à nomeação. Abusividade do ato praticado. Ofensa aos princípios da confiança, isonomia e impessoalidade. Preservação do direito dos demais candidatos já empossados nos cargos, [51](#)

Mandado de Segurança 0026347-22.2011.4.01.0000/AP

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Kassio Marques

### Primeira Seção

**Anistia. Portobras. Natureza autárquica inexistente. Empresa pública de direito privado exploradora de portos. Empregados. Ação declaratória trabalhista. Pedido de reconhecimento da condição de servidor público, 76**

Numeração única: 0010047-58.1997.4.01.3400

Embargos Infringentes 1997.34.00.010075-9/DF

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

### Segunda Seção

**Prefeito municipal. Aplicação de verba pública em desacordo com o programa a que se destina. Prescrição da pretensão punitiva. Falta administrativa. Valor econômico irrelevante. Princípio da insignificância. Aplicabilidade, 85**

Inquérito Policial 0048699-71.2011.4.01.0000/PI

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

### Terceira Seção

**Planta de Brasília. Alargamento da avenida L-2. Diminuição do afastamento para construção em terreno particular. Posterior construção de edifício ocupando a totalidade do terreno. Prejuízo para a estética urbana. Risco para o trânsito. Responsabilidade objetiva do Distrito Federal, 88**

Numeração única: 0002001-56.2001.4.01.0000

Embargos Infringentes 2001.01.00.001601-7/DF

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

**Ação civil pública. Responsabilidade civil. Terra indígena Kiriri. Omissão e letargia no cumprimento das obrigações assumidas pela Funai. Ocorrência de conflitos na comunidade indígena e entre os índios e os posseiros, 92**

Numeração única: 0001497-15.1999.4.01.3300

Embargos Infringentes 1999.33.00.001496-1/BA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

### Quarta Seção

**Ação rescisória. IPI. Aquisição de equipamentos médico-hospitalares, para integração ao seu ativo permanente para consecução dos objetivos sociais, 105**

Ação Rescisória 0019552-63.2012.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

### Primeira Turma

**Ação civil pública. Salário-maternidade. Benefício previdenciário. Indígena. Qualidade de segurada especial. Prazo inicial, 111**

Numeração única: 0005421-76.2005.4.01.3800

Apelação Cível 2005.38.00.005481-5/MG

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

### Segunda Turma

**Militar. Denúncia de irregularidades em licitação. Punições administrativas. Violação ao devido processo legal, 118**

Numeração única: 0000578-71.2001.4.01.4200

Apelação/Reexame Necessário 2001.42.00.000577-1/RR

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

### Terceira Turma

**Crimes contra o meio ambiente. Parque Nacional da Serra da Canastra. Área de proteção ambiental de preservação permanente. Dano ocorrido em zona de amortecimento, 121**

Apelação Criminal 0001561-45.2011.4.01.3804/MG

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto

**Atentado contra a segurança de transporte aéreo. Colisão aérea. Caso Gol. Voo 1907. Culpa. Negligência. Instrumento anticolisão desligado. Não observação de dever inerente à profissão, 129**

Numeração única: 0002947-05.2009.4.01.3603

Apelação Criminal 2009.36.03.002962-5/MT

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto

### Quarta Turma

**Improbidade administrativa. Ex-prefeitos. Verba federal repassada a município. Programa de erradicação do trabalho infantil – Peti. Parte dos recursos repassados para a gestão posterior. Responsabilidade de ambos os gestores. Omissão na prestação de contas. Dano ao Erário. Ressarcimento. Condenação no âmbito do TCU. *Bis in idem*, 158**

Numeração única: 0022413-37.2008.4.01.3500

Apelação Cível 2008.35.00.022605-1/GO

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

### Quinta Turma

**Reparação de dano moral. Coleta de sangue de integrantes da comunidade indígena Karitiana sob pretexto de assistência médica. Coleta de sangue para finalidade de pesquisa científica na área de genética. Vício de consentimento. Dever de indenizar, 168**

Numeração única: 0004017-65.2002.4.01.4100

Apelação Cível 2002.41.00.004037-0/RO

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

**Ação ordinária cominatória de cancelamento e declaração de nulidade de registro de medicamento genérico. Utilização ou exploração de dossiê de medicamento de referência visando ao registro de medicamento genérico. Ausência de prova. Inexistência de proteção patentária do medicamento de referência. Favorecimento a concorrência desleal. Inocorrência. Direito de exclusividade. Aplicação analógica da Lei 10.603/2002. Impossibilidade. Acordo Trips. Incidência direta. Descabimento, 179**

Numeração única: 0016573-55.2008.4.01.3400

Apelação Cível 2008.34.00.016643-4/DF

Relator: Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado)

### Sexta Turma

**Responsabilidade civil. Invasão de residência distinta da prevista no mandado de busca e apreensão. Invasão domiciliar caracterizada. Danos morais configurados, 193**

Numeração única: 0001294-53.2009.4.01.3801

Apelação Cível 2009.38.01.001315-7/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Responsabilidade civil. Danos morais e estéticos. Impropriedade do corpo clínico na cirurgia de correção epifisiólise da cabeça femoral. Culpa *in custodiendo*, 196**

Numeração única: 0002729-48.2002.4.01.3400

Apelação Cível 2002.34.00.002711-6/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

### Sétima Turma

**Imposto de Renda. Venda de cotas de empresa. Fato gerador: disponibilidade econômica ou jurídica da renda. Negócio quitado com precatório ainda não pago. Disponibilidade financeira. Desnecessidade para configurar o fato gerador do IR, 203**

Numeração única: 0004307-20.2010.4.01.3900

Apelação/Reexame Necessário 2010.39.00.001573-8/PA

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

**Execução fiscal em vara federal. Exceção de pré-executividade. Legitimidade de corresponsável. Hipótese de *responsabilidade objetiva* (CTN, art. 134, III), não de *responsabilidade pessoal* (subjativa). Sócios que se retiram posteriormente ao fato gerador de parte do crédito cobrado: legitimidade. Sócio apenas cotista: prova inexistente. Ajuizamento após o falecimento do executado. Regularização processual: impossibilidade, [205](#)**

Agravo de Instrumento 0066283-54.2011.4.01.0000/BA

Relator: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)

### **Oitava Turma**

**Programa Nacional de Alimentação Escolar. Suspensão do repasse de recursos financeiros. Irregularidades sanadas, [208](#)**

Numeração única: 0022023-90.2005.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2005.33.00.022036-0/BA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

### **Primeira Turma Suplementar**

**Plano de prevenção e redução de acidentes de trabalho – PPRA. Elaboração por médicos do Trabalho, [210](#)**

Numeração única: 0009057-53.2000.4.01.3500

Apelação Cível 2000.35.00.009097-9/GO

Relator: Juiz Federal Marcio Luiz Coêlho de Freitas (convocado)

**Execução fiscal. Empresa concessionária de serviço de transporte coletivo urbano. Contrato. Redirecionamento contra autarquia municipal. Omissão de dever legal de exigência de certidão negativa de débitos, [212](#)**

Numeração única: 0024458-14.2003.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2003.01.00.030907-8/BA

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)

### **Segunda Turma Suplementar**

**Militar. Demissão. Menos de cinco anos de oficialato. Posse em cargo inacumulável. Indenização pelo não cumprimento de período de serviço obrigatório. Despesas custeadas na preparação e formação. Constitucionalidade e legalidade, [215](#)**

Numeração única: 0008487-94.2001.4.01.3900

Apelação Cível 2001.39.00.008509-8/PA

Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)

### **Terceira Turma Suplementar**

**Processo administrativo disciplinar. Servidor público federal. Demissão. Servidora não denunciada em ação penal. Possibilidade de responsabilização administrativa. Infrações de natureza grave devidamente comprovadas em processo administrativo. Proporcionalidade, [219](#)**

Numeração única: 0033900-14.1997.4.01.0000

Apelação Cível 1997.01.00.041471-9/PA

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu (convocada)

### **Quarta Turma Suplementar**

**Cade. Infração à ordem econômica. Não configuração. Tabelamento de preços de serviços médicos anestesistas, [222](#)**

Numeração única: 0020981-65.2003.4.01.3400

Apelação Cível 2003.34.00.020987-0/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

**Contrato de concessão de terras públicas. Rescisão contratual. Descabimento. Obrigações recíprocas, [225](#)**

Numeração única: 0003195-42.2003.4.01.4100

Apelação/Reexame Necessário 2003.41.00.003181-7/RO

Relator: Juiz Federal Marcio Barbosa Maia (convocado)

### Quinta Turma Suplementar

**Execução fiscal movida contra o município. Matéria preclusa. Não conhecimento, 229**

Numeração única: 0018360-81.2001.4.01.0000

Apelação/Reexame Necessário 2001.01.00.021713-7/BA

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)

### Sexta Turma Suplementar

**Leasing. Concentração de parcelas. Regularidade do contrato. Descaracterização para contrato de compra e venda. Impossibilidade, 233**

Numeração única: 0002193-03.1999.4.01.3801

Apelação Cível 1999.38.01.002168-3/MG

Relator: Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé (convocado)

**Imposto de importação. Base de cálculo advinda de arbitramento de valor. Legalidade, 236**

Numeração única: 0002368-94.2003.4.01.3400

Apelação Cível 2003.34.00.002352-7/DF

Relator: Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé (convocado)

### Sétima Turma Suplementar

**Contratação de câmbio. Mudança do sistema de bandas para o de livre flutuação da taxa de câmbio. Superdesvalorização da moeda nacional face ao dólar americano. Desembolso de valores ao fornecedor estrangeiro em patamar superior ao projetado. Ausência do requisito da imprevisibilidade. Risco ordinário das operações cambiais, 240**

Numeração única: 0013891-09.1999.4.01.3800

Apelação Cível 1999.38.00.013915-5/MG

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)

**Anulatória de débito fiscal. ISSQN. Serpro. Prestação de serviços a órgãos da Receita Federal. Instalação de nós de rede. Contraprestação. Subvenções econômicas. Auto de infração. Nulidade, 244**

Numeração única: 0031126-69.2001.4.01.0000

Apelação Cível 2001.01.00.034492-1/AM

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)

## Decisões Monocráticas

247

**Laboratório. Fabricação e comercialização de medicamentos, independentemente de registro. Produtos fitoterápicos, 247**

Medida Cautelar inominada 0059348-61.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan. Suspensão dos efeitos do ato administrativo de cancelamento da autorização concedida para a construção de cinco ligações viárias no Distrito Federal, 248**

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0076601-62.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

**Causa que envolve interesse do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). Ato coator atribuído ao Juiz de Direito da 1ª Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de Porto Velho. Competência para o julgamento, 250**

Mandado de Segurança 0051030-89.2012.4.01.0000/RO

Relator: Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz (convocado)



Instituto de Tecnologia para o Desenvolvimento – Lactec. Decretação da perda da qualificação de Oscip – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, [252](#)

Mandado de Segurança 0076232-68.2012.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Servidor público. Redução dos vencimentos. Desconto a título de reposição ao Erário, [256](#)

Agravo de Instrumento 0027058-90.2012.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre o valor da receita bruta da comercialização da produção rural. Art. 25, incisos I e II, da Lei 8.212/1991, [258](#)

Agravo de Instrumento 0012998-15.2012.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

## JEFs em Revista

261

Aposentadoria por tempo de contribuição. Reconhecimento de período de estágio curricular como de efetivo exercício em emprego. Professor. Vínculo trabalhista disfarçado. Comprovação, [261](#)

Recurso inominado 0032322-69.2009.4.01.3500/GO

Relatora: Juíza Federal Luciana Laurenti Gheller

Pedido de uniformização de interpretação de lei federal. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Ausência da obrigação de indenizar. Ausência da comprovação dos prejuízos materiais alegados e da demonstração do dano moral supostamente sofrido. Ausência da declaração de valor e conteúdo no momento da postagem do material pertencente ao autor, [262](#)

Recurso inominado 0015417-79.2010.4.01.3200/AM

Relatora: Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe

Auxílio-doença. Cessação indevida. Direito ao benefício no curso da ação. Desnecessidade de autorização judicial para cessação do benefício, [264](#)

Numeração única: 0036042-17.2009.4.01.3800

Recurso inominado 2009.38.00.705251-5/MG

Relator: Juiz Federal Marcelo Aguiar Machado

Previdenciário. Nomeação de fisioterapeuta como perito oficial. Laudo nulo. Nulidade do processo a partir da nomeação do perito. Necessidade de realização da perícia por um profissional da Medicina, [265](#)

Recurso inominado: 0001523-49.2011.4.01.9360/MT

Relator: Juiz Federal Jeferson Schneider

Funrural. Produtores rurais. Pessoas naturais. Lei 8.212/1991. Art. 195, I, da Constituição. Emenda Constitucional 20/1998. Cobrança devida após vigência da Lei 10.256/2001, [266](#)

Recurso inominado: 0001323-60.2010.4.01.3804/MG

Relator: Juiz Federal Marcelo Aguiar Machado

## Breviário

269

Conversão da pena aplicada. Inexistência de pedido. Julgamento *extra petita*. Mérito administrativo. Poder Judiciário. Reexame. Excepcionalidade.

Denúncia. Juiz do Trabalho. Peça informativa conduzida pela autoridade policial sem participação do Tribunal. Impossibilidade legal. Ausência de justa causa para a ação penal.

Inquérito. Prefeito municipal. Pagamento antecipado à empresa. Dispensa de licitação. Decreto-Lei 201/1967. Norma especial. Lei 8.666/1993. Inaplicabilidade.

Liberação da comercialização e exportação de estoque de mogno adquirido em data anterior à vigência da Instrução Normativa 17/2001. Ibama.

Aposentadoria. Renúncia. Concessão de novo benefício. Desaposentação. Possibilidade. Direito patrimonial disponível.

Servidor. Auditor fiscal. Crédito reconhecido administrativamente. Postergação do pagamento. Condicionamento da satisfação do crédito à dotação orçamentária. Impossibilidade.

Prestação de serviços à comunidade. Descumprimento injustificado. Conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade. Legalidade.

Uso de documento falso. Passaporte verdadeiro com visto falsificado. Detecção da falsidade do visto no exterior. Deportação sem processo. Princípio da extraterritorialidade condicionada. Perdão.

Tráfico internacional de entorpecentes. Competência da Justiça Federal. Nulidades. Elementos hábeis e suficientes a justificar a exacerbação ou diminuição da pena. Desmembramento do processo com relação a um dos acusados.

Plano de saúde. Exames urgentes para diagnóstico e tratamento oncológico. Exames não incluídos na lista de procedimentos da Agência Nacional de Saúde. Reembolso parcial. Caso de emergência pelo risco de lesões irreparáveis ao paciente.

Ação civil pública para desocupação de unidade de conservação e reparação de dano ambiental. Invasão de reserva extrativista. Possibilidade de arbitragem do dano ambiental.

Ação civil pública. Classificação de jogos eletrônicos segundo faixa etária. Defesa da criança e do adolescente.

Regime do anistiado político. Empregados da ECT demitidos por participação em movimento grevista. Cálculo da reparação econômica em forma de prestação mensal relativa aos meses de afastamento. Possibilidade de cumulação da reparação econômica com indenização por dano moral.

Imposto de importação. Redução da tarifa em razão de acordo entre países membros da Aladi. Bens com origem e destinados a países integrantes da Aladi. Triangulação virtual com país não membro. Benefício fiscal garantido.

Contribuição previdenciária. Comercialização de produtos rurais. Inconstitucionalidade declarada pelo STF. Repristinação. Descabimento. Repetição do indébito.

*Tarifas de uso* (ou de navegação aérea). Elementos da obrigação tributária fixados por intermédio de portaria. Ilegalidade.

Mandado de segurança coletivo. União. Representante da autoridade impetrada. Eficácia em todo território nacional. Interesse coletivo. Alcance a todos os afiliados da associação impetrante. Eficácia ultrapartes.

Ação popular. Contratos de publicidade. Promoção pessoal de autoridade. Falta de prova.

Ação anulatória de débito fiscal. Multa decorrente do atraso na entrega de declarações de informações.

Conflito negativo de competência. Juízo federal e juízo do Juizado Especial Federal. União estável. Competência da vara de família. Art. 226, §3º, da CF/1988. Lei 9.278/1996. Previdenciário. Interesse da União. Incompetência da Justiça Federal reconhecida. Conflito suscitado perante o Superior Tribunal de Justiça.

Embargos infringentes. Sentença que decretou a nulidade de acórdão do ex-TRF e anulou todos os atos decisórios da liquidação e do processo de execução. Interposição anterior ao julgamento dos embargos de declaração. Não reiteração. Extemporaneidade.

Embargos à execução de título judicial. Sentença em conformidade com o pedido. Valores devidos desde a citação válida. Ausência de excesso de execução. Exigibilidade do título exequendo.

Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Pena de demissão. Prescrição. Cinco anos. Ação penal. Instância própria. Não interferência na prescrição administrativa.

Peculato. Formação de quadrilha. Desvio de recursos da União para a conta-corrente do Estado de Roraima, movimentada por empresa privada, para pagamento de vencimentos a supostos servidores públicos.

Venda de livros do professor em faculdade pública. Registro indevido de aulas em diário de classe. Expressões injuriosas e preconceituosas em sala de aula. Inexistência de atos de improbidade. Faltas funcionais.

Tratamento médico não oferecido pelo SUS. Pessoa com condições financeiras para custear o tratamento.

Processo administrativo. ECT. Suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública.

Programa de exploração rodoviária. Ação cautelar. Suspensão da assinatura de contrato de concessão. Indicação de irregularidades praticadas pela Comissão de Outorga no julgamento da proposta escolhida.

Usina hidrelétrica. Áreas inundadas. Alteração de coeficiente de compensação financeira.

Enfiteuse. Laudêmio. Obrigação do alienante. Pagamento. Falta de prova. Taxa de ocupação do imóvel. Responsabilidade do ocupante de direito.

Entidade educacional. Imunidade. Não cumprimento dos requisitos. Inexistência de direito adquirido à manutenção do Cebas.

Servidor público. Licença remunerada para realização de doutorado. Pedido de exoneração logo em seguida ao retorno da licença remunerada. Indenização ao Erário das despesas efetuadas com o curso.

Responsabilidade civil do Estado. Cargo em comissão. Exoneração. Inexistência de ato ilícito. Inexistência de dano moral.

Regime aduaneiro especial de admissão temporária de cintas metálicas e selos de dupla dobragem utilizados para acondicionar toras de madeiras exportadas.

Regime especial de *drawback*. Suspensão dos impostos incidentes na operação de importação. Não exportação das matérias-primas de acordo com o ato concessório do regime especial. Obrigação de recolhimento do tributo com todos os seus encargos acessórios, inclusive multa moratória.

Circular 2.747/1997. Contratação de câmbio para liquidação futura. Importações com declaração. Multa diária. Violação a princípios constitucionais. Ilegalidade configurada.

## Repositórios Oficiais de Jurisprudência

295

## Normas de Envio de Artigos Doutrinários à Revista

297

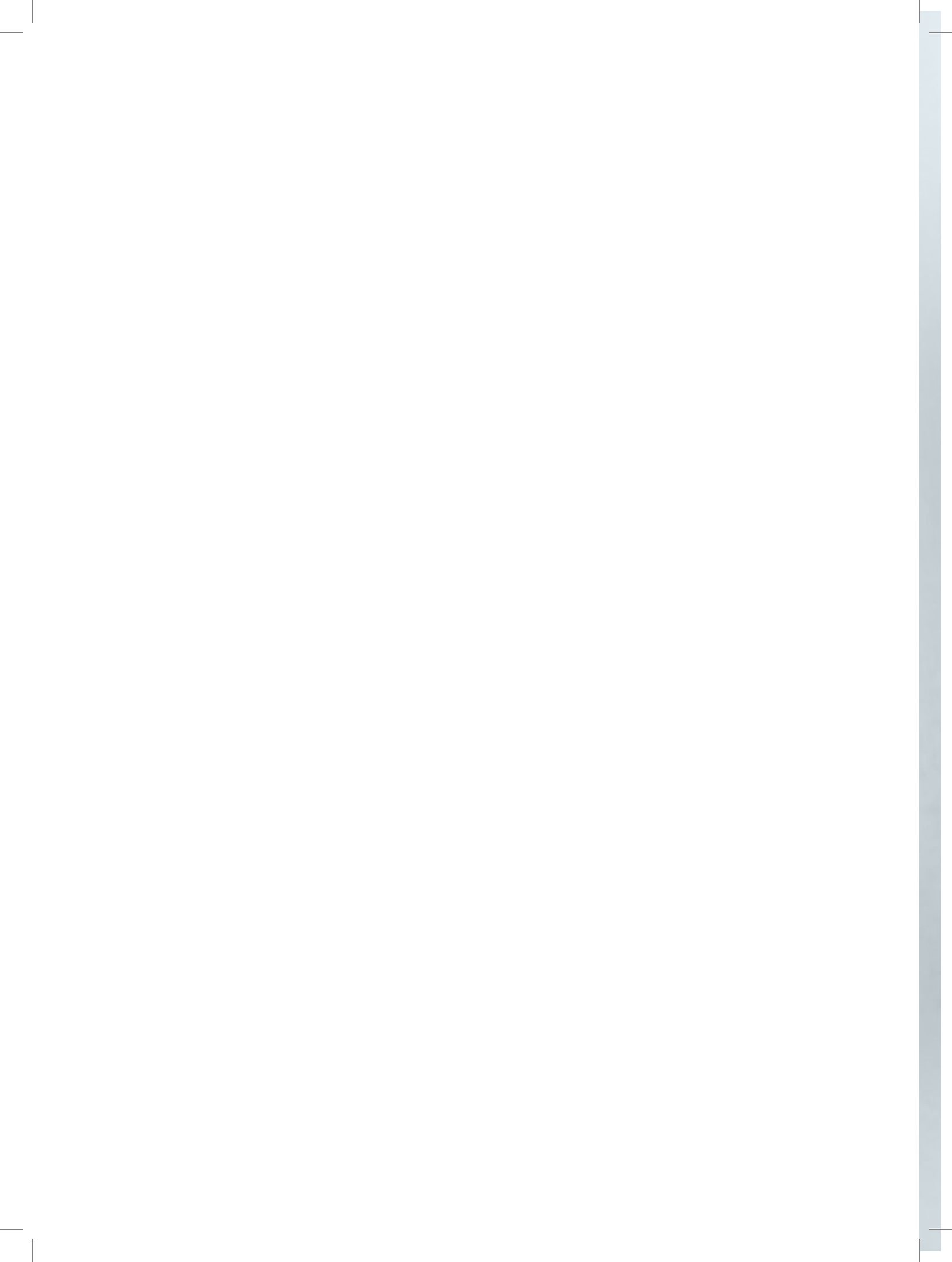


A edição da Revista este mês apresenta na Seção Ponto de Vista entrevista com o Professor Edilson Alkmim Cunha, que participou com desembargadores e servidores desta Corte da tradução de parte do *Digesto* (compilação das decisões dos jurisperitos romanos, convertidas em lei por Justiniano, imperador romano do Oriente)

Os artigos doutrinários abordam os seguintes temas: *Não obrigatoriedade do advogado no processo*, de Vallisney de Souza Oliveira; e, *A lei internacional na ordem jurídica interna: os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, de Alceu José Cicco Filho.

Constam também acórdãos e decisões monocráticas publicados nos meses de novembro e dezembro de 2012.

Ótima leitura!





*“Vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei;  
nunca se viu a lei reformar a sociedade”.*

*Jean Cruel*

Disponível em: <[http://www.fundamar.com/projetos\\_itens.aspx?id=3&projeto=3](http://www.fundamar.com/projetos_itens.aspx?id=3&projeto=3)>.





## O latim ainda é importante para o Direito?

Edilson Alkmim Cunha\*



“Há quem se entrega ao destino; outros o fazem. Eu me incluo entre os primeiros.”

**Revista:** Fale um pouco sobre sua experiência como estudioso e professor de idiomas.

**Edilson Alkmim:** Há quem se entrega ao destino; outros o fazem. Eu me incluo entre os primeiros. Nesta minha já longa jornada, nunca abri um caminho, mas segui os que se abriam à minha frente. Minha atração por línguas, por exemplo, foi despertada pela circunstância de ter tido dois excelentes professores, de latim e francês, no Instituto Padre Machado, em Belo Horizonte, na época dirigido pelo Professor Antônio de Lara Resende, pai do escritor Otto de Lara Resende. O destino me levaria a uma estada de quatro anos na Europa, oportunidade que só fez crescer meu interesse por línguas: em Roma, cujas faculdades pontifícias tinham o latim como língua exclusiva para aulas, exames e trabalhos acadêmicos; na França, fiz estágios e, nos períodos de férias, aproveitei para conhecer alguns países, chegando às vezes à ousadia de tentar entender os dialetos italianos e até os *patois* do Sul da França. Além disso, servindo-me das boas bibliotecas europeias, não perdi tempo para entrar em contato mais direto com as literaturas nacionais. Esse relativo acervo de experiência com as línguas veio em meu auxílio, quando novo caminho se abriu ao desafio

de sobrevivência: lancei-me no mercado editorial do Rio de Janeiro, em 1962, tornando-me tradutor, por quatorze anos, das principais editoras da época, entre outras, a Nova Fronteira, de Carlos Lacerda, Record, Manchete, Forense, mais tarde a Cutrix e a LTR, de São Paulo. Nessa nova aventura, fui tradutor até de obras clássicas e de *best-sellers* da literatura americana; fui tradutor do primeiro livro de Pasolini em português. Novos horizontes se abriram em Brasília onde, como secretário nacional de uma organização internacional, por doze anos, tive a oportunidade de voltar ao mundo das línguas; depois de alguns anos de intervalo e, mais tarde, aposentado, prestei, por doze anos, serviços à OIT e lecionei latim e grego no Seminário Maior Arquidiocesano e no Instituto São Boaventura de Filosofia e Teologia. Como se vê, meu casamento com as línguas já dura mais de setenta anos e, tudo indica, só a morte nos separará.

**Revista:** Em sua opinião, qual a importância do latim nos dias de hoje?

**Edilson Alkmim:** Nenhuma, tendo em vista o quase total desinteresse dos meios acadêmicos; desinteresse produzido pelo espírito pragmata e mercantilista da sociedade moderna. Já no século XIX, Shopenhauer, em seu livro *A Arte de Escrever*, considera “verdadeiro infortúnio para a ciência da Europa” a abolição do latim. É bem verdade que na Europa ainda há *bolsões* de cultores do latim, especialmente nos meios acadêmicos, o que é atestado pela publicação de gramáticas e obras

\*Graduado em Filosofia Tomista pelo Seminário Eucarístico de Belo Horizonte e licenciado em Teologia pelo Instituto *Angelicum*, de Roma; professor de línguas, inclusive de latim e grego, tradutor de mais de 200 livros em quatro idiomas, além de ter prestado serviços a organismos internacionais.

clássicas latinas, por exemplo, em Portugal. Na França, há gibis que contam a história de Vercingetorix em latim. O *Osservatore Romano*, órgão oficial do Vaticano, calcula em 20 milhões o número de europeus que cultivam o latim. Na Universidade de Helsinque (Finlândia) há um hebdomadário em latim moderno, editado por professores e alunos, também transmitido em horário regular por rádio finlandesa. No Brasil, com exceção da louvável iniciativa da Editora Nova Alexandria, que vem editando algumas obras latinas, até o melhor dicionário de latim-português, o conhecido Saraiva, só é reeditado em fac-símile e, por isso mesmo, em português anterior à reforma de 1943. No meio jurídico, o quadro é mais desanimador. O português é uma das poucas línguas modernas que não dispõem de tradução dos cinquenta livros do *Digesto*, uma das mais importantes fontes do chamado Direito romano, que modelou e estruturou o Direito ocidental. O que há são dicionários, vocabulários, muitos deles responsáveis por erros crassos de grafia e tradução, perpetuados por citações repetitivas por quem não sabe latim. Exemplo gritante é classificar a expressão *a rogo* como latina.

**Revista:** Como o senhor veio a ministrar cursos de latim na Escola da Magistratura Federal da 1ª Região?

**Edilson Alkmim:** No início de minha vida profissional, registrei-me no MEC como professor de latim e lecionei em cursos secundários. Absorvido pelas atividades de tradutor e, mais tarde, por funções públicas, deixei de fazê-lo e, como já disse, retomei essa atividade depois de aposentado. Por experiência, produzi uma apostila, mais tarde transformada em gramática – *Latim Para Principiantes*, publicada pelas Edições Kolbe, em cujo desenvolvimento adotei a metodologia fundamental da análise sintática, pela qual o aluno é levado a entender, em vez de simplesmente decorar, o uso das declinações, sem o que o latim é uma língua cifrada. Ofereci um exemplar ao Desembargador Federal Fernando Mathias, com quem me encontrava frequentemente nas missas dominicais no Mosteiro de São Bento, pedindo suas críticas e opinião, por sabê-lo cultor da língua latina. Pouco depois, Dr. Mathias assume a diretoria da Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, onde institui cursos de várias línguas, entre outras, de latim, para cujo ensino tive a honra de ser convidado. Era mais um caminho que se punha à minha frente. Recebi o convite com muita apreensão, tendo em vista a categoria de *alunos*. Minha primeira pergunta a Dr. Mathias foi para saber se podia dar aula sem gravata...

**Revista:** Sabe-se que o senhor, em companhia de desembargadores federais, realizou a tradução do *Digesto*. De quem partiu essa iniciativa? Qual foi o método empregado e qual sua avaliação quanto ao resultado desse trabalho?

**Edilson Alkmim:** Entre os desembargadores participantes do curso, muitos já tinham bons conhecimentos do latim, de modo que dosava a matéria, ora ministrando noções básicas de gramática, ora fazendo traduções de textos elementares, vez por outra incursionando no mundo da literatura clássica. O curso, porém, passou a ser mais gratificante e dinâmico quando recebi recomendação para dar orientação mais jurídica aos trabalhos. Para mim foi uma nova experiência, pois até então nunca tivera contato com a literatura jurídica latina. Começamos pela Lei das XII Tábuas, as *Instituta*, e, por fim, o *Digesto* de Justiniano. Foi quando surgiu a ideia de que o meio jurídico merecia uma tradução científica das obras do imperador Justiniano. O então diretor da Esmaf, na época, Dr. Hilton Queiroz, encampou a ideia da tradução e publicação do *Digesto* I. A oportunidade era única: eu carecia de formação jurídica para me lançar a uma tarefa dessa natureza, mas podia contar com uma equipe multidisciplinar de alto nível<sup>1</sup>, que daria substancial contribuição, da qual resultaria uma tradução rigorosamente fiel ao original e, ao mesmo tempo, redigida em termos jurídicos atuais, enriquecida de oportunas notas críticas de rodapé e dotada de suplementos na forma de glossário e índice remissivo. A tarefa proporcionou à equipe a oportunidade de uma leitura crítica de outras traduções europeias e americanas em outras línguas que nós, em nosso atavismo colonial, imaginávamos perfeitas e irretocáveis. Lançado no dia 24 de setembro de 2010, o *Digesto* I teve excelente acolhida no meio jurídico. O renomado jurista José Carlos Moreira Alves, mestre em Direito romano, além de prefaciá-lo, sugeriu à Esmaf dar continuidade à tarefa de tradução dos demais livros, a começar pelo 50º. A equipe aceitou o desafio e já completou a tradução do livro sugerido, ora quase em condições de editoração e publicação.

<sup>1</sup> Os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Daniel Paes Ribeiro, Leomar Amorim, além dos revisores profissionais, Carmen Lúcia Prata da Costa e Gustavus Adrianus de Faria Von Söhsten, também esses bons alunos de latim.

# Não obrigatoriedade do advogado no processo

Vallisney de Souza Oliveira\*

É da nossa tradição e da nossa cultura a prevalência dos Códigos como regentes quase que exclusivamente do Direito brasileiro, de que é exemplo o Código Comercial, a Consolidação Ribas e o Código de Processo Criminal do Império, o Código Civil de 1916, o Código Penal e o Código de Processo Penal da década de quarenta, o Código de Processo Civil de 1939 e o atual CPC de 1973.

Os códigos processuais, condutores da solução estatal de conflitos individuais e particularizados exigem que, para acessar a jurisdição é essencial que a parte dê procuração a um advogado, experto nas praxes, na técnica e nos ritos forenses e no direito material a ser debatido e aplicado.

O modelo da codificação, repleto de formas legais se destina exclusivamente aos profissionais do foro: defensores técnicos, juízes, promotores, auxiliares da Justiça, todos exímios e especializados hermeneutas, que deviam (e devem) seguir a complexa cartilha procedimental legislativa, devendo possuir suficiente conhecimento especializado do Direito e da matéria litigiosa.

O Direito processual funcionou restrito ao círculo fechado dos juristas até meados do século XX, num intangível pressuposto de que justiça é coisa dos iniciados, bacharéis em Direito, qualificados especialistas, entendidos na prática forense; de que justiça é o campo para questões a serem discutidas exclusivamente pelo advogado, pelo juiz e pelo promotor, únicos legitimados para falar, debater e resolver, em nome do leigo ou do interessado propriamente dito ou do próprio Estado. Aliás, tal assertiva não deixa de ser correta, uma vez que se trata de profissões especializadas deitadas no Direito, o que não significa por outro lado que não possa haver exceções.

Nas varas e nos tribunais civis usualmente se discutiam causas envolvendo propriedade, matrimônio, herança, família e outras espécies de lides previstas no Código Civil e Comercial, sendo indispensável um advogado para representar a parte em Juízo.

Todo o aparato judiciário estava à disposição, salvo raras exceções, de quem podia pagar despesas processuais, contratar advogados e com condições para aguardar o desenrolar do processo e seu rito, mesmo porque a assistência judiciária gratuita de outrora consistia apenas numa inalcançável aspiração popular.

O modelo das codificações atendia satisfatoriamente à sociedade de um país menos industrializado, menos populoso e que não havia sofrido a massificação da vida nas metrópoles. Servia muito bem a um país onde não existia a intensa concentração e problemas urbanos, nem globalização, nem progresso vertiginoso, nem informação universal, nem generalizada automação e informatização.

A partir da década de setenta do século passado a Justiça Pública, centrada nos Códigos, não conseguia sozinha dar respostas à complexidade social e acompanhar a realidade das relações interpessoais, deixando de ser o ancoradouro único de direitos, num Brasil marcado por antinomias e diversidades.

Não se tratava apenas de causas complexas, que exigiam um advogado para traduzir tecnicamente o problema de seu cliente, aprofundando-se na questão, e um juiz concentrado nas poucas causas que recebia.

Os conflitos passaram também a ser múltiplos e surgidos em série, alguns sem nenhuma complexidade, restringindo-se a discussão de tese jurídica e aplicação da norma aos casos concretos, como, por exemplo, direitos de servidores públicos ou relacionados com o aumento ilegítimo de uma tarifa ou tributo.

O aparelho judiciário se tornou insuficiente e deficiente em relação aos anseios dos destinatários das decisões judiciais, diante das dificuldades as mais diversas para a eficácia e a celeridade de uma demanda, inclusive pelo surgimento de uma massa urbana mais conhecedora de seus direitos, que não tinha condições de contratar advogado e nem de esperar o longo caminho da ação, até o seu desfecho.

Não que tudo dependesse exclusivamente do advogado, mesmo porque é inegável a importância desse profissional do Direito e seu papel fundamental no processo. Mas o modelo como um todo gerava um processo inacessível, caro, moroso e formalista e deixava uma enorme camada da população à margem da justiça oficial. Principalmente se o cidadão, que

\* Juiz federal na Seção Judiciária do Distrito Federal. Mestre e doutor em Direito/PUC-SP. Professor de Direito/UnB.

desejava e necessitava de uma solução mais imediata para o seu pequeno ou singelo problema, resolvesse procurar o Judiciário, o tempo demorado da resolução não compensava muitas vezes o pagamento de despesas processuais e de honorários advocatícios.

O regime processual da prevalência da codificação sofreu, portanto, consequências e influências da realidade social, evidenciado pelo contraste entre a parcela da sociedade que possuía recursos para contratar advogados e ir à busca de seus direitos, como sindicatos, associações, empresas e o próprio Estado, e a maioria da população, o cidadão comum, o miserável ou de ínfima renda, que enfrentava imensas dificuldades para o acesso à Justiça.

O sistema excluía dos serviços judiciais uma multidão de jurisdicionados. Era justamente a parte da população que não tinha acesso a informações ou que não sabia de seus direitos; ou que tinha consciência de que não valia a pena contratar advogado para problemas pequenos ou que não pretendia aguardar o longo desenrolar de um processo complexo, de difícil compreensão e moroso.

Ou ainda eram pessoas com dificuldades de acesso aos próprios núcleos de assistência judiciária por falta de estrutura das Defensorias Públicas, até hoje não devidamente aparelhadas em todas as esferas e comarcas.

O modelo dos Códigos tornou-se insuficiente para decidir com eficiência novas questões e para atender a novas aspirações populares. Diante disso, durante certo tempo ficaram de fora do aparato estatal e da tutela jurisdicional alguns tipos de conflitos presentes numa parcela populacional considerável, razão pela qual na década de noventa tornou-se inevitável o surgimento de prodigiosa legislação extravagante, como o Código do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Criou-se um hiato intransponível entre a prestação jurisdicional e os problemas sociais menores e as disputas marginais de litígios. O Judiciário não resolvia com eficiência os conflitos, criminais ou cíveis, tanto que se tornou usual a prática de resolução de litígio por particulares e por outros sujeitos mais próximos dos problemas, como líderes comunitários e religiosos.

Sob a égide da legislação processual a Justiça não alcançava e ainda não teve total sucesso no tratamento de inúmeras controvérsias, principalmente as civis, como as do cotidiano urbano, por exemplo, entre condôminos, entre familiares, entre inquilinos,

acidentes de trânsito de leve gravidade e danos civis e empresariais de menor monta.

É evidente que essa omissão não está somente ligada ao Judiciário, mas também a diversos órgãos essenciais à justiça. Faltava, e falta ainda, embora em menor grau do que no passado, a implantação efetiva de defensorias estaduais, melhor aparelhamento de procuradorias de Municípios, dos Estados e da União, melhor fiscalização do Ministério Público, menos omissão de Governos nas estruturas e no funcionamento de órgãos judiciais e policiais.

O povo então não dispunha de um sistema judicial voltado para novas lides, para pequenas demandas, e de uma justiça acessível que atendesse pronta e devidamente todas as pessoas em todas as cidades.

O Estado desaparelhado e ainda pouco preparado para reconhecer e solucionar problemas menores e difusos, de pessoas tão necessitadas de bens jurídicos, moldava esse modelo particularizado: em geral ia para a Justiça aquilo que valia a pena ir, em proveito de pessoas que podiam arcar com despesas, contratar advogados e esperar a lenta evolução procedimental e recursal.

Exceção a esta codificação complexa e formalista ocorreu com a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1941, dado o espírito protecionista do trabalhador, que sacrificou a igualdade em prol do empregado e dispensou o ingresso da reclamatória em juízo e o acompanhamento por meio de advogado (art. 791 da CLT).

Somente em 1984 foi editada Lei de Pequenas Causas Cíveis (Lei 7.244). Essa lei, inspirada na oralidade, simplicidade, conciliação, em consonância com os anseios populares, abriu o leque do acesso à Justiça: o interessado adquiriu o direito de promover diretamente sua pequena causa – de até vinte salários-mínimos – sem advogado.

Decididamente, a experiência bem sucedida do tratamento dado às pequenas causas cíveis teve influência no constituinte, tanto que a Carta Democrática de 1988 previu em seu art. 98, I, os Juizados Especiais para causas de menor complexidade (cíveis) e infrações penais de menor potencial ofensivo (criminais) pelos Estados e Distrito Federal. Também o mesmo preceito constitucional estabeleceu a instituição dos juízes leigos ao lado dos juízes togados, reiterou a possibilidade de conciliadores e incentivou o uso da conciliação.

A Lei 9.099, de 1995, regulou o processo e o julgamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e

manteve a não obrigatoriedade do advogado, quando a demanda civil não ultrapassar a 20 salários-mínimos, sendo obrigatória a presença deste, nas causas entre 20 e 40 salários-mínimos e na fase recursal.

A Lei 10.259/2001 veio regular o processo, o julgamento e a execução de causas cíveis de pequena complexidade em face da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais. Fixou a alçada em até sessenta salários-mínimos e ainda as infrações de menor potencial ofensivo em caso de pena de multa ou pena máxima não superior a dois anos e possibilitou o ingresso em juízo do cidadão pessoalmente sem pagamento de custas processuais e de honorários no primeiro grau.

Finalmente, a Lei 12.153, de 2009, criou os Juizados da Fazenda Pública Estadual, do Distrito Federal, Territórios e Municípios, nos mesmos parâmetros dos Juizados Especiais Federais. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública integram o sistema da Justiça Estadual. Segundo a lei, podem ser autoras as pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte

e réus os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios nas causas cíveis de valor até sessenta salários-mínimos, não sendo essencial a postulação por advogado.

A impossibilidade de condenação em verba honorária no primeiro grau e a não obrigatoriedade da atuação por meio do advogado não significa proibição da advocacia na representação de quem possui condições e prefere ser representado tecnicamente em juízo mesmo em causas de menor complexidade e também não minimiza a importância desse serviço na Justiça Comum, de causas de maior complexidade, onde o advogado exerce o seu encargo com técnica jurídica na defesa do seu cliente.

Portanto, a sistemática judicial na qual a participação do advogado não é obrigatória merece ser mantida, porque é exceção e foi destinada a causas simples em benefício da parcela da sociedade que não possui condições de arcar com as despesas processuais do processo tradicional.

# A lei internacional na ordem jurídica interna: os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Alceu José Cicco Filho \*

## Resumo

O presente artigo, que se pretende informativo, intenciona integrar salutar e necessário debate acerca da jurisprudência edificada pelo Supremo Tribunal Federal sobre tratados. Amparado no método indutivo, o ensaio se destina a traçar súmula evolutiva registrada pela Corte quando diante da lei internacional, abordando questões afetas ao rompimento do dualismo, tão somente consolidado no Recurso Extraordinário 71.154/1971, sem prejuízo da definição hierárquica do tratado e de seu caráter revogador, descritos no Recurso Extraordinário 80.004/1977. Outros temas de igual importância, à semelhança da estatura hierárquica dos tratados sobre direitos humanos, bem como a ponderação sobre ser o Estado estrangeiro ente jurisdicionável, consoante Apelação Cível. 9.696/1989, são passagens presentes ao longo do estudo.

Palavras-chave: monismo – dualismo – tratados – Supremo Tribunal Federal.

## Introdução<sup>1</sup>

Toda aproximação é um conflito, disse Fernando Pessoa em tenra idade. A constatação de que o encontro nem sempre é sinônimo de serenidade ou lucidez imprime na esfera jurídica traços singulares, à semelhança da clássica dicotomia entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno, estimulando, no espírito coletivo, a necessidade de se acomodar

peças supostamente desconexas de um quebra-cabeça global.

A preocupação com o tema possui registros anteriores à Revolução Americana, quando, aliás, emergiu o aforismo *International Law is part of the law of the land* (O Direito Internacional integra a lei da nação), sistematizado no século XIX. Dissídios entre monistas e dualistas, inicialmente representados por Hans Kelsen e Heinrich Triepel, respectivamente, emprestaram ao debate silhuetas próprias que se assentam em figurinos clássicos: soberania, Estado e Constituição.

Sob o argumento de que o Direito Internacional e a ordem doméstica seriam esferas jurídicas diversas, porquanto tributárias de fundamentos e destinatários distintos, o dualismo encontrou na obra *Völkerrecht und Landesrecht* (Lei Nacional e Internacional), redigida por Heinrich Triepel, em 1899, conforto e amparo teórico. Após, em 1905, solidária à discussão que se inaugurava, a Escola Italiana de Direito Internacional contribuiu para o debate com a obra *Il Diritto Internazionale nel Giudizio Interno* (O Direito Internacional no Juízo Doméstico), escrita por Dionisio Anzilotti.

O monismo, em sentido contrário, acreditou haver ordem jurídica única, acolhedora por suas razões, serena e solitária em sua dimensão tão resoluta e discreta, ora com primazia do Direito Interno, ora com primazia do Direito Internacional. Semelhante doutrina, pautada em Friedrich Hegel e escrita por Max Wenzel e Georg Jellinek, por um lado, bem como Hans Kelsen e Alfred Verdross, por outro, encontrou, no período pós II Guerra, o ambiente propício à sua contínua aceitação.

A despeito das teorias intermediárias, a exemplo do dualismo moderado, somadas à compreensão da dicotomia como *disputa de palavras*, no juízo de Alf Ross, hoje não se questiona a presença do Direito Internacional na órbita jurídica dos Estados. O debate, ao revés, assume feições inéditas e se imiscui no reconhecimento de que a inclusão do Estado na cena internacional pressupõe a revisão do conceito de soberania.

A discussão atual diz respeito à imperatividade das normas internacionais e sua efetividade quando inseridas na esfera jurídica dos Estados soberanos, portanto. Desde o clássico ensaio *Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International*

\*Em 2009, obteve o bacharelado em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Em 2011, recebeu o título de especialista em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB), sendo aceito pela Universidade de Oxford para cursar Direitos Humanos em programa de extensão acadêmica. Cursa especialização em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Aceito, em 2012, para cursar Direito Internacional Público em programa de extensão universitária oferecido pela London School of Economics and Political Science (LSE). Exerce a advocacia e atua como pesquisador em temas afetos aos Direitos Humanos, Soberania e Organismos Internacionais.

<sup>1</sup>A introdução ora apresentada foi cedida pelo autor para integrar a apresentação da obra *O Direito Internacional nas Constituições*, em processo de edição pela editora Saraiva e coordenada pelo autor, Maria Elizabeth G. T. Rocha e Ana Flávia Velloso.

*Public* (As Relações Sistemáticas entre o Direito Interno e o Direito Internacional Público), redigido por Hans Kelsen, permitiu-se compreender a inserção do Estado nas relações internacionais e o influente papel do Direito das Gentes como instrumento regulador dessa realidade.

Com efeito, o fortalecimento da ordem jurídica internacional e sua *democratização*, sobretudo com a emergência da Organização das Nações Unidas, proporcionou visível interdependência no cenário em que residem os entes soberanos, sublimando a responsabilidade destes e o protagonismo das convenções internacionais enquanto depositárias da unidade e do equilíbrio que pressupõe o sistema global. O amanhecer do século XX, ademais, por meio das publicações no *Recueil des Cours*, acolheu doutrina fecunda à relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, fomentando ilações na matéria.

O presente artigo se destina à análise da jurisprudência concebida pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de tratados, constituindo o objeto de pesquisa a interação entre a lei internacional e a ordem jurídica brasileira. Como se rompeu com o dualismo? O tratado é derogado por lei ordinária superveniente? Qual a compreensão que a Corte conferiu aos tratados sobre direitos humanos? O Estado estrangeiro se submete à jurisdição nacional? Esses são alguns dos questionamentos abordados no estudo, oportuno debate que se apresenta ao leitor.

## 1 A ruptura com o dualismo

Até a década de 1970, compartilhava-se o entendimento de que a norma expressa em tratado do qual o Brasil fosse parte, quando de algum modo afetasse regra preexistente em Direito Interno, deveria ser reproduzida em lei doméstica para ser eficaz no âmbito nacional. A operatividade dos tratados dependeria, portanto, de dupla manifestação do Congresso Nacional: para além de aprová-los – conforme determina a Carta como premissa de sua ratificação pelo Poder Executivo e de sua entrada em vigor para o Brasil – deveria, mais tarde, editar segundo diploma, com roupagem formal de lei ordinária, reproduzindo o conteúdo normativo contido no tratado.

Os anos 70 foram decididamente marcantes para o Direito das Gentes, e, se não fosse por outra razão, o Recurso Extraordinário 71.154/1971, por si só, refletiria a *raison d'être* do Direito Internacional Público. Foi por intermédio de sua análise que o Supremo Tribunal Federal deliberou sobre o prazo prescricional destinado

à cobrança de cheque – se o termo de cinco anos previsto no art. 15 da Lei 2.591/1912 (regra nacional); ou se o prazo de seis meses elencado no art. 52 da Lei Uniforme de Genebra (regra internacional).

Parte da doutrina, acolhedora de versão irrestrita da ciência constitucional, defendeu a incorporação de tratados no âmbito interno, quando conflitante com a norma pátria, por meio de legislação especial. Diziam que a lei tão só é revogada por outra.<sup>2</sup> A esse juízo foram acrescentadas outras tantas teses como a de que as Constituições nacionais jamais consagraram a imediata eficácia dos tratados celebrados pelo Brasil, especialmente quando colidentes com o direito interno.

O posicionamento majoritário amparado pelo Supremo Tribunal Federal, entretanto, caminhou em sentido diverso, conforme se constata do voto prolatado pelo Min. rel. Oswaldo Trigueiro:

Não me parece curial que o Brasil firme um tratado, que esse tratado seja aprovado definitivamente pelo Congresso Nacional, que em seguida seja promulgado e, apesar de tudo isso, sua validade ainda fique dependendo de novo ato do Poder Legislativo. A objeção seria ponderável se a aprovação do tratado estivesse confiada a outro órgão, que não o Congresso Nacional. Mas, se a aprovação é ato do mesmo poder elaborador do direito escrito, não se justificaria que, além de solenemente aprovar os termos do tratado, o Congresso Nacional ainda tivesse de confirmá-los, repetitivamente, em novo diploma legal. [...] se essa vigência dependesse de lei, a referência a tratado, no dispositivo constitucional, seria de todo ociosa. Por outras palavras, a Constituição prevê a negativa de vigência da lei e a negativa de vigência do tratado, exigindo para a validade deste a aprovação pelo Congresso, porém não sua reprodução formal em texto da legislação interna.<sup>3</sup>

Ademais, se a aprovação de tratados aproxima-se do processo de elaboração da lei ordinária e apresenta formalidade similar em sua tramitação, salvo pela dispensa de sanção presidencial, questionável, portanto, a edição de ato normativo posterior para conferir validade à ratificação de tratado. Isso porque, quando celebrado, o acordo internacional é submetido

<sup>2</sup> A advertência é feita por Guido Fernando Silva Soares. In: *Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 49.

<sup>3</sup> Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 71154/PR*. Min. Rel. Oswaldo Trigueiro. Julgado em: agosto de 1971. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999>>. Acesso em: out. 2012.

à aprovação legislativa e posterior manifestação presidencial, conforme advertiu Oswaldo Trigueiro.<sup>4</sup>

Ao cenário se soma a experiência constitucional vivenciada pelas grandes potências ocidentais, a partir do século XIX, fragilizando o entendimento dualista. Há mais de dois séculos, por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos da América equipara tratados às normas federais, concedendo-lhes *status* de *supreme law of the land*.<sup>5</sup> Conforme ilustrou o jurista, a Carta norte-americana, já em 1787, estabeleceu que, uma vez aprovados pelo Senado, os tratados possuem incidência imediata no regramento interno.<sup>6</sup>

No mesmo sentido, a Constituição francesa, datada de 1946, em seu art. 26, previu que, se devidamente ratificados e publicados, os tratados possuiriam força de lei e dispensariam expediente legislativo posterior que lhes validasse no plano doméstico.<sup>7</sup> Com amparo nesses fundamentos e em respeito à silhueta que se inaugurava na comunidade das nações, impondo proximidade entre preceitos internos e internacionais, concebeu-se a ementa do Recurso Extraordinário. 71.154/1971- PR:

Lei uniforme sobre o cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas tem aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso extraordinário conhecido e provido.<sup>8</sup>

Paralelamente, cogitava-se a hipótese da lei doméstica sofrer modificações ou ser derogada pelo Direito Internacional Público, tema analisado

seis anos depois, quando da apreciação do Recurso Extraordinário 80.004, em junho de 1977. Semelhante acolhimento do Direito Alienígena, conforme alguns o preferem pronunciar, importou para o Direito das Gentes conquistas irrenunciáveis, permitindo sua eficácia na dimensão jurídica nacional sem os obstáculos impostos pelo legislador ordinário, talvez por inocente preciosismo.

## 2 Da definição hierárquica do tratado e seu caráter revogador

O período compreendido entre setembro de 1975 a junho de 1977 simbolizou arranjos inéditos na esfera jurídica doméstica. O Supremo Tribunal Federal pacificou controvérsia existente entre o Decreto-Lei 427/1969 e a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, concebida em Genebra, durante o obscuro ano de 1930. O debate, profícuo, buscou conciliar as diferenças entre a lei interna e a norma internacional: o regulamento brasileiro impunha como condição de validade às notas promissórias o registro em repartição fazendária, embora a determinação não encontrasse abrigo nos escritos de Genebra.

A despeito da Corte haver confrontado o tema de maneira copiosa, sua jurisprudência se apresentava oscilante, atribuindo, no avançar das décadas de 1940 e 1950, superioridade aos tratados sobre a legislação doméstica infraconstitucional.<sup>9</sup> Para ilustrar o que se registra, consoante Recurso Extraordinário 14.215/1956, o Supremo Tribunal Federal decidiu contrariamente à revogação da lei nacional por tratado ao afastar a Convenção de Bruxelas – atinente à responsabilidade de proprietários de embarcações marítimas, promulgada pelo Decreto 350/1935 – em benefício da previsão contida no art. 494 do Código Comercial brasileiro. De forma diversa, entendeu pela revogação das leis por tratado superveniente quando das Apelações Cíveis 7.872/1943 e 9.587/1951, e do Recurso Extraordinário 5.8713/1966.

No julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/1977, o Supremo Tribunal Federal conferiu aos tratados *status* de lei ordinária, para além de consolidar que, quando diante de preceito ordinário, pode o tratado atuar como instrumento revogador

<sup>4</sup> Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário. 71154/PR*. Min. Rel. Oswaldo Trigueiro. Julgado em: agosto de 1971. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999>>. Acesso em: out. 2012.

<sup>5</sup> A Constituição dos Estados Unidos da América, em seu art.VI, assim dispõe: “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados”. Disponível em: <[http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html)>. Acesso em: out. 2012.

<sup>6</sup> Supremo Tribunal Federal. *Op. cit.*

<sup>7</sup> A vigente Constituição francesa, promulgada em 1958, em seu art. 55, assim dispõe: “Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados têm, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, sob reserva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte”. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/internacional/d-j#content>>. Acesso em: out. 2012.

<sup>8</sup> Supremo Tribunal Federal. *Op. cit.*

<sup>9</sup> Cita-se, como exemplos, a Apelação Cível 7.872/RS, relatada pelo Min. Laudo de Camargo, assim como a Apelação Cível 9587/DF, sob a relatoria do Ministro Lafayette de Andrada. *Apud Habeas Corpus* 87.585-8/TO, voto do Min. Celso de Mello. Disponível em: <[http://s.conjur.com.br/dl/HC87585\\_VISTA.pdf](http://s.conjur.com.br/dl/HC87585_VISTA.pdf)>. Acesso em: out. 2012.



das normas infraconstitucionais e, por consequência, ter sua eficácia *suspensa* no âmbito interno por lei superveniente.<sup>10</sup> Ficou clara, na relação entre tratado e norma jurídica doméstica, a vocação derogatória do primeiro sobre a segunda.

Semelhante equação não se reproduz, contudo, no sentido inverso, porquanto os tratados não possam ser *derrogados* por lei federal, ainda que contemporânea àqueles. Isso porque a norma internacional transcende os limites territoriais dos Estados, sendo possível a *suspensão* de seus efeitos no ordenamento jurídico interno, por meio da adoção de preceito colidente, embora constitua o ente em *mora* na cena internacional. A norma interna *não* possui o condão de *denunciar* tratados, portanto, assumindo o Estado as consequências advindas do referido descumprimento.

Com olhares retrospectivos, em análise ao Recurso Extraordinário 80.004/1977, pondera Francisco Rezek:

A maioria valeu-se de precedentes do próprio Tribunal para dar como certa a introdução do pacto – no caso, a Lei uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias – na ordem jurídica brasileira, desde sua promulgação. Reconheceu em seguida o conflito real entre o pacto e um diploma doméstico de nível igual ao das leis federais ordinárias – o Decreto-Lei 427/1969, posterior, em cerca de três anos, à promulgação daquele –, visto que a falta de registro da nota promissória, não admitida pelo texto de Genebra como causa de nulidade do título, vinha a sê-lo nos termos do decreto-lei. Entenderam as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.<sup>11</sup>

O jurista prossegue sublinhando as consequências dessa providência no plano internacional – o descumprimento do tratado pelo Estado na comunidade das nações.<sup>12</sup> Ao longo de sete anos, depois de apreciados os Recursos Extraordinários 71.154/1971 e 80.004/1977, o Tribunal logrou relativizar resistências ao Direito Internacional Público – a dicotomia entre

o *Direito das Gentes* e o Direito Interno encontrou ambiente propício à sua contínua superação.

### 3 O Supremo Tribunal Federal e o costume internacional

Encontram-se, na Constituição da República, diversas menções aos tratados. Não há, todavia, na Carta, referência expressa aos costumes internacionais ou aos princípios gerais do direito. Um primeiro olhar sobre o ordenamento jurídico brasileiro poderia sugerir, assim, que este último prestigia unicamente o direito internacional escrito. Tal não é verdade, como atesta a jurisprudência pátria consolidada em questões afetas à imunidade dos Estados estrangeiros.

Como é notório, toda a teoria sobre a imunidade absoluta dos Estados às jurisdições internacionais foi construída com base em preceito consuetudinário, qual seja, a regra *par in parem non habet iudicium*: nenhum Estado soberano pode submeter-se contra sua vontade à jurisdição de um de seus homólogos. Por muito tempo, os Estados consagraram a prática de garantir às soberanias estrangeiras imunidades absolutas perante seus tribunais.

No Brasil, foram incontáveis os processos extintos sem julgamento de mérito com base na referida regra costumeira. Foi preciso esperar até 1989 para que o Supremo Tribunal Federal entendesse que, em determinados tipos de ações, seria o Estado estrangeiro, pessoa jurídica de Direito Público externo, ente jurisdicionável. A Apelação Cível 9696/1989, *leading case* no tema, versa sobre relação trabalhista entre funcionário de missão diplomática e seu empregador, a República Democrática Alemã.

Num primeiro momento, o relator, Min. Sydney Sanches, pretendeu que determinaria a quebra da imunidade a antiga redação do art. 114 da Carta de 1988.<sup>13</sup> O Min. Francisco Rezek, entretanto, interveio, conduzindo a votação do acórdão. Segundo ele, a regra do dispositivo constitucional deslocava a competência para julgamento de feitos trabalhistas entre particulares e Estados estrangeiros da justiça federal para a justiça trabalhista. Não se poderia enxergar, nesse preceito, o mandamento da quebra da imunidade absoluta dos Estados. Simplesmente, aquelas ações antes recebidas pela Justiça Federal – com a extinção

<sup>10</sup> Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 80.004*. Rel. Min. Leitão de Abreu. Julgado em: 15/09/1978. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880%2E004%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: out. 2012.

<sup>11</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 99-100.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Apelação Cível 9.696/1989*. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgado em: 31/05/1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>>. Acesso em: out. 2012.

do feito – passariam ao exame da Justiça do Trabalho. A questão de saber se o mérito seria ou não apreciado dependeria de ser ou não o Estado estrangeiro pessoa jurídica jurisdicionável, o que não dependeria do dispositivo constitucional, mas do direito costumeiro internacional.<sup>14</sup>

É nessa trilha que segue o voto condutor do acórdão, chamando a atenção da Corte para a evolução da regra costumeira internacional. A imunidade dos Estados estrangeiros vinha sendo relativizada desde a segunda metade do século XX, quando começou a tornar-se comum a presença dos Estados no território de outros em atividades distintas das diplomáticas e consulares, como aquelas votadas ao comércio e ao investimento. Tornou-se comum, portanto, o envolvimento contratual entre os entes estrangeiros e os particulares locais. Isso significaria um número maior de pessoas físicas e jurídicas privadas de jurisdição em razão da regra da imunidade do Estado.

De início, os Estados que acolhiam representações estatais consagradas a tais objetivos eram, naturalmente, grandes centros comerciais, como Londres, Paris, Zurique, Nova Iorque. E foi nessas grandes capitais que os Estados territoriais se viram na contingência de mitigar a norma absoluta da imunidade dos Estados estrangeiros. O processo iniciou nas cortes nacionais, que desenvolveram a distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis*. Tratava-se de compromisso entre o respeito ao princípio da igualdade soberana dos Estados e a necessidade de prover jurisdição aos particulares.<sup>15</sup>

Assim, os tribunais fixavam a imunidade absoluta de jurisdição de forma casuística, sempre que os Estados praticassem atos de soberania, típicos da atividade estatal, e tratavam os Estados como litigantes comuns quando seus atos fossem de natureza privada. O movimento de relativização da regra começou no âmbito das jurisdições internas e não tardou a estender-se à ordem jurídica internacional.

Em 1972, celebrou-se, na cidade suíça da Basileia, a Convenção Europeia sobre a Imunidade do Estado, uma tentativa de convencionalização do Direito costumeiro internacional. Em seguida, os Estados Unidos da América e a Grã-Bretanha consagraram-se à codificação dessas normas, editando o *Foreign Sovereign*

*Immunities Act*, em 1976,<sup>16</sup> e o *State Immunity Act*, em 1978,<sup>17</sup> respectivamente. Trata-se de textos casuísticos, não contendo substrato filosófico, definição geral dos atos de império e dos atos de gestão, mas situações que receberiam uma ou outra classificação, refletindo o direito costumeiro internacional.

O voto condutor do acórdão tomava nota dessa evolução – o Supremo Tribunal Federal reconheceria que aquilo que era norma costumeira da imunidade absoluta havia caído em desuso. A decisão leva em conta a tendência mundial à distinção dos atos *jure imperii* e *jure gestionis*, as legislações nacionais dos Estados, a Convenção Europeia. Tudo isso para reconhecer a fragilização do que antes configurava *sólida regra costumeira internacional*, nas palavras do ministro Francisco Rezek.<sup>18</sup> Admitiu-se, então, pela primeira vez, a ausência de argumento para a extinção liminar do processo.

A partir do ontológico julgamento da Apelação Cível 9.696, no ano de 1989, o Estado estrangeiro pôde tornar-se réu em ações trabalhistas ajuizadas por seus funcionários contratados *in loco*. A jurisprudência evoluiu significativamente no sentido de quebra da imunidade da pessoa jurídica de direito público externo no que tange às relações desta última com o meio privado local, como contratos de prestação de serviços, locação, delitos de trânsito, entre outros. Sua relevância não se confina a isso, entretanto. A originalidade da decisão está, também, no fato de apoiar-se no reconhecimento da marcha evolutiva do Direito costumeiro mundial, na valorização, pelo Supremo Tribunal Federal, do Direito Internacional geral em tudo que o compõe: costumes e princípios gerais do Direito, não somente o direito convencional – escrito em tratados.

#### 4 Da estatura hierárquica dos tratados sobre direitos humanos

Foi preciso mais de uma década para que o Supremo Tribunal Federal revisse seu entendimento no tocante à prisão por dívida do depositário infiel em

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 99-100.

<sup>16</sup> Estados Unidos da América. *Foreign Sovereign Immunities Act*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/download/pls/28C97.txt>>. Acesso em: out. 2012.

<sup>17</sup> Reino Unido. *State Immunity Act*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>>. Acesso em: out. 2012.

<sup>18</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Apelação Cível 9.696/1989*. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgado em: 31/05/1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>>. Acesso em: out. 2012.

matéria de alienação fiduciária. Em 1995, ao apreciar o *Habeas Corpus* 72.131/RJ, a Corte entendeu, em votação não unânime, que essa prisão, assim como a do devedor alimentar, constituía exceção possível à proibição da prisão civil, porque aludida pela Constituição Federal.<sup>19</sup> A inteligência acolhida se repetiu ao longo dos anos, conforme se constata em precedentes variados, exemplificados no Recurso Extraordinário 206.482-3/SP, julgado em maio de 1998, e no *Habeas Corpus* 81.319-4/GO, apreciado em 2000.

Vozes minoritárias insistiam em que a Constituição da República não determinava a prisão do depositário infiel, apenas criava sua possibilidade, a qual deveria, inclusive, ser regulamentada em lei ordinária. Na análise do *Habeas Corpus* 72.131/RJ, entendeu-se que, ingressando o tratado no ordenamento jurídico pátrio com força de lei ordinária, o Pacto de São José da Costa Rica não poderia restringir as exceções à proibição da prisão por dívida, previstas no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988. Nos termos do voto do Min. Moreira Alves, condutor do acórdão, as exceções constitucionais se sobreporiam “ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário”.<sup>20</sup>

Até o ano de 2004, ademais, pairavam dúvidas sobre a estatura hierárquica, no ordenamento jurídico brasileiro, dos tratados sobre direitos humanos. O §2º do art. 5º da Constituição não colhia interpretação uniforme da doutrina pátria. Se o referido dispositivo constitucional conferia, para alguns, estatura constitucional aos tratados de direitos humanos, à semelhança de Flávia Piovesan, Cançado Trindade e Celso de Albuquerque Mello, esta interpretação, para outros, pareceria controvertida.

Tal dúvida foi dissipada pela Emenda Constitucional 45, introduzindo o § 3º ao art. 5º da Carta. Os textos internacionais possuirão, portanto, hierarquia constitucional se aprovados no rito das emendas, previsto no art. 60 da Constituição. Novas interrogações sobrevieram. Para o futuro, ninguém

questionaria a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos aprovados com as exigências da reforma de 2004. Contudo, como acomodar os tratados anteriores à Emenda Constitucional nº. 45, aprovados no rito ordinário, a exemplo do Pacto de São Jose da Costa Rica?

Em dezembro de 2008, ao analisar os Recursos Extraordinários 466.343-1/SP e 349.703/RS, bem como os *Habeas Corpus* 92.566/SP e 87.585/TO, o Supremo Tribunal Federal enfrentou verdadeira revolução jurisprudencial. O magistrado remanescente da composição de 1995, ano em que apreciado o *leading case* na matéria, Min. Celso de Mello, reavaliaria suas posições anteriores, alinhando-se, de certa forma, à minoria daquela época, ao entender que as prisões civis não seriam determinação constitucional, mas mera autorização ao legislador a proceder, a seu tempo e modo, à sua regulamentação. Em suas palavras, “o legislador não se acha constitucionalmente vinculado nem compelido, em nosso sistema jurídico, a regular a utilização da prisão civil,”<sup>21</sup> e acrescenta:

[...] [o legislador] dispõe, nesse tema, de relativa liberdade decisória, que lhe permite – sempre respeitados os parâmetros constitucionais (CF, art. 5º, LXVIII), (a) disciplinar ambas as hipóteses (inexecução de obrigação alimentar e infidelidade depositária), (b) abster-se, simplesmente, de instituir a prisão civil e (c) instituí-la em apenas uma das hipóteses facultadas pela Constituição.<sup>22</sup>

Dezembro de 2008 representou, em alguma medida, conforto aos analistas e observadores de garantias fundamentais. Celso de Mello, outrora opositor da tese da superioridade dos tratados de direitos humanos sobre a legislação infraconstitucional, reconheceu, como de natureza constitucional, não somente aqueles textos aprovados depois da reforma de 2004, mas, também, os que lhe fossem anteriores. Isso por serem eles, por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, materialmente constitucionais, integrando o chamado bloco de constitucionalidade.<sup>23</sup>

Ressalvou, entretanto, a superioridade da Carta de 1988 diante dos tratados em geral e, igualmente, daqueles relativos aos direitos humanos que

<sup>19</sup> Outros exemplos se verificam no *Habeas Corpus* 77.053-1/SP (23/06/1998); *Habeas Corpus* 79.870-5/SP (16/05/2000); Recurso Extraordinário. 282.644-8/RJ (13/02/2001).

<sup>20</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 72.131/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para acórdão: Min. Moreira Alves. Julgado em: 23/11/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: out. 2012.

<sup>21</sup> *Idem*. *Habeas Corpus* 87.585/TO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acesso em: out. 2012.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 87.585/TO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acesso em: out. 2012.

importem em supressão ou mitigação das liberdades fundamentais reconhecidas na Constituição.<sup>24</sup> Atribuindo natureza constitucional ao Pacto de São José da Costa Rica, concluiu o jurista pela *não recepção* do Decreto-Lei 911/1969, na passagem em que permite a prisão civil do devedor fiduciante, pela Constituição Federal, “considerada a existência de incompatibilidade material superveniente entre referido diploma legislativo e a vigente Constituição da República”.<sup>25</sup>

O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, advogou pela natureza supralegal dos tratados de direitos humanos quando não aprovados pelo rito especial, anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional 45. Identificou quatro possibilidades distintas de hierarquia dos tratados sobre direitos humanos na ordem interna: supraconstitucionalidade, constitucionalidade, supralegalidade e legalidade.

À doutrina da supraconstitucionalidade – predomínio dos tratados em face dos preceitos constitucionais – o ministro advertiu sê-la incoerente com o Estado brasileiro, alicerçado na supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico. Sua adoção representaria empecilho ao controle de constitucionalidade dos diplomas internacionais afetos aos direitos humanos, conflitado com o art. 102, III, b, da Carta de 1988.<sup>26</sup>

O magistrado entendeu, ainda, que a Emenda Constitucional 45/2004, ao introduzir o § 3º ao art. 5º da Constituição, afastou a possibilidade de se atribuir índole constitucional imediata aos tratados de direitos humanos não submetidos ao processo legislativo próprio das emendas, a exemplo dos tratados ratificados pelo Brasil anteriores às reformas de 2004. Para o ministro, esse juízo resultaria em inegáveis inconveniências: i) cominaria ao Supremo Tribunal Federal a missão de averiguar, individualmente, dentre os tratados já ratificados, aqueles que afeiçãoados aos direitos humanos; ii) quando suscitada para o controle abstrato de constitucionalidade, acolhedor de *causa petendi* aberta, a Corte estaria vinculada à aplicação desses tratados, ainda que não fossem invocados pelas

partes; iii) ter-se-ia a supraposição de normas e sua revogação, inclusive de preceitos constitucionais, por tratados, bem como dificuldades atinentes a direito pré-constitucional e pós-constitucional.<sup>27</sup>

Advertiu, de outro modo, que a inovação contida na Emenda Constitucional 45, ao introduzir o § 3º ao art. 5º da Carta, importou em manifesto prestígio às garantias fundamentais, fragilizando a ideia de se atribuir natureza ordinária aos tratados de direitos humanos não aprovados pelo rito especial. Ao resgatar a noção de Estado Constitucional Cooperativo, ensinamento de Peter Häberle, afirmou não mais estar o ente soberano voltado para si; deve ser referência a outros Estados Constitucionais e manter-se aberto à sociedade internacional, destacando-se os direitos humanos.<sup>28</sup>

Para Gilmar Mendes, tratados de direitos humanos não aprovados pelo processo legislativo próprio das emendas possuiriam natureza supralegal, ainda que anteriores à reforma de 2004. A teoria da supralegalidade – que fora ventilada pelo Min. Sepúlveda Pertence ao julgar o Recurso em *Habeas Corpus* 79.785/RJ, em 2000, igualmente presente na Constituição francesa de 1958, em seu art. 55; na Carta Política da Grécia, promulgada em 1975, em seu art. 28, § 1º; assim como na Constituição argentina, datada de 1994, em seu art.75, § 22 – seduz em suas linhas:

[...] os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.<sup>29</sup>

Uma vez não acolhidos com *status* constitucional, porquanto não observada a exigência procedimental necessária, mas dotados de supralegalidade, à evidência do Pacto de São José da Costa Rica, os tratados de direitos humanos possuiriam “o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Idem*. Recurso Extraordinário 349.703/RS. Min. rel. Carlos Britto. Min. rel. para o acórdão: Carlos Britto. Julgado em: 03/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: out. 2012.

<sup>26</sup> *Idem*. Recurso Extraordinário 466.343-1/SP. Min. rel. Cezar Peluso. Julgado em: 03/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: out. 2012.

<sup>27</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 466.343-1/SP. Min. rel. Cezar Peluso. Julgado em: 03/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: out. 2012.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 466.343-1/SP. Min. rel. Cezar Peluso. Julgado em: 03/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: out. 2012.

Logo, o preceito constitucional relativo à prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII, da Constituição) não fora revogado pela adesão brasileira ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, tampouco ao Pacto de São José da Costa Rica, ambos contrários a essa hipótese. Entretanto, sofreu tal sanção a matéria infraconstitucional que lhes é conflitante, os diplomas que regulamentavam a previsão contida na Carta de 1988 – o Decreto-Lei 911/1969 e o art. 652 do Código Civil de 2002 – ante o caráter supralegal daqueles preceitos. Em seu voto, concluiu Gilmar Mendes:

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), *não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel*.<sup>31</sup> (grifo do autor).

Ao final, o jurista consignou a possibilidade de o legislador submeter quaisquer tratados de direitos humanos, inclusive aqueles já incorporados à ordem interna com natureza supralegal, ao procedimento contido no art. 5º, § 3º, da Constituição, conferindo-lhes feição constitucional.<sup>32</sup>

Diante de apertada maioria, a orientação do Min. Gilmar Mendes se consagrou vencedora. Acompanharam-no os Min. Ayres Britto, Cármen Lúcia, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, e, pelo *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, os Min. Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie. Os Min. Joaquim Barbosa e Marco Aurélio concluíram pela inaplicabilidade da prisão civil do depositário infiel, embora tenham julgado desnecessário, para tanto, debater a hierarquia da lei internacional no plano interno.

O episódio culminou com a adoção da Súmula Vinculante 25, cujo enunciado, aprovado em dezembro de 2009, consagra semelhante evolução: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.<sup>33</sup>

O aprendizado repousa na consciência de que o avançar do tempo não modificou somente a compo-

sição da Corte, ou o próprio texto da Constituição Federal. Nas palavras do ministro Celso de Mello, mudou o próprio “processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado”.<sup>34</sup> A interpretação judicial, acrescenta o jurista:

[...] desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea.<sup>35</sup>

Em outras palavras, a decisão do Supremo Tribunal Federal inscreve-se num processo progressivo de acolhimento do Direito Internacional Público. A revolução jurisprudencial que se testemunha revela mudança essencial na consciência jurídica da nação, na dinâmica de interação entre o direito interno e o direito internacional.

## Conclusão

T. S. Eliot, quando redigiu *Os Quatro Quartetos – A Pequena Giddings*, acentuou: “não devemos deixar de explorar e, ao fim de nossa exploração, chegaremos ao ponto de partida [...] por meio do desconhecido, do portão do esquecido”.<sup>36</sup> É bem verdade que o desconhecido impõe cautela, receio de variadas ordens – resgata incertezas e desafia a zona de conforto sobre a qual repousa o espírito coletivo.

A lei internacional produz efeito similar no ordenamento jurídico dos Estados; abriga o inesperado, estimula nações a empreender diante do que lhes afigura incógnito. A compreensão de que o Direito Internacional Público constitui campo fértil à sua contínua exploração se fundamenta em Hersch Lauterpacht, quando, em Cambridge, teceu comentários sobre o tema e dedicou amplo espaço ao debate.<sup>37</sup>

Acolhendo o desconhecido, o Supremo Tribunal Federal, desde os anos 70, sinaliza favoravelmente

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula Vinculante 25*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV\\_31.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_31.pdf)>. Acesso em: out. 2012.

<sup>34</sup> *Idem*. *Habeas Corpus 87.585-8/TO*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acesso em: out. 2012.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> ELIOT, Thomas Stearns. *Four Quartets*. Inglaterra: Faber and Faber, 2001.

<sup>37</sup> LAUTERPACHT, Hersch. *The Problem of Revision of the Law of War*. BYIL, v. 29, 1952, p. 382.

às normas internacionais e consolida jurisprudência fecunda em Direito Internacional, a despeito de persistentes oscilações em sua súmula evolutiva. O rompimento com o dualismo, consagrado no Recurso Extraordinário 7.1154/PR, permitiu a inserção da lei internacional na esfera jurídica pátria sem a exigência de dupla manifestação do Congresso Nacional para a operatividade dos tratados. Desde então, depois de referendados pelo Poder Legislativo, ratificados e promulgados pelo Poder Executivo, os tratados adquirem vigência na ordem jurídica brasileira, dispensando posterior diligência parlamentar.

Após, por intermédio do Recurso Extraordinário 80.004/SE, julgado em 1977, o Tribunal definiu a posição hierárquica dos tratados e atestou sua natureza revogadora diante da legislação ordinária que lhes precedesse. Quando analisada a controvérsia existente entre o Decreto-Lei 427/1969 e a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, a Corte atribuiu aos tratados *status* de lei ordinária federal, aptos a revogar normas de igual natureza.

Assentou-se, na ocasião, a não reciprocidade do fenômeno revogador, pois a aprovação de lei colidente com a norma internacional não põe termo ao compromisso pactuado no cenário das nações – função típica da *denúncia*. Sua eficácia resta suspensa na ordem interna, assumindo o Estado as consequências provindas do seu descumprimento no plano internacional.

Aos nacionais contratados por representações estrangeiras, o Supremo Tribunal Federal soube harmonizar o presente e o futuro, reescreveu a *norma*, acomodou a ânsia dos sonhos e da espera. Por meio da Apelação Cível 9.696/SP, apreciada em 1989, a Corte negou argumentos para a extinção liminar do processo quando o Estado estrangeiro fosse demandado em ações trabalhistas ajuizadas por funcionários contratados *in loco*. A jurisprudência se afasta do direito costumeiro internacional e conduz à quebra da imunidade do ente soberano em suas relações com o meio privado local, a exemplo dos contratos de prestação de serviços, locação e delitos de trânsito.

Esse instante de redenção entre a ordem jurídica pátria e o sistema internacional alcançou, a partir de dezembro de 2004, epílogo favorável à dinâmica de interação entre o direito interno e o direito internacional; relativizaram-se dissidências iniciadas em 1995, quando apreciado o *Habeas Corpus* 72.131/RJ.

Isso porque o Constituinte de 1988 previu duas exceções à proibição de prisão civil por dívida,

contempladas no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República – i) inadimplemento inescusável de obrigação alimentícia; ii) depositário infiel – afrontando esta última as provisões do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Ambos foram internalizados na ordem jurídica pátria por meio do Decreto 678/1992 e do Decreto 592/1992, respectivamente.

Uma vez já assentado pelo Supremo Tribunal Federal que tratados, quando inseridos na dimensão jurídica nacional, possuem *status* de lei ordinária, concluiu-se que tais convenções não ameaçavam a disciplina constitucional. À parte isso, o enunciado contido no art. 5º, § 2º, da Carta não raras vezes fora afastado a pretexto de não se admitir emenda constitucional realizada da ratificação de tratados, conforme entendeu o Min. Moreira Alves.<sup>38</sup>

Para o jurista, inclusive, em sendo o art. 7º, § 7º, do Pacto de São José da Costa Rica norma geral, não possuiria o condão de afastar a legislação especial em matéria de alienação fiduciária, constante no Decreto-Lei 911/1969.<sup>39</sup> Se por um lado a Convenção não suprimia preceitos constitucionais em virtude de sua natureza ordinária, por outro, quando confrontada com diploma de igual hierarquia, ainda que contemporânea a este, pereceria sob o argumento de ser norma geral.

Ao cenário se acrescentava o art. 7º, § 2º do Pacto de São José da Costa Rica ao prever:

[...] ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”, [condimentando o debate além do necessário].

A Emenda Constitucional. 45, concebida em dezembro de 2004, ao introduzir o § 3º ao art. 5º da Carta de 1988, superou, em grande medida, antigas divergências e ofereceu respostas às inquietações que permeavam a comunidade jurídica: os textos internacionais afeiçoados aos direitos humanos possuirão hierarquia constitucional se aprovados pelo rito previsto no art. 60 da Constituição Federal.

<sup>38</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 72131/RJ. Min. rel. Marco Aurélio. Ministro Relator para Acórdão: Moreira Alves. Julgado em: 23/11/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: out. 2012.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

O entendimento inovador adotado em 2008 pelo Supremo Tribunal Federal – consolidado nos Recursos Extraordinários 466.343-1/SP e 349.703/RS, bem como nos *Habeas Corpus* 92.566/SP e 87.585/TO – destina-se aos tratados de direitos humanos não aprovados pelo rito especial das emendas constitucionais, sejam anteriores, sejam posteriores à reforma de 2004.

Prevaleceu o juízo exteriorizado pelo Min. Gilmar Mendes, acolhedor de inteligência favorável à suprallegalidade: a lei internacional vocacionada aos direitos fundamentais, se não observada a hipótese contida no art. 5º, § 3º, da Constituição, ingressa no ordenamento jurídico brasileiro com natureza supralegal, assim como os tratados anteriores à Emenda Constitucional 45. Paralisam, então, a eficácia jurídica das disciplinas infraconstitucionais que lhes são conflitantes, a exemplo do efeito surtido pela Convenção Americana de Direitos Humanos no Decreto-Lei 911/1969 e no art. 652 do Código Civil.

Culminando na Súmula Vinculante 25, o episódio traduz a ruptura com clássicas proposições, simboliza a evolução da consciência jurídica brasileira, testemunho do intercâmbio entre a ordem jurídica interna e a sociedade internacional. Se a exploração do desconhecido constitui o conflito fundamental da natureza humana, em referência à T. S. Eliot, a superação de paradigmas compõe capítulo especial nessa missão; abrir caminho ao *novo* é o esforço que se compartilha na cena internacional.

## Referências

- ELIOT, Thomas Stearns. *Four Quartets*. Inglaterra: Faber and Faber, 2001.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <[http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html)>. Acesso em: out. 2012.
- \_\_\_\_\_. *Foreign Sovereign Immunities Act*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/download/pls/28C97.txt>>. Acesso em: out. 2012.
- LAUTERPACHT, Hersch. *The Problem of Revision of the Law of War*. BYIL, v. 29, 1952.
- REINO UNIDO. *State Immunity Act*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>>. Acesso em: out. 2012.
- REPÚBLICA FRANCESA. *Constituição da República Francesa*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/internacional/d-j#content>>. Acesso em: out. 2012.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2004.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Apelação Cível 9.696/1989*. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgado em: 31/05/1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>>. Acesso em: out. 2012.
- \_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 72.131/RJ*. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para acórdão: Min. Moreira Alves. Julgado em: 23/11/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: out. 2012.
- \_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 87.585/TO*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acesso em: out. 2012.
- \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário 349.703/RS*. Min. rel. Carlos Britto. Min. rel. para o acórdão: Carlos Britto. Julgado em: 03/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: out. 2012.
- \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário 466.343-1/SP*. Min. rel. Cezar Peluso. Julgado em: 03/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: out. 2012.
- \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário 71154/PR*. Min. rel. Oswaldo Trigueiro. Julgado em: agosto de 1971. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999>>. Acesso em: out. 2012.
- \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário 80.004*. Relator: Min. Leitão de Abreu. Julgado em: 15/09/1978. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880%2E004%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: out. 2012.
- \_\_\_\_\_. *Súmula Vinculante 25*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV\\_31.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_31.pdf)>. Acesso em: out. 2012.





Presidência da República  
Casa Civil  
Subchefia para Assuntos Jurídicos

**Lei 12.723, de 9 de outubro de 2012.**

Altera o Decreto-Lei 1.455, de 7 de abril de 1976, que dispõe sobre bagagem de passageiro procedente do exterior, disciplina o regime de entreposto aduaneiro, estabelece normas sobre mercadorias estrangeiras apreendidas e dá outras providências, para autorizar a instalação de lojas francas em municípios da faixa de fronteira cujas sedes se caracterizam como cidades gêmeas de cidades estrangeiras e para aplicar penalidade aos responsáveis dos órgãos da Administração direta ou indireta que dolosamente realizarem importação ao desamparo de guia de importação.

Publicada no *DOU* de 10/10/2012.

**Lei 12.725, de 16 de outubro de 2012.**

Dispõe sobre o controle da fauna nas imediações de aeródromos.

Publicada no *DOU* de 17/10/2012.

**Lei 12.726, de 16 de outubro de 2012.**

Acrescenta parágrafo único ao art. 95 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, para dispor sobre o Juizado Especial Itinerante.

Publicada no *DOU* de 17/10/2012.

**Lei 12.727, de 17 de outubro de 2012.**

Altera a Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; e revoga as Leis 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, o item 22 do inciso II do art. 167 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e o § 2º do art. 4º da Lei 12.651, de 25 de maio de 2012.

Publicada no *DOU* de 18/10/2012.

**Lei 12.730, de 14 de novembro de 2012.**

Altera o § 2º do art. 3º e revoga o § 3º do art. 3º e o art. 4º, todos do Decreto-Lei 467, de 13 de fevereiro de 1969.

Publicada no *DOU* de 16/11/2012.

### Lei 12.732, de 22 de novembro de 2012.

Dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início.

Publicada no *DOU* de 23/11/2012.

### Lei 12.734, de 30 de novembro de 2012.

Modifica as Leis 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos *royalties* e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e para aprimorar o marco regulatório sobre a exploração desses recursos no regime de partilha.

Publicada no *Dou* de 30/11/2012 – Edição extra.

### Lei 12.735, de 30 de novembro de 2012.

Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, e a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 03/12/2012.

### Lei 12.736, de 30 de novembro de 2012.

Dá nova redação ao art. 387 do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para a detração ser considerada pelo juiz que preferir sentença condenatória.

Publicada no *DOU* de 03/12/2012.

### Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012.

Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 03/12/2012.

### Lei 12.738, de 30 de novembro de 2012.

Altera a Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, para tornar obrigatório o fornecimento de bolsas de colostomia, ileostomia e urostomia, de coletor de urina e de sonda vesical pelos planos privados de assistência à saúde.

Publicada no *DOU* de 03/12/2012.

**Lei 12.741, de 8 de dezembro de 2012.**

Dispõe sobre as medidas de esclarecimento ao consumidor, de que trata o § 5º do art. 150 da Constituição Federal; altera o inciso III do art. 6º e o inciso IV do art. 106 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.

Publicada no *DOU* de 10/12/2012.

**Lei 12.762, de 27 de dezembro de 2012.**

Dispõe sobre a criação de 3 (três) varas federais no Estado do Amapá e sobre a criação de cargos efetivos e em comissão e funções de confiança nos Quadros de Pessoal da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 28/12/2012.

**Lei 12.766, de 27 de dezembro de 2012.**

Altera as Leis 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, para dispor sobre o aporte de recursos em favor do parceiro privado, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.058, de 13 de outubro de 2009, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.420, de 10 de abril de 2002, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.602, de 12 de dezembro de 2002, e 9.718, de 27 de novembro de 1998, e a Medida Provisória 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 28/12/2012.

**Lei 12.767, de 27 de dezembro de 2012.**

Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; altera as Leis 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 11.508, de 20 de julho de 2007, 11.484, de 31 de maio de 2007, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.492, de 10 de setembro de 1997, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.024, de 27 de agosto de 2009, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 28/12/2012.

**Medida Provisória 589, de 13 de novembro de 2012.**

Dispõe sobre o parcelamento de débitos junto à Fazenda Nacional relativos às contribuições previdenciárias de responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Publicado no *DOU* de 14/11/2012.

### Medida Provisória 591, de 29 de novembro de 2012.

Altera a Medida Provisória 579, de 11 de setembro de 2012, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais, e sobre a modicidade tarifária.

Publicado no *DOU* de 30/11/2012.

### Medida Provisória 592, de 3 de dezembro de 2012.

Modifica as Leis 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial decorrentes da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de concessão, e para disciplinar a destinação dos recursos do Fundo Social.

Publicado no *DOU* de 04/12/2012 – Edição extra.

### Medida Provisória 594, de 6 de dezembro de 2012.

Altera a Lei 12.096, de 24 de novembro de 2009, quanto à autorização para concessão de subvenção econômica em operações de financiamento destinadas a aquisição e produção de bens de capital e a inovação tecnológica; altera a Lei 11.529, de 22 de outubro de 2007, quanto à concessão de subvenção econômica em operações destinadas a financiamentos a diferentes setores da economia; altera a Lei 12.409, de 25 de maio de 2011, quanto à concessão de subvenção econômica em financiamentos destinados a beneficiários localizados em municípios atingidos por desastres naturais; e altera a Lei 12.712, de 30 de agosto de 2012, que autoriza a concessão de subvenção econômica às instituições financeiras oficiais federais nas operações de crédito para investimentos no âmbito do Fundo de Desenvolvimento da Amazônia – FDA e do Fundo de Desenvolvimento do Nordeste – FDNE.

Publicado no *DOU* de 07/12/2012

### Medida Provisória 595, de 6 de dezembro de 2012.

Dispõe sobre a exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 07/12/2012.

### Medida Provisória 597, de 26 de dezembro de 2012.

Dá nova redação ao § 5º do art. 3º da Lei 10.101, de 19 de dezembro de 2000, e dá outras providências no tocante às alterações no Imposto de Renda sobre a participação nos lucros e resultados.

Publicado no *DOU* de 26/12/2012 – Edição extra.

### Medida Provisória 600, de 28 de dezembro de 2012.

Altera a Lei 12.409, de 25 de maio de 2011; a Medida Provisória 581, de 20 de setembro de 2012, que dispõe sobre o Fundo de Desenvolvimento do Centro-Oeste – FDCO; constitui fonte adicional de recursos para ampliação de limites operacionais da Caixa Econômica Federal; altera as Leis 12.462, de 4 de agosto de 2011, e 8.399, de 7 de janeiro de 1992; altera a Medida Provisória 12.096, de 24 de novembro de 2009; altera a Lei 12.663, de 5 de junho de 2012; e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 28/12/2012 – Edição extra.

### Medida Provisória 601, de 28 de dezembro de 2012.

Altera as Leis 12.546, de 14 de dezembro de 2011, para prorrogar o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras – Reintegra, e para desonerar a folha de pagamentos dos setores da construção civil e varejista; 11.774, de 17 de setembro de 2008, que reduz as alíquotas das contribuições de que tratam os incisos I e III do *caput* do art. 22 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991; 10.931, de 2 de agosto de 2004, que dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias; 12.431, de 24 de junho de 2011; e 9.718, de 27 de novembro de 1998, para permitir às pessoas jurídicas da rede de arrecadação de receitas federais deduzir o valor da remuneração dos serviços de arrecadação da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins; e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 28/12/2012 – Edição Extra.

### Medida Provisória 602, de 28 de dezembro de 2012.

Autoriza a prorrogação de contratos por tempo determinado no âmbito do Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia – Censipam e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 31/12/2012.

### Decreto 7.824, de 11 de outubro de 2012.

Regulamenta a Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio.

Publicado no *DOU* de 15/10/2012.

### Decreto de 7.828, de 16 de outubro de 2012.

Regulamenta a incidência da contribuição previdenciária sobre a receita devida pelas empresas de que tratam os arts. 7º a 9º da Lei 12.546, de 14 de dezembro de 2011.

Publicado no *DOU* de 17/10/2012.

### Decreto 7.829, de 17 de outubro de 2012.

Regulamenta a Lei 12.414, de 9 de junho de 2011, que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito.

Publicado no *DOU* de 18/10/2012.

### Decreto 7.834, de 31 outubro de 2012.

Altera a redação de notas complementares ao Capítulo 87 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados, aprovada pelo Decreto 7.660, de 23 de dezembro de 2011.

Publicado no *DOU* de 1º/11/2012.

### Decreto 7.844, de 13 de novembro de 2012.

Regulamenta o art. 103-B da Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, que trata da suspensão do pagamento de parcelamento de débitos concedido a municípios, em razão de situação de emergência ou estado de calamidade pública.

Publicado no *DOU* de 14/11/2012.

### Decreto 7.850, de 30 de novembro de 2012.

Regulamenta a Medida Provisória 579, de 11 de setembro de 2012, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais, sobre a modicidade tarifária.

Publicado no *DOU* de 30/11/2012 – Edição extra.

### Decreto 7.861, de 6 de dezembro de 2012.

Institui a Comissão Nacional das Autoridades nos Portos – Conaportos, dispõe sobre a atuação integrada dos órgãos e entidades públicos nos portos organizados e instalações portuárias, e dá outras providências.

(Publicado no *DOU* de 07/12/2012).

### Decreto 7.862, de 8 de dezembro de 2012.

Delega competência aos ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Defesa para disciplinar o recadastramento dos aposentados e dos pensionistas da União que recebem recursos à conta do Tesouro Nacional constantes do Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos – Siape, dos militares inativos e pensionistas das Forças Armadas, e dos anistiados políticos, civis e militares, e seus dependentes.

Publicado no *DOU* de 10/12/2012.

**Decreto 7.870, de 19 de dezembro de 2012.**

Altera o Anexo IV ao Decreto 6.707, de 23 de dezembro de 2008, para modificar percentuais aplicados sobre o preço de referência de bebidas para efeito de cálculo da Contribuição para o Pis/Pasep, da Cofins e do IPI no regime especial de tributação de bebidas frias.

Publicado no *DOU* de 20/12/2012.

**Decreto 7.873, de 26 de dezembro de 2012.**

Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 26/12/2012 – Edição extra.

**Decreto 7.877, de 27 de dezembro de 2012.**

Altera o Decreto 7.828, de 16 de outubro de 2012, que regulamenta a incidência da contribuição previdenciária sobre a receita devida pelas empresas de que tratam os arts. 7º a 9º da Lei 12.546, de 14 de dezembro de 2011.

Publicado no *DOU* de 28/12/2012.

**Decreto 7.878, de 27 de dezembro de 2012.**

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 28/12/2012.

**Decreto 7.879, de 27 de dezembro de 2012.**

Altera a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – Ipi, aprovada pelo Decreto 7.660, de 23 de dezembro de 2011.

Publicado no *DOU* de 28/12/2012.

**Decreto 7.882, de 28 de dezembro de 2012.**

Regulamenta o art. 2º da Lei 12.649, de 17 de maio de 2012, que dispõe sobre a rotulagem das embalagens de papel destinado à impressão de livros e periódicos.

Publicado no *DOU* de 31/12/2012.





## Corte Especial

Numeração única: 0028554-33.1998.4.01.3400

Conflito de Competência 1998.34.00.028595-0/DF

Relator:	Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Autores:	Eduardo Guerino Rondino e outros
Advogado:	Dr. Marcelo Marcos Armellini
Réu:	Banco Fator S/A
Advogados:	Dra. Luciana Lopes e Silva Figueroa e outros
Réu:	Banco Central do Brasil – Bacen
Advogados:	Dr. Francisco Munia Machado e outros
Ré:	União Federal
Procurador:	Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Suscitante:	Desembargador Federal da 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Suscitado:	Desembargador Federal da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Publicação:	e-DJF1 de 13/11/2012, p. 2

### Ementa

*Processual Civil. Conflito de competência. Ação popular e ação de improbidade administrativa. Edital de concorrência para alienação de ações do Banco do Estado de São Paulo S.A. (Banespa). Inexistência de conexão. Competência da Terceira Seção para o julgamento da ação popular.*

I. Tratando-se de ação popular mediante a qual os autores objetivam declaração de nulidade dos atos administrativos relativos ao leilão das ações do Banco do Estado de São Paulo (Banespa), não há que se falar em conexão com ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público contra gestores que participaram da operação, considerando que as ações possuem pedidos e causa de pedir distintos.

II. Conflito conhecido, para declarar a competência da Terceira Seção, suscitada.

### Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, conhecer do conflito, para declarar competente a Terceira Seção, suscitada.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 25/10/2012.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:* — Cuida-se de conflito de competência suscitado pelo eminente Des. Federal Hilton Queiroz, integrante da Segunda Seção (fls. 788-789), tendo como suscitado o ilustre Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves, convocado para atuar junto ao gabinete do não menos eminente Des. Federal João Batista Moreira, componente da Terceira Seção, ambos se declarando incompetentes para o julgamento de apelação interposta nos autos de ação popular, em que os autores pleiteiam a declara-

ção de nulidade dos atos referentes à venda das ações do Banco do Estado de São Paulo (Banespa).

Os autos foram distribuídos, em 22/06/2007, ao Des. Federal João Batista Moreira (fl. 646), e, em 02/09/2010, foi distribuída, por prevenção, a Apelação Cível 2000.34.00.006569-8/DF, em que se busca a condenação dos réus por ato de improbidade administrativa e na qual foi proferida decisão (cópia – fls. 654-655), determinando a redistribuição das ações a um dos integrantes da Segunda Seção, por força do art. 8º, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal e considerando que “a propositura da ação por ato

de improbidade administrativa prevenirá o Juízo para todas as ações posteriormente intentadas” (fl. 655).

Os autos foram, então, redistribuídos ao Des. Federal Hilton Queiroz (fl. 657), que neles despachou (fls. 788-789), suscitando o presente conflito de competência, ao entendimento de que a causa de pedir e o objeto das referidas ações são distintos, e que a ação popular não trata de matéria penal nem de improbidade administrativa, razão pela qual não há como reconhecer a conexão entre ambas.

O Ministério Público Federal emitiu parecer (fls. 813-816), no qual opina pela competência da Segunda Seção.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – Trata-se, na origem, de ação popular proposta por Eduardo Guerino Rondino e outros contra o Banco Fator S.A., o Banco Central do Brasil e a União, na qual formularam os seguintes pedidos (fls. 19-20):*

a) a suspensão do processo de licitação tendo em vista a nulidade do edital, bem como a proibição da assinatura do contrato para início da prestação dos serviços de avaliação, modelagem e administração do Banco do Estado de São Paulo S/A – Banespa, pelo consórcio liderado pelo Banco Fator S/A;

b) a expedição de ofício ao Requerido, com a comunicação do deferimento do pleito liminar para que tomem as providências legais;

c) a citação da Requerida para os termos da presente demanda, para que, querendo apresente a defesa que tiver, sob pena de revelia, devendo acompanhar a presente até seu final quando deverá ser julgada procedente com a decretação da nulidade do edital tendo em vista os vícios apontados, bem como da nulidade do resultado do julgamento do certame, e a condenação nas verbas de sucumbência e honorários advocatícios a serem arbitrados.

A sentença (fls. 528-536) declarou a extinção do processo, sem resolução de mérito, pela perda superveniente do objeto, tendo em vista a consumação do procedimento licitatório guerreado.

A ação de improbidade administrativa, por sua vez, encerra os pedidos constantes da petição

inicial, cuja cópia foi juntada aos autos (fls. 662-786), ali constando, também, pleitos relativos à declaração de nulidade do procedimento licitatório referente à transferência das ações do Banespa, *in verbis* (fls. 784-785):

a) declaração de nulidade de todos os atos administrativos e seus efeitos decorrentes a transferência das ações do Banespa, pelo Estado de São Paulo à União, anulando a dita federalização do BANESPA, principalmente o contrato de promessa de compra e venda e seu primeiro aditivo, condenando a União e o Banco Central a devolverem as ações ordinárias transferidas pelo Estado de São Paulo através do contrato de promessa de compra e venda e seu primeiro aditivo;

b) declaração de nulidade do procedimento licitatório, BACEN/PND n. 001/98, iniciado em 1998, que selecionou o Consórcio liderado pelo Banco Fator S/A para realizar a avaliação do patrimônio do Banespa e a modelagem da privatização, devido às inúmeras ilicitudes que, escandalosamente, macularam o edital e todo o procedimento licitatório, anulando-se por conseguinte, conforme disposto no art. 49 da Lei de Licitações o contrato firmado com o Consórcio vencedor e o Banco Central e todos os efeitos jurídicos do mesmo, todos os atos de execução do contrato;

A esses pedidos, somaram-se outros típicos das hipóteses de condenações por ato de improbidade administrativa, tais como perda de função pública, ressarcimento ao Erário, suspensão de direitos políticos, proibição de contratação com o Poder Público.

Assim postos os fatos, considero com razão o suscitante, quando sustenta que a ação popular não versa matéria criminal ou referente a improbidade administrativa.

Com efeito, a discussão posta nos autos diz respeito à nulidade do edital que deflagrou procedimento licitatório, objetivando a privatização do Banespa e, embora se possa vislumbrar a ocorrência da prática de atos de improbidade administrativa, aqui não se cuida de responsabilização de gestores públicos ou de particulares por eventual lesão ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

O fato de constarem, na ação de improbidade, pedidos semelhantes ao que foi deduzido na ação popular, não leva a acolher a competência da Segunda Seção, como pretendido pelo magistrado suscitado, considerando o óbice constante do Regimento Interno, que, ao detalhar a competência das seções deste Tribunal, atribuiu à Segunda Seção, apenas, o processo e julgamento dos feitos relativos à matéria penal em geral, improbidade administrativa e desapropriação,

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais João Batista Moreira, Selene Almeida, Mônica Sifuentes, Tourinho Neto, Catão Alves, Jirair Aram Meguerian, Olindo Menezes, Tolentino Amaral, Carlos Moreira Alves e I'talo Mendes.

não se podendo, por isso, entender que a mesma seria competente para o julgamento da matéria deduzida na ação popular.

Parece-me equivocado, com a devida vênia, o argumento utilizado pelo suscitado, ao declinar da competência, citando precedente do Tribunal, de que “a propositura da ação por ato de improbidade administrativa prevenirá o juízo para todas as ações posteriormente intentadas”. Em primeiro lugar, por que a ação de improbidade foi ajuizada depois da ação popular, e, em segundo, por que ambas não contêm o mesmo objeto, e os mesmos pedidos, como visto.

Nos autos do Conflito de Competência 0001251-44.1999.4.01.4100, tive a oportunidade de me pronunciar sobre caso análogo, em que este Tribunal, adotando entendimento expressado em meu voto, decidiu pela competência da Terceira Seção. Confira-se:

*Processual Civil e Regimental. Conflito de competência entre seções do tribunal. Ação popular. Anulação de ato administrativo. Competência a Terceira Seção.*

I. Tratando-se de ação popular que tem por objeto a declaração de nulidade de ato administrativo de nomeação de servidor público para exercer cargo em comissão, a competência para o julgamento do recurso de apelação interposto da sentença nela proferida é da 3ª Seção, ainda que, indiretamente, envolva a possível prática de ato de improbidade.

II. Conflito procedente, declarada a competência do suscitado.

No mesmo sentido:

*Processual Civil. Conflito competência. Ação declaratória de nulidade de ato administrativo. Ação de Improbidade. Algodão Quebra de Safra 1997/1998. Aquisição pela Conab. Inexistência de Conexão. Inaplicabilidade do § 5º do art. 17 da Lei 8.429, de 1992. Não há conexão entre a ação declaratória de nulidade de ato administrativo relativo a pedido de ressarcimento, julgado procedente para declarar nulos os atos administrativos, e a ação de improbidade, em que se discute a prática de ato ímprobo, em que se busca a efetividade do princípio da moralidade administrativa. As causas de pedir são distintas, e até mesmo o objeto é diverso, não havendo, portanto, conexão ou continência, o que pode haver entre a ação de improbidade, a ação popular e a ação civil pública. Inaplicabilidade do § 5º do art. 17 da Lei 8.429, de 1992.*

(Conflito de Competência 2003.35.00.019346-0/GO – rel. Des. Federal Tourinho Neto – DJ de 27/04/2007.)

Desse modo, com a devida vênia do ilustre suscitado, entendo que a competência para o julgamento da apelação de que se trata é da Terceira Seção.

Diante do exposto, conheço do conflito e o julgo procedente, para declarar a competência da Terceira Seção, suscitada.

É o meu voto.

## Corte Especial

### Mandado de Segurança 0026347-22.2011.4.01.0000/AP

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves  
 Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Kassio Marques  
 Impetrantes: Aline Luciana Rosa de Oliveira e outros  
 Advogado: Dr. Valter Bruno de Oliveira Gonzaga  
 Impetrado: Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região  
 Publicação: e-DJF1 de 11/12/2012, p. 5

## Ementa

*Constitucional e Administrativo. Concurso público. Direito à nomeação. Vagas criadas durante o prazo de validade do certame. Observância das regras do edital originário. Edição de editais posteriores. Informação sobre a existência de cargos vagos. Deflagração de processo seletivo para o seu preenchimento. Divulgação do resultado. Recusa administrativa à nomeação. Abusividade do ato praticado. Ofensa aos princípios da confiança, isonomia e impessoalidade. Concessão da segurança aos candidatos habilitados dentro do número de vagas. Efeitos financeiros. Data da efetiva entrada em exercício. Critérios para a posse e exercício. Preservação do direito dos demais candidatos já empossados nos cargos. Correção monetária. Juros de mora.*

I. Os impetrantes são candidatos que foram aprovados no 4º concurso para o provimento de cargos e formação de cadastro de reserva neste Tribunal Regional Federal, tendo se inscrito para a cidade de Macapá, em relação à qual havia apenas a existência de cadastro de reserva.

II. Ocorre que o edital regrador do mencionado certame previu expressamente que ele se destinava “ao provimento de cargos constantes do Anexo III deste edital e daqueles que estiverem vagos por ocasião da homologação do concurso”.

III. Assim, ainda que os impetrantes tivessem sido aprovados para localidade na qual inexistiam cargos vagos, a criação destes durante o prazo de validade do certame lhes garante a prerrogativa assegurada pelo acima transcrito texto editalício.

IV. Com a entrada em vigor da Lei 12.011/2009 foram criadas 230 varas federais em todo o País – com os respectivos cargos e funções –, vindo o Conselho da Justiça Federal a editar a Resolução 102, de 14/04/2010, pela qual indicou quais seriam as localidades por elas contempladas e ainda o respectivo cronograma de instalação, sendo que para as cidades de Laranjal do Jari e Oiapoque determinou-se que a implantação tivesse lugar naquele mesmo ano.

V. Com base em tais autorizativos a Administração desta Corte fez publicar o Edital 9–2010, tornando pública, para os candidatos aprovados para a cidade de Macapá, a existência de cargos vagos nas Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e Oiapoque/AP, indicando expressa e pormenorizadamente a natureza e o quantitativo dos mencionados cargos, cabendo aos interessados manifestar tal condição.

VI. Feita a *inscrição*, esta Corte subsequentemente publicou o Edital 15, de 09/08/2010, divulgando o “*resultado final do processo seletivo para preenchimento de cargos vagos existentes na Seção Judiciária do Estado do Amapá, destinados às Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e do Oiapoque, oferecidos no Edital/Presi/Secre 9, publicado, no Diário Oficial da União, Seção III, de 11/06/2010.*”

VII. Ocorre que depois de todos esses procedimentos este Tribunal requereu (em 09/09/2010) ao CJF o diferimento da implantação das varas em comento para o ano de 2014, sendo parcialmente acolhida a pretensão, de tal forma que elas fossem instaladas no ano de 2011.

VIII. Em razão da postergação acima mencionada e do risco de não serem nomeados, os impetrantes requereram administrativamente a sua nomeação, esgrimindo com a possibilidade de que ela ocorresse antes da instalação física das varas, com exercício provisório em outras localidades, apresentando ainda termo de renúncia às diárias que eventualmente lhes pudessem ser devidas.

IX. O pleito encaminhado foi indeferido aos argumentos de que: candidato aprovado em concurso público não tem direito à nomeação; as varas previstas no edital de convocação não foram instaladas, e somente o serão após o encerramento do prazo de validade do concurso de que participaram os impetrantes; o Edital do 4º concurso para o provimento de cargos do TRF1 não previa vagas para as localidades em questão, sendo que elas somente surgiram no curso do certame, em razão da Lei 12.011/2009, que criou as Varas de Laranjal do Jari e de Oiapoque; o Edital Presi/Secre 9/2010 não convocou candidatos para fins de nomeação, mas apenas para tornar pública a existência dos cargos nas cidades em comento e para que os candidatos aprovados se manifestassem sobre o interesse em a eles concorrer.

X. Não se mostram válidas, contudo, as razões do indeferimento.

XI. A uma, porque os candidatos aprovados dentro do número de vagas estabelecidos previamente no edital tem direito adquirido à nomeação, conforme posição firmada pelo STF e STJ em derredor da questão.

XII. A duas, porque edital originário do concurso previu expressamente que os cargos criados durante seu prazo de validade seriam preenchidos pelos candidatos nele aprovados.

XIII. A três, porque este Tribunal declarou a existência dos cargos vagos nas cidades de Laranjal do Jari e Oiapoque, convocando os candidatos aprovados para a cidade de Macapá a dizerem se tinham interesse em ocupá-los.

XIV. A quatro, porque além do Edital 9/2010, que *apenas* tornava pública a existência dos cargos, a Administração desta Corte prosseguiu com a intenção de preencher os cargos existentes e divulgou a classificação de um certame derivado do primeiro, publicando o Edital 15/2010, com a ordem de classificação dos candidatos que haviam se inscrito a fim de que eles preenchessem os cargos ofertados.

XV. É saber, os candidatos que se habilitaram ao preenchimento dos cargos existentes em Laranjal do Jari e em Oiapoque confiaram na regularidade e seriedade da postura adotada pela Administração, mudando sua programação de vida e até mesmo deixando de participar de outros concursos, fncados na justa certeza de que seriam nomeados com base nos Editais 9 e 15 de 2010.

XVI. Há mais, os fatos alegados pela Administração desta Corte como justificadores do seu pleito ao CJF para a dilação do prazo de instalação das Varas já eram de notória previsibilidade (dificuldade para a localização de imóveis aptos a servirem para o funcionamento das varas e as más condições da estrada que liga Macapá a Laranjal do Jari e a Oiapoque), daí porque desborda em muito do razoável que primeiro se convoquem os candidatos, sejam eles submetidos a processo de seleção, divulgando-se o resultado deste e, somente depois de tudo isto, venha a se arguir a impossibilidade de nomeação em razão de fatos pretéritos e de fácil previsão.

XVII. Além disso, a nomeação do servidor é ato que precede à sua posse e exercício, de forma que não haveria impedimento para que este TRF1 nomeasse os impetrantes habilitados dentro do número de vagas mencionados no Edital 9/2010, postergando-se para a data de instalação das varas, ainda que posterior à validade do concurso, a efetivação da posse.

XVIII. Não é só, aduziu-se que a instalação das varas seria condição *sine qua non* para a nomeação dos candidatos, não sendo correta tal assertiva ante a constatação de que candidatos aprovados no mesmo concurso, para a Seção Judiciária de Goiás, foram nomeados para as Subseções de Formosa e Uruaçu antes mesmo da instalação das respectivas Varas.

XIX. Assim, a dispensa de tratamento díspar para candidatos em situação símile implica violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

XX. Apenas os candidatos aprovados dentro do número de vagas previstos no edital 9/2010 fazem jus à nomeação, porque apenas elas foram tidas como aptas a serem ocupadas durante o prazo de validade do 4º concurso.

XXI. A fim de não prejudicar os candidatos aprovados no 5º concurso (deflagrado ainda durante o prazo de validade do anterior) que tomaram posse e estão em exercício nas cidades de Laranjal do Jari e Oiapoque, os impetrantes que tiveram suas pretensões acolhidas poderão optar por exercer seus múnus, como excedentes, em localidades outras indicadas pelo TRF1 ou, caso recusem, exercerão suas atividades nas próprias cidades para as quais se habilitaram, procedendo-se ao longo do tempo a adequação da lotação.

XXII. Efeitos administrativos e financeiros em favor dos impetrantes exitosos a partir da efetiva entrada em exercício.

XXIII. As parcelas vencidas serão atualizadas monetariamente com base no IPCA, isto em razão da imprestabilidade da TR (utilizada como índice de remuneração básica das cadernetas de poupança) para tal finalidade, conforme fundamentos utilizados pelo STF no julgamento da ADI 493/DF, sendo ainda acrescidas de juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da notificação da autoridade impetrada.

XXIV. Segurança concedida para os litisconsortes Cecília Gabriela Godoi Cordeiro, Janny Pereira da Silva, Luís Cláudio dos Santos Siliprandi, Marcylyne Benedita Gonçalves Ribeiro, Maria de Fátima Galeno Cardoso, Ricardo Martins Correia Lima, Rosan Paulo Soares Alves e Valdemir Fonseca Vales e denegada em relação aos demais.

XXV. Prejudicados os agravos regimentais interpostos.

## Acórdão

Decide a Corte Especial, *por unanimidade*, denegar a segurança em relação aos litisconsortes que não foram aprovados na forma dos Editais Presi/Secre 10 e 15 de 2010 dentro do número de cargos previstos no primeiro deles; e, *por maioria*, conceder em parte a segurança, determinando que os efeitos financeiros e funcionais ocorressem a partir do exercício no cargo.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 19/11/2012.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator p/ acórdão.

## Relatório

A Exma Sra Des. Federal Neuza Alves: — Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Aline Luciana Rosa de Oliveira e outros, contra ato atribuído ao presidente deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, nos autos do Processo Administrativo 1.149/2011, indeferiu o pedido de nomeação por eles formulado para que viessem a ocupar os cargos de analista judiciário criados para as subseções judiciárias de *Laranjal do Jari* e *Oiapoque*, no Estado do Amapá, para os quais alegam terem sido aprovados no 4º concurso público realizado por este Sodalício.

Alegam, em resumo, que em razão de sua classificação no certame em comento foram convocados e habilitados para o preenchimento dos cargos disponibilizados de analista judiciário nas áreas administrativa, judiciária e de execução de mandados nas localidades acima mencionadas, havendo a previsão de instalação das varas correlatas para novembro de 2010 (*Laranjal do Jari*) e dezembro de 2010 (*Oiapoque*).

Todavia, seguem dizendo, *em razão de requerimento encaminhado pela presidência desta Corte ao Conselho da Justiça Federal* as instalações acima referidas foram postergadas para o final do ano de 2011.

Diante disso, requereram a sua nomeação com lotação provisória na capital do Estado, em razão de que o prazo de validade do concurso já estava em sua fase derradeira, expirando-se em 1º/06/2011 para o cargo de técnico judiciário, e 28/06/2011 para analista judiciário.

O pleito apresentado foi *indeferido* (no processo administrativo 1.149/2011) pela autoridade aqui apontada como coatora, em razão das informações prestadas pela Secretaria de Recursos Humanos da Corte, segundo as quais: o acolhimento da pretensão encontrava óbice na impossibilidade de instalação das varas até o prazo final do certame. Outros fatos impeditivos seriam a obrigatoriedade de obediência aos prazos de instalação das varas fixado pelo CJF e a inexistência de vagas para a cidade de Macapá.

Questionam os impetrantes a legalidade do ato praticado com base nos seguintes fundamentos:

– o edital regrador do concurso previa no item XIV, subitem 2, que: *“o candidato habilitado poderá ser nomeado para localidade diversa da qual foi aprovado, ficando tal nomeação condicionada a edital de convocação expedido pelo TRF1 e manifestações de interesse do candidato”*;

– o TRF1 expediu o Edital de Convocação 9/2010, de 8 de junho de 2010, para que os candidatos aprovados dissessem se tinham interesse em tomar posse nos cargos criados para as Varas de *Laranjal do Jari* e *Oiapoque*; estando eles, impetrantes, devidamente habilitados para ocuparem tais cargos, manifestaram-se positivamente;

– não foram eles que deram causa à não instalação das varas nos prazos iniciais previstos pelo CJF e, mais que isso, o diferimento levado a efeito não impede as suas nomeações;

– em situação análoga, relativa às subseções de *Uruçu* e *Formosa*, a presidência do TRF1 nomeou os candidatos para elas habilitados e procedeu apenas à inauguração solene das respectivas varas, e não estando suas instalações adaptadas ao seu pleno funcionamento, alocou os servidores então nomeados para exercerem seu múnus em seções ou subseções judiciárias próximas aos seus domicílios até que se ultimassem as reformas necessárias ao pleno funcionamento de tais varas;

– a postura administrativa diferenciada em relação a esses servidores configura violação aos princípios da isonomia e impessoalidade insertos nos arts. 5º e 37 da CF/1988; por isso também eles devem receber tratamento idêntico, inclusive porque, tal qual os servidores indicados paradigmas, também subscreveram termos de renúncia quanto ao recebimento de diárias, não tendo sido isto suficiente, contudo, para alterar a posição do TRF1;

– a conduta da Administração ao divulgar edital de convocação direcionado aos candidatos habilitados, ressalta seu interesse no preenchimento das vagas, não se podendo perder de vista o fato de que eles, impetrantes, aceitaram os termos do já referido edital e confiaram na validade da postura administrativa;

– a publicação do edital com a convocação dos servidores consubstanciou o interesse da Administração em preencher os cargos existentes, residindo aí a motivação do ato administrativo levado a efeito, que lhes provocou (já que devidamente habilitados) a justa expectativa de que a investidura seria a conduta a ser adotada, eis porque, também por isso, o ato inquinado coator violou, dentre outros, o princípio da confiança legítima e da segurança jurídica;

– como visto, não se sustentam os motivos alegados pela Administração para a negativa apresentada, seja porque a não instalação das subseções judiciárias não impediria a nomeação almejada, seja porque não podem ser responsabilizados pela ultrapassagem dos prazos de instalação inicialmente fixados pelo CJF.

– o argumento da necessidade de dotação orçamentária é igualmente equivocado, porque o 4º concurso do qual participaram foi efetivamente levado a efeito e porque o TRF, antes do fim do prazo de validade desse certame, *deflagrou o 5º concurso* para o provimento de cargos em seu quadro funcional, derrubando a tese do óbice orçamentário;

– a instalação da vara não se confunde com a criação de seus cargos, certo que se as vagas existem elas devem ser preenchidas durante o prazo de validade do certame;

– a jurisprudência do STF se consolidou no sentido de que a Administração tem o dever de convocar e nomear os candidatos aprovados para as vagas disponíveis durante o prazo de eficácia do concurso;

– as normas contidas no art. 2º, *caput*, parágrafo único, e incisos I, II, IV, VI e XIII, da Lei 9.784/1999 também albergam a sua pretensão;

– não é legítima a conduta administrativa de, mesmo ciente de que há candidatos aprovados no 4º concurso e, ainda, a necessidade de provimento dos cargos existentes, iniciar novo processo seletivo para o preenchimento desses mesmos cargos, quando ainda em curso o prazo de validade do 4º concurso;

– a postura administrativa que eventualmente colidir com interesses legítimos dos particulares só podem afetar essas posições em termos adequados e proporcionais aos objetivos que se busca alcançar;

– a posição que vem se firmando no âmbito do STF e do STJ é concorde com a sua pretensão, na forma dos precedentes transcritos;

– é necessária a *concessão de tutela de urgência*, porque o retardamento de sua investidura vem lhes causando prejuízos de difícil, senão impossível reparação, na medida em que os vencimentos que deixam de auferir têm caráter alimentar, sendo efetivamente possível a sua nomeação imediata, antes do trânsito em julgado do comando derradeiro a ser proferido.

Assim, pleiteiam em caráter liminar a sua imediata nomeação ou, pelo menos, a reserva dos cargos vagos.

Requerem, ao fim, a notificação da autoridade impetrada para o oferecimento das informações que julgar necessárias e exibir a relação dos candidatos aprovados e habilitados no 4º Concurso para as Subseções de Laranjal do Jari e de Oiapoque; a notificação do MPF para oferecimento de parecer; e a concessão definitiva da segurança para se declarar, com efeitos *ex tunc*, a ilegitimidade do ato imputado

à autoridade impetrada, determinando-se, como consequência, a sua nomeação, posse e exercício nos cargos de analistas judiciários e técnicos judiciários, *com efeitos retroativos a 27/04/2011*.

Com a inicial, vieram procuração e documentos de fls. 46-527.

A fls. 529 consta despacho do Exmo. Des. Fagundes de Deus, primeiro relator designado para o feito, pelo qual foi diferida a análise do pedido de liminar para o momento subsequente ao oferecimento das informações da autoridade impetrada.

Informações prestadas a fls. 531-532, vazadas nos seguintes termos:

– o pedido formulado pelos impetrantes já foi analisado no Processo Administrativo 1.149/2011, sendo indeferida a pretensão, pela razão essencial de que as varas previstas no Edital de convocação não foram instaladas, e somente o serão após o escoamento do prazo de validade do concurso de que participaram os impetrantes;

– o Edital do 4º Concurso para o provimento de cargos do TRF1 não previa vagas para as localidades em questão, sendo que elas somente *surgiram no curso* do certame, em razão da Lei 12.011/2009, que criou as varas de Laranjal do Jari e de Oiapoque;

– o Edital Presi/Secre 9/2010 não convocou candidatos para fins de nomeação, mas apenas para tornar pública a existência dos cargos nas cidades em comento e para que os candidatos aprovados se manifestassem sobre o interesse em concorrer àqueles cargos.

Liminar indeferida na forma da decisão de fls. 534-537.

Segue-se petição a fls. 539-541 a que se anexa cópia de precedente do STF, invocado pelos impetrantes como abonador de sua pretensão.

A fls. 574-592 foi interposto agravo interno em desfavor da decisão denegatória da liminar requestada.

O impetrante Luís Cláudio dos Santos Siliprandi também interpõe agravo interno contra o aludido comando, na forma da petição de fls. 596-661.

Nova decisão a fls. 666-674 pela qual o Exmo. Des. Fagundes de Deus, em juízo de reconsideração, deferiu parcialmente a liminar requerida e determinou a reserva de vagas, observada a ordem de classificação do certame, em favor dos impetrantes classificados exatamente dentro do número de vagas criadas durante o prazo de validade do concurso para as subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e Oiapoque.

Petição a fls. 682–686, de Luís Cláudio dos Santos Siliprandi, requerendo o elastecimento do alcance do comando liminar a fim de que os impetrantes fossem efetivamente nomeados para os cargos almejados neste *writ*.

Diego Wagner Figueiredo de Carvalho Paraíso e outros candidatos aprovados no 5º Concurso do TRF1 interpõem agravo regimental como terceiros interessados (fls. 739–766, além de anexarem diversos documentos), nele aduzindo as razões de seu inconformismo quanto ao deferimento parcial da liminar (fls. 666–674) e requerendo, como consequência, a reconsideração do aludido *decisum* ou, caso seja ele mantido, a submissão do recurso à análise da Corte Especial.

Embargos de declaração de Joaquim da Silva Oliveira e outro (fls. 1.066–1.076, além de diversos documentos) em desfavor da decisão acima mencionada, objetivando esclarecimento quanto ao seu alcance, de modo a se consignar que apenas as vagas destinadas ao preenchimento por *nomeação* é que ficam reservadas, afastando-se assim os efeitos do *decisum* quanto às vagas destinadas ao preenchimento em razão de concurso de *remoção*.

Petição de Luís Cláudio dos Santos Siliprandi a fls. 1.151–1.161 pela qual dito impetrante requereu a conversão da reserva de vagas determinada pela decisão liminar em determinação de nomeação dos impetrantes para os cargos nos quais foram aprovados, além do não conhecimento dos recursos interpostos pelos chamados *terceiros interessados*, ante o descabimento e caráter protelatório de tais recursos.

A União interpõe agravo regimental em desfavor da decisão que assegurou a reserva de vagas em favor dos impetrantes na forma do petitório de fls. 1.171–1.185.

Nova decisão a fls. 1.187–1.189 pela qual o então relator revogou seu comando anterior, restabelecendo, em razão dos fatos novos trazidos ao processo, o *decisum* primeiro mediante o qual havia sido indeferido o pedido de liminar.

Parecer do MPF pela denegação da segurança (fls. 1.191–1.199).

Agravo interno do impetrante Luís Cláudio dos Santos Siliprandi a fls. 1.202/1.267, contra o *decisum* que revogou a liminar parcialmente deferida, pelo qual buscou-se a imediata nomeação dos impetrantes para os cargos oferecidos nas Subseções de Laranjal do Jari/AP e Oiapoque/AP.

Também os impetrantes Saulo Carneiro Ribeiro e os demais representados pelo mesmo causídico interpuseram agravo regimental contra o *decisum* acima referido, objetivando, pois, a restauração do comando que veio a ser revogado (fls. 1.270–1.287).

Seguiram-se novas petições dos impetrantes voltadas ao julgamento célere do *writ*, além de outra, encartada a fls. 1.364–1.379, escoltada por diversos documentos, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Mais um petitório (fls. 1.449–1.453) com pedido de julgamento do agravo interno pelo rito art. 557, §1º-A, do CPC).

Outra petição acompanhada de vários documentos com a apresentação de nova argumentação tida como abonadora a pretensão dos impetrantes (fls. 1.567–1.573).

É o relatório.

## Voto\*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Para uma melhor compreensão do imbróglgio motivador do presente *mandamus* mostra-se necessário um detalhamento da sequência de acontecimentos desde a publicação do Edital do 4º concurso para o provimento de cargos do quadro de servidores deste TRF1.

Pois bem:

– em 15 de setembro de 2006 foi publicado o Edital do 4º concurso para o preenchimento de vagas existentes no quadro de servidores do TRF 1ª Região, *além daquelas que viessem a surgir durante o prazo de validade do certame*;

– o edital em comento foi devidamente homologado, em quase sua totalidade, em 1º/06/2007 (cargos de: analista judiciário da área judiciária, analista judiciário da área judiciária - especialidade: execução de mandados -, analista judiciário da área administrativa, analista judiciário da área de apoio especializado - especialidade: odontologia -, técnico judiciário da área de apoio especializado - especialidade: contabilidade - e auxiliar judiciário da área de serviços gerais - atribuição básica de serviços gráficos,) vindo a ser homologado em 28/11/2007 em relação aos cargos de técnico judiciário - área administrativa e técnico judiciário - área serviços gerais - especialidade segurança e transporte.

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Kassio Marques, Novély Vilanova, Jirair Aram Meguerian, Hilton Queiroz e Selene Almeida.



– o prazo de validade do mencionado concurso foi de dois anos, *prorrogado por mais dois anos*;

– pela Lei 12.011/2009 foram criadas 230 varas federais, com os respectivos cargos de Juiz Federal, Juiz Federal Substituto, cargos efetivos de servidores, além de cargos em comissão e funções comissionadas, e com a devida previsão de implantação gradativa das Varas, *inclusive dos cargos*, da seguinte forma: em 2010, 46 varas; em 2011, 46 varas; em 2012, 46 varas; em 2013, 46 varas; e em 2014, 46 varas (cf. art. 1º, §§ 2º e 3º da lei em comento);

– o presidente do Conselho da Justiça Federal editou a Resolução 102, *de 14 de abril de 2010* dispondo sobre a localização das varas federais criadas pela Lei 12.011/2009 e estabelecendo o *cronograma* de sua instalação na forma dos anexos I e II da mencionada resolução, constando inicialmente de tal ato normativo a previsão de que as varas federais de Laranjal do Jari e de Oiapoque, ambas no Estado do Amapá, *seriam instaladas durante o ano de 2010*;

– em 07/05/2010 o Exmo. presidente desta Corte emitiu a Circular/Presi 972, referindo-se à instalação das varas previstas para o ano de 2010 pela Resolução CJF 102/2010, solicitando, por força disto, que os MM. juízes federais diretores do Foro (inclusive do Estado do Amapá), adotassem as providências necessárias à criação de uma *comissão local* de apoio à comissão criada pelo TRF com vistas à otimização dos serviços voltados à instalação célere das varas criadas.

– em 13/05/2010 o Exmo. presidente deste TRF1 editou a Resolução Presi/Cenag 14/2010 autorizando a instalação de 19 varas federais no âmbito da Primeira Região, *no ano de 2010*, prevendo para os meses de novembro e dezembro daquele ano a instalação das varas de Laranjal do Jari e Oiapoque, respectivamente;

– em 19/05/2010 o Exmo. presidente deste TRF1 fez publicar o Edital/Presi/Secre 1/2010, tornando pública a abertura das inscrições para participação no Processo Seletivo Permanente de Remoção para as localidades constantes do anexo do referido edital, dentre as quais estavam *incluídas as Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e Oiapoque*;

– em 08/06/2010 o presidente deste TRF1 lançou o Edital/Presi/Secre 9/2010, tornando pública, para os *candidatos habilitados no 4º concurso* já mencionado, a existência de cargos nas Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e Oiapoque/AP, assim distribuídos: *3 cargos vagos de analista judiciário, área judiciária; 1 cargo vago de analista judiciário, área administrativa; 1 cargo vago de analista judiciário, área judiciária, especialidade execução de mandados; 5 cargos vagos*

*de técnico judiciário, área administrativa; e 1 cargo vago de técnico judiciário, área administrativa, especialidade segurança e transporte.*

– em 09/08/2010 foi publicado o Edital/Presi/Secre 15/2010 pelo qual o presidente deste TRF1 tornou público o *resultado final do processo seletivo para preenchimento de cargos vagos existentes na Seção Judiciária do Estado do Amapá, destinados às Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e do Oiapoque, oferecidos no Edital/Presi/Secre 9, publicado, no Diário Oficial da União, Seção III, de 11/06/2010*, nele constando o nome de todos impetrantes como candidatos aptos a serem nomeados, observando-se a ordem de classificação do certame. (grifo ausente no original).

– em 09/09/2010 o Exmo. presidente deste Tribunal subscreveu o Ofício/Presi/Senag 1903 endereçado ao Exmo. ministro do STJ à época presidente do Conselho da Justiça Federal, solicitando a transferência das datas de instalação de algumas varas federais previstas Na Resolução CJF 102/2010, especificamente em relação às varas de Laranjal do Jari e Oiapoque, para o ano de 2014.

– em sessão realizada em *27 de setembro de 2010* o CJF acolheu parcialmente o pleito acima referido, autorizando a dilação, para o ano de 2011, da data de instalação das Varas de Laranjal do Jari e Oiapoque;

– em 18/11/2010 o presidente deste TRF1 editou a Resolução Presi/Cenag 24/2010 autorizando a instalação de 19 Varas Federais no âmbito da Primeira Região, *no ano de 2011*, prevendo, *agora para essa nova data*, a instalação das Varas de Laranjal do Jari e Oiapoque.

– em 28 de janeiro de 2011 foi lançado o edital do 5º concurso para o provimento de cargos para servidores do TRF1;

– em 16 de novembro de 2011 o presidente deste TRF1 lançou os Editais/Presi/Secre 28 e 29/2010, tornando pública, para os candidatos habilitados no 5º concurso, a existência de cargos de analista judiciário – execução de mandados nas Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e Oiapoque/AP.

– em 28 de dezembro de 2011 foram publicados os Editais/Presi/Secre 32 e 33/2011 pelo qual o presidente deste TRF1 tornou público o resultado final do *processo seletivo* para preenchimento de cargos vagos existentes na Seção Judiciária do Estado do Amapá, destinados às Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e do Oiapoque, oferecidos no Edital/Presi/Secre 28 e 29/2010.

Pois bem, do quanto narrado no relatório e ainda na exposição supra, tem-se que os impetrantes foram habilitados no 4º concurso para o provimento de cargos de servidores do TRF1, tendo sido aprovados, contudo, fora do número de vagas previstas os respectivos cargos. Ocorre que durante o prazo de validade do concurso e em razão da entrada em vigor da Lei 12.011/2009 foram criados vários cargos no âmbito da Justiça Federal, e em número suficiente para que, em razão da classificação pelos impetrantes alcançada, pudessem ser eles eventualmente convocados para fins de nomeação.

E foi justamente isto o que veio a ocorrer, eis porque de logo adiante que considero integralmente prevalente a pretensão deduzida neste mandamus pelos litisconsortes que foram aprovados dentro do número de vagas previstas para os cargos descritos no Edital TRF1 9/2010, na medida em que, repita-se, ainda que tenham sido aprovados fora do número de vagas dos cargos existentes à época da publicação do Edital do 4º concurso, eles fazem jus à nomeação almejada, dentre outras coisas, em face da previsão constante do item 2 desta norma regradora, que estabeleceu, expressamente, que o certame se destinava “ao provimento de cargos constantes do Anexo III deste edital e daqueles que estiverem vagos por ocasião da homologação do concurso.” (grifei)

O Edital do 4º concurso estabeleceu, portanto, que as vagas abertas durante seu prazo de validade seriam preenchidas pelos candidatos nele aprovados.

A questão que remanesce controversa, portanto, é saber se vieram a existir vagas aptas a serem preenchidas durante o prazo de validade do concurso e se os impetrantes estavam aptos a ocupá-la, sendo positivas, segundo entendo, as respostas a ambas as cogitações.

Como já explicitado, pela Lei 12.011/2009 foram criadas 230 varas federais, estabelecendo-se no respectivo cronograma de instalação que 46 delas seriam implantadas em 2010 e mais 46, em 2011, devendo ainda ser ressaltado, por importante, que para todas as mencionadas 230 varas já haviam sido criados os respectivos cargos e funções comissionadas.

Diante deste quadro, o CJF editou a Resolução 102, de 8 de abril de 2010, estabelecendo o cronograma inicial de instalação das varas criadas, prevendo-se em tal normativo que as subseções judiciárias de Laranjal do Jari e de Oiapoque seriam implantadas naquele mesmo ano.

Veja-se, nesse contexto, que tanto o regramento normativo matriz, quanto o ato infralegal que o

veio regulamentar previram a existência das varas e, obviamente, *dos cargos a elas correlatos*, até porque seria incogitável que as varas pudessem ser instaladas e entrarem em funcionamento, sem os magistrados e servidores responsáveis pelas atividades a elas inerentes.

Por essa evidente razão, a Administração deste TRF1 vez publicar o Edital 9/2010, “*tornando pública, para os candidatos habilitados no 4º concurso já mencionado, a existência de cargos nas Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e Oiapoque/AP*”. Observe-se que o texto deste Edital é claro, demasiadamente claro, ao informar a *concreta existência* dos cargos que foram assim especificadamente indicados: *3 cargos vagos de analista judiciário, área judiciária; 1 cargo vago de analista judiciário, área administrativa; 1 cargo vago de analista judiciário, área judiciária, especialidade execução de mandados; 5 cargos vagos de técnico judiciário, área administrativa; e 1 cargo vago de técnico judiciário, área administrativa, especialidade segurança e transporte.*

Em outras palavras, esta Corte divulgou que os cargos acima referidos para as Varas de Laranjal do Jari e de Oiapoque já existiam, e o fez à premissa de que a prévia determinação do CJF para que elas fossem instaladas no ano de 2010 impunha o seu preenchimento o mais rápido possível.

Ou seja, não se mostra correta, data vênia, a alegação de que o Edital 9/2010 não teria o condão de assegurar aos interessados o direito à nomeação, ao argumento de que os cargos ainda não haviam sido criados.

Deveras, se não para fins de nomeação futura, qual seria a razão para a publicação do Edital 9/2010? Acaso esse ato foi publicado apenas para que os candidatos soubessem, sem nenhuma consequência prática, da existência dos cargos *especificadamente indicados no Edital?*

É claro que não! E reforça esta conclusão o fato de que logo em seguida este mesmo TRF fez publicar o Edital 15/2010 pelo qual tornou público

[...] o resultado final do processo seletivo para preenchimento de cargos vagos existentes na Seção Judiciária do Estado do Amapá, destinados às Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e de Oiapoque, oferecidos no Edital/Presi/Secre 009, publicado, no Diário Oficial da União, de 11/06/2010.

Quer dizer, em um período de aproximadamente dois meses a Administração desta Corte informou aos candidatos aprovados no 4º concurso *a existência de cargos vagos* em Laranjal do Jari e Oiapoque e encerrou

um processo seletivo que foi iniciado com vistas ao preenchimento destes mesmos cargos.

Mais claro, portanto, impossível.

E nem se diga que no Edital 9/2010 constava a advertência de que a divulgação dos cargos existentes não gerava direito à nomeação! A compreensão dessa observação deve ser feita no sentido de que nem todos os candidatos que *aderissem* ao processo seletivo deflagrado seriam necessariamente nomeados, isto porque havia um número limitado de vagas disponibilizadas. Daí, apenas os candidatos *que se inscrevessem e que ao final dessa nova fase de seleção estivessem classificados dentro do número das novas vagas é que seriam convocados para nomeação*.

Veja-se ainda, a disposição do item III, 1, do edital em comento: *“o provimento dos cargos será feito observando a classificação final obtida no referido concurso...”*

Também o item 5, II, traz a seguinte consignação: *“o quantitativo de cargos vagos oferecidos neste edital poderá ser acrescido daqueles não utilizados para fins de remoção.”*

Em suma, os cargos criados (efetiva, mas abstratamente) pela Lei 12.011/2009 passaram a ostentar uma característica de efetividade e concretude desde que o CJF definiu os locais em que eles seriam ocupados: as cidades de Laranjal do Jari e Oiapoque foram especificamente indicadas para tanto!

Também por esta razão é que a *advertência* contida no Edital Presi/Secre 9/2010 não prevalece porque, como visto adrede, havendo cargos vagos durante o prazo de validade do concurso, eles devem ser preenchidos pelos candidatos nele aprovados.

Aliás, ainda que a mencionada advertência tivesse sido aposta com alguma finalidade preventiva, a fim de se afastar alguma espécie de obrigação da Administração em nomear os candidatos, tal pretensão seria manifestamente nula. Seria o mesmo, para exemplificar, que apor no próprio Edital originário do certame a advertência de que os candidatos aprovados dentro do número de vagas passariam a possuir mera expectativa de direito à nomeação, sendo de todo equivocada tal assertiva, consoante a não tão nova posição firmada pelo STF e pelo STJ em sentido oposto ao dessa linha de compreensão.

De toda forma, ainda que se pudesse dar algum substrato ao argumento de que o Edital 9/2010 não conferiria aos impetrantes nada mais que expectativa de direito, a posterior publicação do Edital 15/2010 já teria consolidado tal expectativa porque com ele

esta Corte textual e taxativamente afirmou que a sua finalidade era a de tornar público o resultado final do processo seletivo para preenchimento de cargos vagos existentes, *ou seja, o Tribunal deflagrou e ultimou um processo seletivo voltado ao preenchimento dos cargos em testilha*.

Apenas para reforçar, observe-se que no item II do Edital 15/2010 constou expressamente que:

*[...] o candidato nomeado nos termos deste edital deverá permanecer por um período mínimo de 3 (três) anos, a partir do exercício, na Subseção Judiciária, sendo vedada, nesse período, remoção, redistribuição ou cessão para outros órgãos, inclusive para a Sede da Seção Judiciária do Estado do Amapá, para o Tribunal Regional Federal da Primeira Região e demais Seções Judiciárias vinculadas, nos termos do capítulo XIV, item 4, do Edital de Abertura das Inscrições. (destaquei).*

Como então se alegar, como alegou o setor administrativo desta Corte, que os cargos não existiam já que as varas ainda não estavam instaladas? Os Editais 9 e 15, ambos de 2010, são a prova clara da existência dos cargos vagos, sendo que a instalação das varas seria a condição necessária apenas à *posse e o exercício dos candidatos para eles aprovados* (nelas próprias), mas não à sua convocação e nomeação.

Vê-se, do exposto, que simples expectativa de direito dos candidatos aprovados fora do número de vagas previsto no Edital do 4º concurso havia, com maior visibilidade, até a entrada em vigor da Lei 12.011/2009. Após o referido marco temporal também se pode cogitar de expectativa de direito, porque tal ditame carecia de regulamentação pelo CJF. Todavia, tendo o CJF expedido a Resolução 102/2010, pela qual indicou quais seriam as localidades que receberiam as varas criadas e ainda estabeleceu o respectivo cronograma de instalação, e tendo ainda esta Corte deflagrado processo seletivo *para o preenchimento das novas vagas que declarou expressamente terem surgido*, o que antes era simples expectativa de direito se convolou, sim, em direito adquirido, com essa condição realçada, aliás, pela necessidade de observância ao *princípio da confiança* em relação à validade e efetividade dos atos administrativos praticados.

Reportando-me ao ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho<sup>1</sup>, o sobredito princípio tem como seus vetores as perspectivas do cidadão em relação à certeza e à estabilidade das ações administrativas,

<sup>1</sup> Manual de Direito Administrativo, 24. ed., p. 33.

valorando-se, para tanto, o sentimento do administrado em relação a tais atos.

É intuitivo que a invocação desse princípio não tem lugar para fins de se transformar uma mera expectativa de direito em direito adquirido, porque na primeira hipótese a situação de pendência é de tal forma preponderante que o próprio cidadão tem a consciência de ser necessária a ocorrência de desdobramentos futuros e *incertos, convergentes com os atos até então praticados*, para que o seu direito venha a ser consolidado.

Ocorre que no caso em apreço os atos praticados pela Administração foram muito além daqueles meramente preparatórios, possuindo, isto sim, a força necessária para incutir na compreensão de seus destinatários a certeza de que eles teriam um desfecho favorável aos seus interesses.

Relembre-se: a Lei 12.011/2009 foi publicada, criando os cargos; o CJF estabeleceu o local e data em que eles seriam *implantados*; este Tribunal publicou um Edital confirmando a existência de tais cargos e, logo em seguida, divulgou o resultado final do concurso promovido para o seu preenchimento.

Diante desse quadro, a justa certeza dos impetrantes era a de que eles seriam nomeados, de forma que a mudança de planos levada a efeito por este Tribunal não poderia, em hipótese alguma, ter frustrado tal convicção.

Outro fato que impressiona e ao mesmo tempo realça a prevalência da pretensão dos impetrantes aprovados dentro do número de vagas previsto no Edital 9/2010 é o de que eles afirmaram que *os candidatos aprovados para os cargos das varas criadas nas cidades de Formosa e Uruaçu, em Goiás, foram nomeados antes de suas respectivas instalações, inexistindo, seja neste writ, seja no processo administrativo que a ele antecedeu, contradita a tal afirmação*.

Aliás, para além de não refutada, há documentos oficiais deste Tribunal que comprovam a veracidade de tais afirmações. De fato pelos Atos/Presi/Secre 1.474, 1.559, de 30/11/2010 e 1.598, de 09/12/2010, os servidores Marcos Paulo Macêdo Chaves, Débora Dias Machado e Antônio Célio Borges foram nomeados para exercerem, respectivamente, cargos (o primeiro em comissão) de Diretor de Secretaria, Técnico Judiciário e Analista Judiciário *na Subseção Judiciária de Uruaçu/GO, antes mesmo da instalação da vara respectiva, que somente teve lugar em 14/12/2010*.

Do mesmo modo, pelo Ato/Presi/Secre 1.404, de 18/11/2010, nada menos que onze servidores foram nomeados de uma única vez para exercerem cargos

efetivos na Subseção Judiciária de Formosa, também em Goiás, antes da instalação da respectiva vara, que somente teve lugar em 13/12/2010.

Vê-se, do exposto, que este TRF deferiu tratamento distinto aos impetrantes em relação ao que foi dispensado aos candidatos aprovados para Formosa e Uruaçu, porque para estes procedeu-se a nomeação antes da instalação das varas, e para os impetrantes argumenta-se com a impossibilidade de tal procedimento.

Permitir-se a nomeação e posse a certo grupo de candidatos antes da instalação das Varas para as quais se habilitaram e indeferir-se tal pleito em relação a outro grupo vulnera frontalmente os princípios da isonomia e da impessoalidade.

E nem se diga que o primeiro grupo foi nomeado para varas instaladas antes do encerramento do prazo de validade do concurso, porque muito embora fosse previsto que isto viesse a acontecer (já que as Subseções de Formosa e Uruaçu estavam com sua instalação marcada para dezembro de 2010), não se poderia ter certeza plena de que o fato ocorreria, ante a possibilidade da ocorrência de eventos derivados de força maior ou de caso fortuito, por exemplo, que efetivamente postergassem por prazo longo a data da instalação.

Um incêndio, uma explosão, um acidente que ensejasse a demolição do prédio, todas estas áleas eram passíveis de ocorrer, daí porque, caso se mostrasse prevalente a tese da impossibilidade de nomeação antes da instalação das varas, os candidatos aprovados para Formosa e Uruaçu não poderiam ser nomeados com a antecedência que o foram.

Não é só; os impetrantes afirmaram que nos dias 13 e 14/12/2010 *houve apenas a instalação solene das varas de Formosa e Uruaçu*, e que até os dias em que elas vieram a entrar em funcionamento os servidores já empossados desempenharam seu labor em localidades próximas aos seus domicílios.

Inexiste, nos autos, prova de que isto tenha ocorrido, *mas é fato que também não houve nenhuma contradita a tal afirmação!!!*

Não fosse bastante esta realidade fática verificada a partir dos atos praticados em relação aos demais candidatos acima mencionados, deve-se ainda ter em mira que são efetivamente distintos os institutos jurídicos da *nomeação, posse e exercício*, sendo que a nomeação antecede temporalmente aos demais, *nada impedindo, portanto, que fosse ele levado a efeito antes da instalação física das varas, diferindo-se a posse e o*

*exercício para o momento em que elas viessem de fato a funcionar.*

A respeito da distinção acima referida, confira-se, mais uma vez, a lição de José dos Santos Carvalho Filho<sup>2</sup>:

Nomeação é o ato administrativo que materializa o provimento originário de um cargo. Como regra, a nomeação exige que o nomeado não somente tenha sido previamente aprovado em concurso público, como também tenha preenchido os demais requisitos legais para a investidura legítima. Uma vez nomeado o servidor, o desfazimento da nomeação não fica ao exclusivo critério da Administração: o ato somente pode ser desfeito depois de assegurar-se ao interessado a garantia do contraditório e da ampla defesa. Vimos também que o concurso é dispensável no caso de nomeação para cargos em comissão (art. 37, II, CF).

A posse é o ato da investidura pelo qual ficam atribuídas ao servidor as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo. É o ato de posse que completa a investidura, espelhando uma verdadeira *conditio iuris* para o exercício da função pública. É o momento em que o servidor assume o compromisso do fiel cumprimento dos valores e atribuições, como bem averba Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>3</sup>. Com a posse, completa-se também a relação estatutária da qual fazem parte o Estado, de um lado, e o servidor, de outro.

Por fim, o exercício representa o efetivo desempenho das funções atribuídas ao cargo. O exercício, como é óbvio, só se legitima na medida em que se tenha consumado o processo de investidura. É o exercício que confere ao servidor o direito à retribuição pecuniária como contraprestação pelo desempenho das funções inerentes ao cargo.

Tal o contexto, tendo o TRF1 declarado publicamente, por força da Lei 12.011/2009 e da Portaria CJF 102/2010, a existência dos cargos vagos nas cidades de Laranjal do Jari e Oiapoque, poderia muito bem ter nomeado dentro do prazo prorrogado da validade do 4º concurso os candidatos que foram convocados para dizer se tinham interesse em ocupá-los e, além de tudo, classificados no processo de seleção interna concreta e efetivamente levado a efeito (Edital 15/2010), *diferindo-se para a data da instalação das varas apenas o ato de posse com o subsequente exercício.*

Não havia, em princípio, impedimento algum para a adoção de tal procedimento, tendo a Administração desta Corte, contudo, optado pela desconsideração

pura e simples dos atos que já havia praticado, causando grave prejuízo financeiro e psicológico aos impetrantes, estes que confiaram na regularidade de todos os atos praticados com vistas à sua nomeação e posse.

Há mais.

Já foi dito que o CJF editou a Resolução 102/2010 e que o fez no mês de abril do referido ano. Pois bem, no subsequente mês de maio o Exmo. presidente desta Corte determinou a formação de uma comissão de estudos voltada à adoção das providências necessárias à instalação das varas federais nas cidades previstas pelo CJF, tendo autorizado, por ato distinto, ainda nesse mesmo mês de maio, a instalação de 19 varas no ano então em curso, prevendo-se para os meses de novembro e dezembro a instalação das varas de Laranjal do Jari e Oiapoque, respectivamente.

Logo em seguida a aludida autoridade fez publicar o já mencionado Edital de divulgação dos cargos existentes e, dois meses depois, o Edital de divulgação do resultado do processo seletivo para o preenchimento de tais cargos.

Somente depois de ter levado a efeito tais procedimentos foi que este TRF veio a solicitar ao CJF a prorrogação do prazo de instalação das varas em Laranjal do Jari e Oiapoque, ao argumento de que as referidas cidades não dispunham da estrutura necessária para abrigá-las e de que as estradas que ligam tais cidades à Macapá estavam em péssimas condições de tráfego.

Sensível aos argumentos que lhes foram levados, o CJF acolheu em parte a solicitação, e *permitiu* que as varas de Laranjal do Jari e de Oiapoque fossem instaladas no ano de 2011.

Ora! Não é nem de longe discutível a necessidade de diferimento da instalação das varas em comento, porquanto demonstrado *quantum satis* que realmente não havia imóveis com as características necessárias ao seu bom funcionamento e que o acesso a elas era bastante precário e perigoso; daí a procura do imóvel que pudesse ser adaptado para atender aos requisitos, bem assim o aguardo na melhoria das condições rodoviárias.

O que não é razoável é que o Tribunal tenha se utilizado desses argumentos como impossibilitadores da nomeação dos candidatos que ele próprio já havia convocado para dizer se tinham interesse em assumir os cargos que afirmou categoricamente existir nas multicitadas cidades, tendo sido eles classificados no processo seletivo deflagrado para preenchimento dos cargos vagos, simplesmente porque os fatos tidos

<sup>2</sup> *Manual de Direito Administrativo*, 24. ed., p. 566.

<sup>3</sup> *Princípios Gerais do Direito Administrativo*, Forense, RJ, 1979, p. 403.

como impedientes eram, ou deveriam ser, de seu conhecimento prévio.

É óbvio que para a instalação das varas federais são necessários imóveis que se adéquem às suas necessidades funcionais. De igual modo era igualmente previsível que em cidades de pequeno porte como Laranjal do Jari e Oiapoque – como veio a ser posteriormente confirmado – seria trabalhosa a localização de imóveis que se enquadrassem no perfil adequado e, mais que isto, pudessem ser imediatamente ocupados.

Da mesma forma, era de conhecimento público que as vias de acesso aos locais das novas varas estavam em má condição de tráfego, tanto assim que os magistrados sediados em Macapá de logo apresentaram mídias *“demonstrando as condições precárias da estrada de Macapá para Oiapoque e para Laranjal do Jari”* (cf. fl. 210).

Registre-se, por importante, que caso a implantação das varas não se mostrasse possível durante o prazo de validade do concurso em razão de circunstâncias excepcionais, não previsíveis, até poder-se-ia (e ressalte-se o verbo no condicional) cogitar da utilização deste argumento para justificar a recusa em se nomear os impetrantes. Mas diante da previsibilidade daquilo que se veio a alegar como circunstância obstativa, não se pode admitir o indeferimento, porque, repita-se, o TRF tinha a obrigação de, dentro de seu poder de gestão, estar previamente ciente de que as cidades indicadas pelo CJF talvez não pudessem ser *de imediato* contempladas com a instalações das varas federais, razão porque, somente após a confirmação deste fato, é que deveria ter *convidado* os candidatos a manifestarem interesse, repita-se, sobre os cargos existentes, e em seguida ter concluído um processo de seleção voltado à sua ocupação.

Sendo assim, antes de convocar os candidatos para os cargos que afirmou serem existentes, deveria o Tribunal ter se certificado da efetiva instalação das varas para que, somente então, levasse a efeito as convocações. Tendo optado, contudo, pela adoção do primeiro procedimento, já não mais poderia (nem deveria) retroceder, chegando a dar a impressão, aliás, de que assim agiu para não ter de assumir o equívoco cometido, como se fosse excessivamente constrangedora ou embaraçosa a *arefa* de se reconhecer ter havido uma *precipitação* na declaração da existência dos cargos e na convocação dos candidatos para que os ocupassem.

Que se registre, por uma questão de justiça, que este equívoco cometido pela Administração na

hipótese em apreço em nada desacredita a qualidade do trabalho por ela desempenhado, como um todo, no que se refere aos atos e procedimentos referentes à instalação de todas as varas federais criadas para a 1ª Região da Justiça Federal.

Ao contrário, a entrada em vigor da Lei 12.011/2009 seguida da Resolução CJF 102/2010, pela qual se determinou a implantação de 19 varas ainda naquele ano nas localidades escolhidas pelo próprio CJF, demandou a adoção célere e concomitante de diversos procedimentos preparatórios e executórios para fins de observância da programação imposta, procedimentos que, em sua grande maioria, mostraram-se eficientes e exitosos.

Todavia, também por força de tais circunstâncias e levando em conta a determinação inicial do CJF para que as Varas de Laranjal do Jari e Oiapoque fossem instaladas em 2010, a Administração desta Casa iniciou o procedimento voltado ao preenchimento dos cargos criados pela Lei 12.011/2009 divulgando aos interessados que, além de já terem sido criados abstratamente, eles seriam brevemente ocupados, sem a cautela necessária à confirmação de que poderia haver mudança nos planos inicialmente traçados.

Só que houve tal mudança, e houve, repita-se, em decorrência de circunstâncias que, embora preexistentes, não foram devidamente aquilatadas, o que levou este Tribunal a simplesmente desconsiderar tudo o que até ali já havia feito para fins de ocupação dos cargos, *como se tal procedimento não tivesse produzido nenhum efeito no mundo jurídico*.

O possível equívoco cometido na convocação dos candidatos com a divulgação de que os cargos já estavam aptos a serem ocupados é perfeitamente aceitável, ante o contexto detrás delineado. O mesmo não se pode dizer, contudo, da recusa desta Corte em reconhecer as consequências legítimas derivadas de seus atos, isto em respeito aos princípios da *confiança e da razoabilidade*.

E esses princípios não podem ser postergados!

Trata-se da vida de cidadãos brasileiros que dedicaram seu tempo ao estudo com vistas à aprovação no 4º concurso desta Corte e, sendo nele aprovados em boa classificação, tinham a justa expectativa de virem a integrar os quadros desta Corte. Convocados mediante ato com essa indiscutível finalidade, confiaram plenamente na regularidade da postura administrativa, e provavelmente deixaram de levar adiante outros projetos de vida, inclusive de se inscrever em possíveis outros concursos, ante a *certeza*

de que seriam nomeados para os cargos nos quais haviam sido *aprovados e convocados*.

Registro, por importante, a intensa mobilização dos impetrantes para assumirem os cargos para os quais haviam sido habilitados na seleção promovida com base no edital 15/2010; eles chegaram ao ponto de sugerir que seu exercício se iniciasse em localidade distinta, tal qual, segundo informaram (sem contradita), foi feito em relação aos candidatos aprovados para as cidades de Formosa e Uruaçu, tendo subscrito *termo de renúncia às diárias* que eventualmente lhes pudessem ser devidas, isto como forma de diminuir os custos referentes à adoção de tal procedimento e assim facilitar a sua nomeação.

A tentativa, como já sabido, não se mostrou exitosa.

Diante de tudo isto, poder-se-ia até discutir a possibilidade de o TRF não convocar os candidatos, em razão da impossibilidade de instalação das varas no prazo do certame, mas a partir do momento que os convocou o fez, obviamente, sob a premissa de que as vagas e os cargos já existiam, vindo, depois disto, a mudar de ideia relativamente à *conveniência* quanto à *data* da instalação das mencionadas varas. É saber, os cargos existiam, sim, e por isso os impetrantes foram convocados. Entretanto, depois dessa convocação, por uma questão de discricionariedade administrativa, entendeu-se por bem postergar a instalação das varas, abstraindo-se a constatação da existência dos cargos.

É inadmissível, como já disse até agora, a prevalência dessa posição.

Analisando, ainda, o outro argumento utilizado para indeferir o pleito dos impetrantes, qual seja, o de que não era apenas sua a atribuição de decidir sobre a data de instalação das varas, cabendo ao CJF a última palavra sobre tal procedimento.

Como ficou claramente demonstrado nos autos, o CJF já havia determinado que a implantação das varas em discussão ocorresse no ano de 2010, e *deferindo em parte um pedido de diferimento apresentado por este próprio Tribunal, adiou o evento*. Em suma, não é viável repartir com o CJF a responsabilidade pela postergação da instalação das varas, olvidando-se que o aludido Conselho apenas atendeu a um pedido deste Tribunal.

A última palavra, é verdade, foi dada pelo CJF, mas a primeira, sem a qual aquela não existiria, nasceu do interesse único deste TRF1.

Quanto aos argumentos de que o Edital do 4º concurso não previa vagas para a cidade de Macapá e de que os candidatos aprovados em concurso público

não têm direito adquirido à nomeação, nenhum dos dois possui sustentação; *a uma*, porque o referido edital (norma que, como cediço, é regente do concurso) previu que ele seria voltado ao provimento dos cargos à época existentes *e dos que surgissem durante seu prazo de validade*; *e a duas*, porque a linha intelectual em comento *há muito* não possui eco na jurisprudência do STJ, senão vejamos (destaquei):

*Administrativo. Processual Civil. Concurso público. Servidor público estadual. Aprovação dentro do número de vagas previsto em edital. Direito subjetivo a nomeação. Embargos recebidos como agravo regimental. Fungibilidade recursal. Possibilidade. Efeitos da ordem até o momento da impetração. Art. 14, § 4º, Lei 12.016/2009.*

I. É regular o recebimento dos embargos de declaração como agravo regimental, quando se demonstra evidente pretensão de rediscussão da matéria, dado o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes: EDcl no RMS 32.735/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* 19/04/2011; e EDcl no RMS 31.278/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe* 02/12/2010.

II. Cuida-se de mandado de segurança impetrado por candidato aprovado em quarto lugar (fl. 36-e), em certame cujo edital previa cinco vagas (fl. 18-e). Após o transcurso de sua validade, a expectativa de direito a nomeação convola-se em direito líquido e certo, conforme assentado na jurisprudência do STJ e na do STF.

III. O agravo merece parcial provimento, porquanto não é possível conceder a ordem com retroação dos efeitos ao momento da homologação do certame, mas, tão somente ao momento da impetração, nos termos do art. 14, § 4º, da Lei 12.016/2009. Precedente: RMS 26.593/GO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, *DJe* 13/10/2009.

Agravo regimental parcialmente provido.

(EDcl no RMS 34.048/SP, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/11/2011, *DJe* 11/11/2011.)

Em suma, o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital tem, sim, direito adquirido à nomeação, contrariamente ao que arguido na manifestação administrativa que subsidiou o indeferimento do pleito dos ora impetrantes, haja vista que o edital correlato foi lançado com a informação de que aquele concurso seria voltado ao preenchimento dos cargos então existentes *e daqueles que viessem a ser criados durante o seu prazo de validade*.

Sendo assim, a conclusão a que se chega é de que as vagas expressamente previstas no Edital como aptas a serem preenchidas pelos candidatos

aprovados não eram apenas as referentes aos cargos vagos quando de sua publicação, *mas também aquelas surgidas durante seu prazo de validade.*

A Administração tornou público, pelo edital, que o conclave tinha por escopo o preenchimento dos cargos presentes e também dos futuros que vierem a surgir em determinado interregno, vinculando-se, em obséquio ao princípio da confiança (derivado do princípio da segurança das relações jurídicas), à observância dessa diretriz que ela própria estabeleceu.

Mas não é só; a posição mais atual do STJ e do próprio STF é no sentido de que muito embora o candidato aprovado fora do número de vagas (hipótese que, como visto do parágrafo supra, não se verifica no caso dos autos), ainda assim terá direito à sua nomeação quando a razão única do indeferimento administrativo for a inexistência dos cargos, e vier a ser comprovado que de fato eles existiam.

Confira-se:

*Administrativo. Concurso público. Magistratura da Paraíba. Candidatos aprovados fora do número de vagas. Surgimento de novas vagas durante a vigência do certame. Necessidade e interesse demonstrados pela administração pública. Princípio da lealdade e da boa-fé. Corolários da segurança jurídica. Expectativa convolada em direito líquido e certo.*

I. Nos termos da compreensão do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça, o direito à nomeação se limita exclusivamente às vagas previstas no edital, não atingindo, como se pretende no caso concreto, aquelas que surjam ao longo do prazo de validade do concurso.

II. O próprio Supremo Tribunal Federal, em certas oportunidades, já declarou, porém, que o direito à nomeação se estende também quando fica caracterizado que a Administração Pública, de forma intencional, deixa escoar o prazo de validade do concurso sem nomear os aprovados.

III. A omissão do Tribunal de Justiça da Paraíba em nomear os candidatos aprovados e treinados, mesmo diante da pública e notória carência de magistrados e da existência de vagas, configura o direito líquido e certo à nomeação.

IV. Considerando-se que a motivação se limitou exclusivamente à inexistência de vagas, tendo esta caído por terra frente ao acervo probatório dos autos - que demonstrou a atuação de magistrados acumulando mais de uma vara e/ou comarca e a edição de leis à época da vigência do certame criando novas varas, faltando somente a atuação do Estado em efetivar o seu funcionamento -, está configurado o direito líquido e certo dos impetrantes à nomeação.

V. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital,

*inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.* (RE 598.099/MS, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, sessão de 10/08/2011).

VI. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.

(RMS 27.389/PB, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/08/2012, DJe 26/10/2012.)

*Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Contratação precária de terceirizados. Preterição de concursados. Não comprovação da existência de vagas de caráter efetivo. Ausência de direito líquido e certo. Agravo regimental a que se nega provimento.*

I. É posição pacífica desta Suprema Corte que, havendo vaga e candidatos aprovados em concurso público vigente, o exercício precário, por comissão ou terceirização, de atribuições próprias de servidor de cargo efetivo faz nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do art. 37, inciso IV, da Constituição Federal.

II. O direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso vigente somente surge quando, além de constatada a contratação em comissão ou a terceirização das respectivas atribuições, restar comprovada a existência de cargo efetivo vago. Precedentes.

III. No caso em questão, não ficou comprovada, nos documentos acostados aos autos, a existência de vaga efetiva durante a vigência do concurso, sendo necessário, para tanto, que haja dilação probatória, o que não se admite em via mandamental. Ausência de direito líquido e certo do agravante.

IV. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RMS 29915 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 04/09/2012, acórdão eletrônico DJe-189, Divulg 25/09/2012, Public 26/09/2012).



O caso dos autos não discrepa, no que relevante, do quanto decidido nos precedentes acima transcritos, seja porque os cargos vagos já existiam durante o prazo de validade do concurso, seja porque a negativa se deu com base na inexistência dos cargos, bem assim porque a posse e o exercício tiveram como óbice o fato de o Estado-administrador não ter conseguido ultimar as providências necessárias para viabilizar a implantação e funcionamento das subseções.

Realça ainda mais a constatação de que os cargos já existiam, durante o prazo de validade do 4º concurso, o fato de que este TRF lançou novo edital para fins de cadastro de reserva, nele fazendo constar a existência de *possíveis* vagas serem preenchidos na cidade de Macapá, para os mesmos cargos do aludido 4º concurso, vindo estes a serem preenchidos nas Subseções de Laranjal do Jari e Oiapoque justamente pelos candidatos que haviam se inscrito para a referida cidade *exatamente da forma que se pretendeu, infrutiferamente, fazer no concurso anterior.*

É cristalino, portanto, que o edital lançado em janeiro de 2011 objetivou, dentre outras coisas, preencher os cargos existentes nas Subseções de Laranjal do Jari e Oiapoque, mas que não poderiam àquela altura serem declarados como existentes, principalmente em razão do imbróglio que havia se verificado.

Ao lume de todo o exposto e a despeito de todo o respeito e admiração que registro ter pela Administração passada desta Corte, considero ilegal a negativa de nomeação dos impetrantes para os cargos nos quais foram aprovados, passando agora a disciplinar a consequência de tal conclusão.

A jurisprudência firmada pelo STF e pelo STJ no sentido de que os candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital – seja no originário, seja no que lançado durante o próprio certame para o preenchimento de cargos específicos – têm direito adquirido à nomeação traz como ônus para a Administração a obrigação de levar a efeito tal nomeação durante o prazo de validade do concurso, ficando ao seu critério a escolha, dentro desse prazo, da data em que ela vai ocorrer.

Sendo assim, até o último dia da validade do concurso a nomeação pode ser efetuada, de forma que tomo este como o marco temporal para que sejam considerados como nomeados os impetrantes, produzindo-se a partir de então *todos os efeitos administrativos e financeiros decorrentes de sua posse.*

Observo, ainda, que há candidatos aprovados no 5º concurso já efetivamente empossados e em exercício nas cidades de Laranjal do Jari e Oiapoque

(à exceção daqueles que eventualmente de lá tenham sido removidos), sendo certo que, ante à consolidação da situação fática verificada e também em atenção ao princípio da confiança, não poderão ser eles, em hipótese alguma, prejudicados em razão de um imbróglio para o qual não concorreram.

Diante de tal panorama, considero que a melhor maneira de conformar o direito de todos os candidatos envolvidos na situação aqui analisada é que o TRF seja compelido a franquear aos impetrantes, aprovados que foram no 4º concurso, (anterior, portanto, ao 5º concurso) a possibilidade de serem lotados como *excedentes* em outras Seções Judiciárias em que o TRF considere aptas a recebê-los em tal situação, e caso não aceitem tal possibilidade, deverão exercer seu múnus exatamente nas cidades para as quais foram convocados, com excesso de quadro que será regularizado ao longo do tempo, seja com a vacância de cargos existentes, seja mediante concurso de remoção.

Ante o exposto, denego a segurança em relação aos litisconsortes que não foram aprovados na forma dos Editais Presi/Secre 10 e 15/2010 *dentro do número de cargos previstos no primeiro deles*, e julgo procedente o pedido, concedendo a segurança requestada pelos demais impetrantes (Cecília Gabriela Godoi Cordeiro, Janny Pereira da Silva, Luís Cláudio dos Santos Siliprandi, Marcylyne Benedita Gonçalves Ribeiro, Maria de Fátima Galeno Cardoso, Ricardo Martins Correia Lima, Rosan Paulo Soares Alves e Valdemir Fonseca Vales), determinando que a autoridade impetrada adote as providências necessárias à sua nomeação e posse nos cargos para os quais foram habilitados, com efeitos administrativos e financeiros iniciados na data do último dia do prazo de validade do 4º concurso desta Corte, observando-se para tanto as situações individuais, de acordo com cada cargo correlato.

As parcelas vencidas serão atualizadas monetariamente com base no IPCA, isto em razão da imprestabilidade da TR (utilizada como índice de remuneração básica das cadernetas de poupança) para tal finalidade, conforme fundamentos utilizados pelo STF no julgamento da ADI 493/DF, sendo ainda acrescidas de juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da notificação da autoridade impetrada.

Prejudicados todos os agravos regimentais interpostos, seja por força das decisões revogatórias daquelas outras por eles alvejadas, seja em razão da superveniência deste comando.

Sem honorários, conforme Súmula 512 do STF.

É o voto.

## Voto Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: Adoto como relatório os exatos termos do quanto fora anotado pela Ilustre Des. Federal Neuza Alves, que assim o fez:

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Aline Luciana Rosa de Oliveira e outros, contra ato atribuído ao Presidente deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, nos autos do Processo Administrativo 1.149/2011, indeferiu o pedido de nomeação por eles formulado para que viessem a ocupar os cargos de analista judiciário criados para as subseções judiciárias de *Laranjal do Jari* e *Oiapoque*, no Estado do Amapá, para os quais alegam terem sido aprovados no 4º concurso público realizado por este Sodalício.

Alegam, em resumo, que em razão de sua classificação no certame em comento foram convocados e habilitados para o preenchimento dos cargos disponibilizados de analista judiciário nas áreas administrativa, judiciária e de execução de mandados nas localidades acima mencionadas, havendo a previsão de instalação das varas correlatas para novembro de 2010 (*Laranjal do Jari*) e dezembro de 2010 (*Oiapoque*).

Todavia, seguem dizendo, em razão de requerimento encaminhado pela Presidência desta Corte ao Conselho da Justiça Federal as instalações acima referidas foram postergadas para o final do ano de 2011.

Diante disso, requereram a sua nomeação com lotação provisória na Capital do Estado, em razão de que o prazo de validade do concurso já estava em sua fase derradeira, expirando-se em 01/06/2011 para o cargo de técnico judiciário, e 28/06/2011 para analista judiciário.

O pleito apresentado foi *indeferido* (no processo administrativo 1.149/2011) pela autoridade aqui apontada como coatora, em razão das informações prestadas pela Secretaria de Recursos Humanos da Corte, segundo as quais: o acolhimento da pretensão encontrava óbice na impossibilidade de instalação das varas até o prazo final do certame. Outros fatos impeditivos seriam a obrigatoriedade de obediência aos prazos de instalação das varas fixado pelo CJF e a inexistência de vagas para a cidade de Macapá.

Questionam os impetrantes a legalidade do ato praticado com base nos seguintes fundamentos:

– o edital regrador do concurso previa no item XIV, subitem 2, que: “o candidato habilitado poderá ser nomeado para localidade diversa da qual foi aprovado, ficando tal nomeação condicionada a edital de convocação expedido pelo TRF1 e manifestações de interesse do candidato”;

– o TRF1 expediu o Edital de Convocação 009/2010, de 8 de junho de 2010, para que os

candidatos aprovados dissessem se tinham interesse em tomar posse nos cargos criados para as Varas de *Laranjal do Jari* e *Oiapoque*; estando eles, impetrantes, devidamente habilitados para ocuparem tais cargos, manifestaram-se positivamente;

– não foram eles que deram causa à não instalação das varas nos prazos iniciais previstos pelo CJF e, mais que isso, o diferimento levado a efeito não impede as suas nomeações;

– em situação análoga, relativa às subseções de *Uruaçu* e *Formosa*, a Presidência do TRF1 nomeou os candidatos para elas habilitados e procedeu apenas à inauguração solene das respectivas varas, e não estando suas instalações adaptadas ao seu pleno funcionamento, alocou os servidores então nomeados para exercerem seu múnus em seções ou subseções judiciárias próximas aos seus domicílios até que se ultimassem as reformas necessárias ao pleno funcionamento de tais varas;

– a postura administrativa diferenciada em relação a esses servidores configura violação aos princípios da isonomia e impessoalidade insertos nos arts. 5º e 37 da CF/1988; por isso também eles devem receber tratamento idêntico, inclusive porque, tal qual os servidores indicados paradigmas, também subscreveram termos de renúncia quanto ao recebimento de diárias, não tendo sido isto suficiente, contudo, para alterar a posição do TRF1;

– a conduta da Administração ao divulgar edital de convocação direcionado aos candidatos habilitados, ressalta seu interesse no preenchimento das vagas, não se podendo perder de vista o fato de que eles, impetrantes, aceitaram os termos do já referido edital e confiaram na validade da postura administrativa;

– a publicação do edital com a convocação dos servidores consubstanciou o interesse da Administração em preencher os cargos existentes, residindo aí a motivação do ato administrativo levado a efeito, que lhes provocou (já que devidamente habilitados) a justa expectativa de que a investidura seria a conduta a ser adotada, eis porque, também por isso, o ato inquinado coator violou, dentre outros, o princípio da confiança legítima e da segurança jurídica;

– como visto, não se sustentam os motivos alegados pela Administração para a negativa apresentada, seja porque a não instalação das subseções judiciárias não impediria a nomeação almejada, seja porque não podem ser responsabilizados pela ultrapassagem dos prazos de instalação inicialmente fixados pelo CJF.

– o argumento da necessidade de dotação orçamentária é igualmente equivocado, porque o 4º concurso do qual participaram foi efetivamente levado a efeito e porque o TRF, antes do fim do prazo de validade desse certame, *deflagrou o 5º concurso* para o provimento de cargos em seu quadro funcional, derrubando a tese do óbice orçamentário;

– a instalação da vara não se confunde com a criação de seus cargos, certo que se as vagas existem elas devem ser preenchidas durante o prazo de validade do certame;

– a jurisprudência do STF se consolidou no sentido de que a Administração tem o dever de convocar e nomear os candidatos aprovados para as vagas disponíveis durante o prazo de eficácia do concurso;

– as normas contidas no art. 2º, *caput*, parágrafo único, e incisos I, II, IV, VI e XIII, da Lei 9.784/99 também albergam a sua pretensão;

– não é legítima a conduta administrativa de, mesmo ciente de que há candidatos aprovados no 4º concurso e, ainda, a necessidade de provimento dos cargos existentes, iniciar novo processo seletivo para o preenchimento desses mesmos cargos, quando ainda em curso o prazo de validade do 4º concurso;

– a postura administrativa que eventualmente colidir com interesses legítimos dos particulares só podem afetar essas posições em termos adequados e proporcionais aos objetivos que se busca alcançar;

– a posição que vem se firmando no âmbito do STF e do STJ é concorde com a sua pretensão, na forma dos precedentes transcritos;

– é necessária a concessão de tutela de urgência, porque o retardamento de sua investidura vem lhes causando prejuízos de difícil, senão impossível reparação, na medida em que os vencimentos que deixam de auferir têm caráter alimentar, sendo efetivamente possível a sua nomeação imediata, antes do trânsito em julgado do comando derradeiro a ser proferido.

Assim, pleiteiam em caráter liminar a sua imediata nomeação ou, pelo menos, a reserva dos cargos vagos.

Requerem, ao fim, a notificação da autoridade impetrada para o oferecimento das informações que julgar necessárias e exibir a relação dos candidatos aprovados e habilitados no 4º Concurso para as Subseções de Laranjal do Jari e de Oiapoque; a notificação do MPF para oferecimento de parecer; e a concessão definitiva da segurança para se declarar, com efeitos *ex tunc*, a ilegitimidade do ato imputado à autoridade impetrada, determinando-se, como consequência, a sua nomeação, posse e exercício nos cargos de analistas judiciários e técnicos judiciários, com efeitos retroativos a 27/04/2011.

Com a inicial, vieram procuração e documentos de fls. 46–527.

Às fls. 529 consta despacho do Exmo. Desembargador Fagundes de Deus, primeiro relator designado para o feito, pelo qual foi diferida a análise do pedido de liminar para o momento subsequente ao oferecimento das informações da autoridade impetrada.

Informações prestadas a fls. 531–532, vazadas nos seguintes termos:

– o pedido formulado pelos impetrantes já foi analisado no P. Adm. 1.149/2011, sendo indeferida a pretensão, pela razão essencial de que as Varas previstas no Edital de convocação não foram instaladas, e somente o serão após o escoamento do prazo de validade do concurso de que participaram os impetrantes;

– o Edital do 4º Concurso para o provimento de cargos do TRF1 não previa vagas para as localidades em questão, sendo que elas somente *surgiram no curso* do certame, em razão da Lei 12.011/2009, que criou as Varas de Laranjal do Jari e de Oiapoque;

– o Edital Presi/Secre 009/2010 não convocou candidatos para fins de nomeação, mas apenas para tornar pública a existência dos cargos nas cidades em comento e para que os candidatos aprovados se manifestassem sobre o interesse em concorrer àqueles cargos.

Liminar indeferida na forma da decisão de fls. 534/537.

Segue-se petição a fls. 539–541 a que se anexa cópia de precedente do STF, invocado pelos impetrantes como abonador de sua pretensão.

Às fls. 574–592 foi interposto agravo interno em desfavor da decisão denegatória da liminar requestada.

O impetrante Luis Cláudio dos Santos Siliprandi também interpõe agravo interno contra o aludido comando, na forma da petição de fls. 596–661.

Nova decisão a fls. 666–674 pela qual o Exmo. Desembargador Fagundes de Deus, em juízo de reconsideração, deferiu parcialmente a liminar requerida e determinou a reserva de vagas, observada a ordem de classificação do certame, em favor dos impetrantes classificados exatamente dentro do número de vagas criadas durante o prazo de validade do concurso para as subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e Oiapoque.

Petição a fls. 682–686, de Luis Cláudio dos Santos Siliprandi, requerendo o elasticamento do alcance do comando liminar a fim de que os impetrantes fossem efetivamente nomeados para os cargos almejados neste writ.

Diego Wagner Figueiredo de Carvalho Paraíso e outros candidatos aprovados no 5º Concurso do TRF1 interpõem agravo regimental como terceiros interessados (fls. 739–766, além de anexarem diversos documentos), nele aduzindo as razões de seu inconformismo quanto ao deferimento parcial da liminar (fls. 666–674) e requerendo, como consequência, a reconsideração do aludido decisum ou, caso seja ele mantido, a submissão do recurso à análise da Corte Especial.

Embargos de declaração de Joaquim da Silva Oliveira e outro (fls. 1.066–1.076, além de diversos documentos) em desfavor da decisão acima mencionada, objetivando esclarecimento quanto ao seu alcance, de modo a se consignar que apenas as

vagas destinadas ao preenchimento por *nomeação* é que ficam reservadas, afastando-se assim os efeitos do decisum quanto às vagas destinadas ao preenchimento em razão de concurso de *remoção*.

Petição de Luis Cláudio dos Santos Siliprandi a fls. 1.151–1.161 pela qual dito impetrante requereu a conversão da reserva de vagas determinada pela decisão liminar em determinação de nomeação dos impetrantes para os cargos nos quais foram aprovados, além do não conhecimento dos recursos interpostos pelos chamados “terceiros interessados”, ante o descabimento e caráter protelatório de tais recursos.

A União interpõe agravo regimental em desfavor da decisão que assegurou a reserva de vagas em favor dos impetrantes na forma do petitório de fls. 1.171–1.185.

Nova decisão a fls. 1.187/1.189 pela qual o então relator revogou seu comando anterior, restabelecendo, em razão dos fatos novos trazidos ao processo, o decisum primeiro mediante o qual havia sido indeferido o pedido de liminar.

Parecer do MPF pela denegação da segurança (fls. 1.191/1.199).

Agravo interno do impetrante Luis Cláudio dos Santos Siliprandi a fls. 1.202–1.267, contra o decisum que revogou a liminar parcialmente deferida, pelo qual buscou-se a imediata nomeação dos impetrantes para os cargos oferecidos nas Subseções de Laranjal do Jari/AP e Oiapoque/AP.

Também os impetrantes Saulo Carneiro Ribeiro e os demais representados pelo mesmo causídico interpuseram agravo regimental contra o decisum acima referido, objetivando, pois, a restauração do comando que veio a ser revogado (fls. 1.270–1.287).

Seguiram-se novas petições dos impetrantes voltadas ao julgamento célere do writ, além de outra, encartada a fls. 1.364–1.379, escoltada por diversos documentos, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Mais um petitório (fls. 1.449–1.453) com pedido de julgamento do agravo interno pelo rito art. 557, § 1º-A, do CPC).

Outra petição acompanhada de vários documentos com a apresentação de nova argumentação tida como abonadora a pretensão dos impetrantes (fls. 1.567–1.573).

É o relatório.

De outra parte, quanto ao voto, também adoto os termos consignados pela Ilustre Des. Federal Neuza, dela divergindo apenas no que toca aos efeitos financeiros e funcionais do exercício do cargo público em análise.

A seguir, transcrevo o voto da Des. Federal Neuza nos pontos em que convergimos (que são a maior parte):

Para uma melhor compreensão do imbróglio motivador do presente mandamus mostra-se necessário um detalhamento da sequência de acontecimentos desde a publicação do Edital do 4º concurso para o provimento de cargos do quadro de servidores deste TRF1.

Pois bem:

– em 15 de setembro de 2006 foi publicado o Edital do 4º concurso para o preenchimento de vagas existentes no quadro de servidores do TRF da 1ª Região, *além daquelas que viessem a surgir durante o prazo de validade do certame*;

– o edital em comento foi devidamente homologado, em quase sua totalidade, em 01.06.2007 (cargos de: Analista Judiciário da Área Judiciária, Analista Judiciário da Área Judiciária - Especialidade: Execução de Mandados -, Analista Judiciário da Área Administrativa, Analista Judiciário da Área de Apoio Especializado - Especialidade: Odontologia -, Técnico Judiciário da Área de Apoio Especializado - Especialidade: Contabilidade - e Auxiliar Judiciário da Área de Serviços Gerais - Atribuição Básica de Serviços Gráficos,) vindo a ser homologado em 28.11.2007 em relação aos cargos de Técnico Judiciário - Área Administrativa e Técnico Judiciário - Área Serviços Gerais - Especialidade Segurança e Transporte.

– o prazo de validade do mencionado concurso foi de dois anos, *prorrogado por mais dois anos*;

– pela Lei 12.011/2009 foram criadas 230 Varas Federais, com os respectivos cargos de Juiz Federal, Juiz Federal Substituto, cargos efetivos de servidores, além de cargos em comissão e funções comissionadas, e com a devida previsão de implantação gradativa das varas, *inclusive dos cargos*, da seguinte forma: em 2010, 46 Varas; em 2011, 46 Varas; em 2012, 46 Varas; em 2013, 46 Varas; e em 2014, 46 Varas (cf. art. 1º, §§ 2º e 3º da lei em comento);

– o Presidente do Conselho da Justiça Federal editou a Resolução 102, *de 14 de abril de 2010* dispondo sobre a localização das Varas Federais criadas pela Lei 12.011/2009 e estabelecendo o *cronograma* de sua instalação na forma dos anexos I e II da mencionada Resolução, constando inicialmente de tal ato normativo a previsão de que as Varas Federais de Laranjal do Jari e de Oiapoque, ambas no Estado do Amapá, *seriam instaladas durante o ano de 2010*;

– em 07/05/2010 o Exmo. Presidente desta Corte emitiu a Circular/PRESI 0972, referindo-se à instalação das Varas previstas para o ano de 2010 pela Resolução CJF 102/2010, solicitando, por força disto, que os MM. Juizes Federais Diretores do Foro (inclusive do Estado do Amapá), adotassem as providências necessárias à criação de uma *comissão local* de apoio à comissão criada pelo TRF com vistas à otimização dos serviços voltados à instalação célere das varas criadas.

– em 13.05.2010 o Exmo. Presidente deste TRF1 editou a Resolução Presi/Cenag 14/2010 autorizando a instalação de 19 Varas Federais no âmbito da Primeira Região, no ano de 2010, prevendo para os meses de novembro e dezembro daquele ano a instalação das Varas de Laranjal do Jari e Oiapoque, respectivamente;

– em 19/05/2010 o Exmo. Presidente deste TRF1 fez publicar o Edital/Presi/Secre 1/2010, tornando pública a abertura das inscrições para participação no Processo Seletivo Permanente de Remoção para as localidades constantes do anexo do referido edital, dentre as quais estavam incluídas as Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e Oiapoque;

– em 08/06/2010 o Exmo. Presidente deste TRF1 lançou o Edital/Presi/Secre 9/2010, tornando pública, para os candidatos habilitados no 4º concurso já mencionado, a existência de cargos nas Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e Oiapoque/AP, assim distribuídos: 3 cargos vagos de analista judiciário, área judiciária; 1 cargo vago de analista judiciário, área administrativa; 1 cargo vago de analista judiciário, área judiciária, especialidade execução de mandados; 5 cargos vagos de técnico judiciário, área administrativa; e 1 cargo vago de técnico judiciário, área administrativa, especialidade segurança e transporte.

– em 09/08/2010 foi publicado o Edital/Presi/Secre 15/2010 pelo qual o Presidente deste TRF1 tornou público o resultado final do processo seletivo para preenchimento de cargos vagos existentes na Seção Judiciária do Estado do Amapá, destinados às Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e Oiapoque, oferecidos no Edital/Presi/Secre nº 009, publicado, no Diário Oficial da União, Seção 111, de 11/06/2010, nele constando o nome de todos impetrantes como candidatos aptos a serem nomeados, observando-se a ordem de classificação do certame. (grifo ausente no original)

– em 09/09/2010 o Exmo. Presidente deste Tribunal subscreveu o Ofício/Presi/Senag nº 1903 endereçado ao Exmo. Ministro do STJ à época Presidente do Conselho da Justiça Federal, solicitando a transferência das datas de instalação de algumas Varas Federais previstas Na Resolução CJF 102/2010, especificamente em relação às Varas de Laranjal do Jari e Oiapoque, para o ano de 2014.

– em sessão realizada em 27 de setembro de 2010 o CJF acolheu parcialmente o pleito acima referido, autorizando a dilação, para o ano de 2011, da data de instalação das Varas de Laranjal do Jari e Oiapoque;

– em 18/11/2010 o Presidente deste TRF1 editou a Resolução Presi/Cenag 24/2010 autorizando a instalação de 19 Varas Federais no âmbito da Primeira Região, no ano de 2011, prevendo, agora para essa nova data, a instalação das Varas de Laranjal do Jari e Oiapoque.

– em 28 de janeiro de 2011 foi lançado o edital do 5º concurso para o provimento de cargos para servidores do TRF1;

– em 16 de novembro de 2011 o Presidente deste TRF1 lançou os Editais/Presi/Secre 28 e 29/2010, tornando pública, para os candidatos habilitados no 5º concurso, a existência de cargos de Analista Judiciário – execução de mandados nas Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e Oiapoque/AP.

– em 28 de dezembro de 2011 foram publicados os Editais/Presi/Secre 32 e 33/2011 pelo qual o presidente deste TRF1 tornou público o resultado final do processo seletivo para preenchimento de cargos vagos existentes na Seção Judiciária do Estado do Amapá, destinados às Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e do Oiapoque, oferecidos no Edital/Presi/Secre 28 e 29/2010.

Pois bem, do quanto narrado no relatório e ainda na exposição supra, tem-se que os impetrantes foram habilitados no 4º concurso para o provimento de cargos de servidores do TRF1, tendo sido aprovados, contudo, fora do número de vagas previstas os respectivos cargos. Ocorre que durante o prazo de validade do concurso e em razão da entrada em vigor da Lei 12.011/2009 foram criados vários cargos no âmbito da Justiça Federal, e em número suficiente para que, em razão da classificação pelos impetrantes alcançada, pudessem ser eles eventualmente convocados para fins de nomeação.

E foi justamente isto o que veio a ocorrer, eis porque de logo adiante que considero integralmente prevalente a pretensão deduzida neste mandamus pelos litisconsortes que foram aprovados dentro do número de vagas previstas para os cargos descritos no Edital TRF1 009/2010, na medida em que, repita-se, ainda que tenham sido aprovados fora do número de vagas dos cargos existentes à época da publicação do Edital do 4º concurso, eles fazem jus à nomeação almejada, dentre outras coisas, em face da previsão constante do item 2 desta norma regradora, que estabeleceu, expressamente, que o certame se destinava “ao provimento de cargos constantes do Anexo III deste edital e daqueles que estiverem vagos por ocasião da homologação do concurso.” (grifei)

O Edital do 4º concurso estabeleceu, portanto, que as vagas abertas durante seu prazo de validade seriam preenchidas pelos candidatos nele aprovados.

A questão que remanesce controversa, portanto, é saber se vieram a existir vagas aptas a serem preenchidas durante o prazo de validade do concurso e se os impetrantes estavam aptos a ocupá-la, sendo positivas, segundo entendo, as respostas a ambas as cogitações.

Como já explicitado, pela Lei 12.011/2009 foram criadas 230 Varas Federais, estabelecendo-se no respectivo cronograma de instalação que 46 delas seriam implantadas em 2010 e mais 46, em

2011, devendo ainda ser ressaltado, por importante, que para todas as mencionadas 230 Varas já *haviam sido criados os respectivos cargos e funções comissionadas*.

Diante deste quadro, o CJF editou a Resolução 102, de 08 de abril de 2010, estabelecendo o cronograma inicial de instalação das varas criadas, prevendo-se em tal normativo que as subseções judiciárias de Laranjal do Jari e de Oiapoque seriam implantadas naquele mesmo ano.

Veja-se, nesse contexto, que tanto o regramento normativo matriz, quanto o ato infralegal que o veio regulamentar previram a existência das varas e, obviamente, dos cargos a elas correlatos, até porque seria incogitável que as varas pudessem ser instaladas e entrarem em funcionamento, sem os magistrados e servidores responsáveis pelas atividades a elas inerentes.

Por essa evidente razão, a Administração deste TRF1 vez publicar o Edital 009/2010, “tornando pública, para os candidatos habilitados no 4º concurso já mencionado, a existência de cargos nas Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e Oiapoque/AP”. Observe-se que o texto deste Edital é claro, demasiadamente claro, ao informar a *concreta existência* dos cargos que foram assim especificadamente indicados: *3 cargos vagos de analista judiciário, área judiciária; 1 cargo vago de analista judiciário, área administrativa; 1 cargo vago de analista judiciário, área judiciária, especialidade execução de mandados; 5 cargos vagos de técnico judiciário, área administrativa; e 1 cargo vago de técnico judiciário, área administrativa, especialidade segurança e transporte*.

Em outras palavras, esta Corte divulgou que os cargos acima referidos para as Varas de Laranjal do Jari e de Oiapoque já existiam, e o fez à premissa de que a prévia determinação do CJF para que elas fossem instaladas no ano de 2010 impunha o seu preenchimento o mais rápido possível.

Ou seja, não se mostra correta, data vênia, a alegação de que o Edital 9/2010 não teria o condão de assegurar aos interessados o direito à nomeação, ao argumento de que os cargos ainda não haviam sido criados.

Deveras, se não para fins de nomeação futura, qual seria a razão para a publicação do Edital 009/2010? Acaso esse ato foi publicado apenas para que os candidatos soubessem, sem nenhuma consequência prática, da existência dos cargos *especificadamente indicados no Edital*?

É claro que não! E reforça esta conclusão o fato de que logo em seguida este mesmo TRF fez publicar o Edital 015/2010 pelo qual tornou público “o resultado final do processo seletivo para preenchimento de cargos vagos existentes na Seção Judiciária do Estado do Amapá, destinados às Subseções Judiciárias de Laranjal do Jari e do Oiapoque, oferecidos no Edital/Presi/Secre 009, publicado, no Diário Oficial da União, de 11/06/2010”.

Quer dizer, em um período de aproximadamente dois meses a Administração desta Corte informou aos candidatos aprovados no 4º concurso *a existência de cargos vagos* em Laranjal do Jari e Oiapoque e encerrou *um processo seletivo* que foi iniciado com vistas ao preenchimento destes mesmos cargos.

Mais claro, portanto, impossível.

E nem se diga que no Edital 9/2010 constava a advertência de que a divulgação dos cargos existentes não gerava direito à nomeação! A compreensão dessa observação deve ser feita no sentido de que nem todos os candidatos que *aderissem* ao *processo seletivo* deflagrado seriam necessariamente nomeados, isto porque havia um número limitado de vagas disponibilizadas. Daí, apenas os candidatos *que se inscrevessem e que ao final dessa nova fase de seleção estivessem classificados dentro do número das novas vagas é que seriam convocados para nomeação*.

Veja-se ainda, a disposição do item III, 1, do edital em comento: “o provimento dos cargos será feito observando a classificação final obtida no referido concurso...”

Também o item 5, II, traz a seguinte consignação: “o quantitativo de cargos vagos oferecidos neste edital poderá ser acrescido daqueles não utilizados para fins de remoção.”

Em suma, os cargos criados (efetiva, mas abstratamente) pela Lei 12.011/2009 passaram a ostentar uma característica de efetividade e concretude desde que o CJF definiu os locais em que eles seriam ocupados: as cidades de Laranjal do Jari e Oiapoque foram especificamente indicadas para tanto!

Também por esta razão é que a *advertência* contida no Edital Presi/Secre 9/2010 não prevalece porque, como visto adrede, havendo cargos vagos durante o prazo de validade do concurso, eles devem ser preenchidos pelos candidatos nele aprovados.

Aliás, ainda que a mencionada advertência tivesse sido aposta com alguma finalidade preventiva, a fim de se afastar alguma espécie de obrigação da Administração em nomear os candidatos, tal pretensão seria manifestamente nula. Seria o mesmo, para exemplificar, que a por o próprio Edital originário do certame a advertência de que os candidatos aprovados dentro do número de vagas passariam a possuir mera expectativa de direito à nomeação, sendo de todo equivocada tal assertiva, consoante a não tão nova posição firmada pelo STF e pelo STJ em sentido oposto ao dessa linha de compreensão.

De toda forma, ainda que se pudesse dar algum substrato ao argumento de que o Edital 9/2010 não conferiria aos impetrantes nada mais que expectativa de direito, a posterior publicação do Edital 15/2010 já teria consolidado tal expectativa porque com ele esta Corte textual e taxativamente afirmou que a sua finalidade era a de tornar

público o resultado final do processo seletivo para preenchimento de cargos vagos existentes, *ou seja, o Tribunal deflagrou e ultimou um processo seletivo voltado ao preenchimento dos cargos em testilha.*

Apenas para reforçar, observe-se que no item II do Edital 15/2010 constou expressamente que:

*[...] o candidato nomeado nos termos deste edital deverá permanecer por um período mínimo de 3 (três) anos, a partir do exercício, na Subseção Judiciária, sendo vedada, nesse período, remoção, redistribuição ou cessão para outros órgãos, inclusive para a Sede da Seção Judiciária do Estado do Amapá, para o Tribunal Regional Federal da Primeira Região e demais Seções Judiciárias vinculadas, nos termos do capítulo XIV, item 4, do Edital de Abertura das Inscrições. (destaquei)*

Como então se alegar, como alegou o setor administrativo desta Corte, que os cargos não existiam já que as Varas ainda não estavam instaladas? Os Editais 9 e 015, ambos de 2010, são a prova clara da existência dos cargos vagos, sendo que a instalação das varas seria a condição necessária apenas à *posse e o exercício dos candidatos para eles aprovados* (nelas próprias), mas não à sua convocação e nomeação.

Vê-se, do exposto, que simples expectativa de direito dos candidatos aprovados fora do número de vagas previsto no Edital do 4º concurso havia, com maior visibilidade, até a entrada em vigor da Lei 12.011/2009. Após o referido marco temporal também se pode cogitar de expectativa de direito, porque tal ditame carecia de regulamentação pelo CJF. Todavia, tendo o CJF expedido a Resolução 102/2010, pela qual indicou quais seriam as localidades que receberiam as varas criadas e ainda estabeleceu o respectivo cronograma de instalação, e tendo ainda esta Corte deflagrado processo seletivo para o preenchimento das novas vagas que declarou expressamente terem surgido, o que antes era simples expectativa de direito se convolou, sim, em direito adquirido, com essa condição realçada, aliás, pela necessidade de observância ao *princípio da confiança* em relação à validade e efetividade dos atos administrativos praticados.

Reportando-me ao ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho<sup>4</sup>, o sobredito princípio tem como seus vetores as perspectivas do cidadão em relação à certeza e à estabilidade das ações administrativas, valorando-se, para tanto, o sentimento do administrado em relação a tais atos.

É intuitivo que a invocação desse princípio não tem lugar para fins de se transformar uma mera expectativa de direito em direito adquirido, porque na primeira hipótese a situação de pendência é de tal forma preponderante que o próprio cidadão tem a consciência de ser necessária a ocorrência de desdobramentos futuros e *incertos, convergentes com os atos até então praticados*, para que o seu direito venha a ser consolidado.

Ocorre que no caso em apreço os atos praticados pela Administração foram muito além daqueles meramente preparatórios, possuindo, isto sim, a força necessária para incutir na compreensão de seus destinatários a certeza de que eles teriam um desfecho favorável aos seus interesses.

Relembre-se: a Lei 12.011/2009 foi publicada, criando os cargos; o CJF estabeleceu o local e data em que eles seriam implantados; este Tribunal publicou um Edital confirmando a existência de tais cargos e, logo em seguida, divulgou o resultado final do concurso promovido para o seu preenchimento.

Diante desse quadro, a justa certeza dos impetrantes era a de que eles seriam nomeados, de forma que a mudança de planos levada a efeito por este Tribunal não poderia, em hipótese alguma, ter frustrado tal convicção.

Outro fato que impressiona e ao mesmo tempo realça a prevalência da pretensão dos impetrantes aprovados dentro do número de vagas previsto no Edital 9/2010 é o de que eles afirmaram que *os candidatos aprovados para os cargos das varas criadas nas cidades de Formosa e Uruaçu, em Goiás, foram nomeados antes de suas respectivas instalações, inexistindo, seja neste writ, seja no processo administrativo que a ele antecedeu, contrária a tal afirmação.*

Aliás, para além de não refutada, há documentos oficiais deste Tribunal que comprovam a veracidade de tais afirmações. De fato pelos Atos/ Presi/Secre 1.474, 1.559, de 30/11/2010 e 1.598, de 09/12/2010, os servidores Marcos Paulo Macêdo Chaves, Débora Dias Machado e Antônio Célio Borges foram nomeados para exercerem, respectivamente, cargos (o primeiro em comissão) de Diretor de Secretaria, Técnico Judiciário e Analista Judiciário na *Subseção Judiciária de Uruaçu/GO, antes mesmo da instalação da Vara respectiva, que somente teve lugar em 14.12.2010.*

Do mesmo modo, pelo Ato/Presi/Secre 1.404, de 18/11/2010, nada menos que onze servidores foram nomeados de uma única vez para exercerem cargos efetivos na Subseção Judiciária de Formosa, também em Goiás, antes da instalação da respectiva Vara, que somente teve lugar em 13/12/2010.

Vê-se, do exposto, que este TRF deferiu tratamento distinto aos impetrantes em relação ao que foi dispensado aos candidatos aprovados para Formosa e Uruaçu, porque para estes procedeu-se a nomeação antes da instalação das varas, e para os impetrantes argumenta-se com a impossibilidade de tal procedimento.

Permitir-se a nomeação e posse a certo grupo de candidatos antes da instalação das Varas para as quais se habilitaram e indeferir-se tal pleito em relação a outro grupo vulnera frontalmente os princípios da isonomia e da impessoalidade.

E nem se diga que o primeiro grupo foi nomeado para varas instaladas antes do encerramento do prazo de validade do concurso,

porque muito embora fosse previsto que isto viesse a acontecer (já que as Subseções de Formosa e Uruaçu estavam com sua instalação marcada para dezembro de 2010), não se poderia ter certeza plena de que o fato ocorreria, ante a possibilidade da ocorrência de eventos derivados de força maior ou de caso fortuito, por exemplo, que efetivamente postergassem por prazo longo a data da instalação.

Um incêndio, uma explosão, um acidente que ensejasse a demolição do prédio, todas estas áleas eram passíveis de ocorrer, daí porque, caso se mostrasse prevalente a tese da impossibilidade de nomeação antes da instalação das Varas, os candidatos aprovados para Formosa e Uruaçu não poderiam ser nomeados com a antecedência que o foram.

Não é só; os impetrantes afirmaram que nos dias 13 e 14/12/2010 houve apenas a instalação solene das Varas de Formosa e Uruaçu, e que até os dias em que elas vieram a entrar em funcionamento os servidores já empossados desempenharam seu labor em localidades próximas aos seus domicílios.

Inexiste, nos autos, prova de que isto tenha ocorrido, mas é fato que também não houve nenhuma contradição a tal afirmação!!!

Não fosse bastante esta realidade fática verificada a partir dos atos praticados em relação aos demais candidatos acima mencionados, deve-se ainda ter em mira que são efetivamente distintos os institutos jurídicos da nomeação, posse e exercício, sendo que a nomeação antecede temporalmente aos demais, nada impedindo, portanto, que fosse ele levado a efeito antes da instalação física das Varas, diferindo-se a posse e o exercício para o momento em que elas viessem de fato a funcionar.

A respeito da distinção acima referida, confira-se, mais uma vez, a lição de José dos Santos Carvalho Filho<sup>4</sup>:

[...]

Tal o contexto, tendo o TRF1 declarado publicamente, por força da Lei 12.011/2009 e da Portaria CJF 102/2010, a existência dos cargos vagos nas cidades de Laranjal do Jari e Oiapoque, poderia muito bem ter nomeado dentro do prazo prorrogado da validade do 4º concurso os candidatos que foram convocados para dizer se tinham interesse em ocupá-los e, além de tudo, classificados no processo de seleção interna concreta e efetivamente levado a efeito (Edital 015/2010), diferindo-se para a data da instalação das Varas apenas o ato de posse com o subsequente exercício.

Não havia, em princípio, impedimento algum para a adoção de tal procedimento, tendo a Administração desta Corte, contudo, optado pela desconsideração pura e simples dos atos que já havia praticado, causando grave prejuízo financeiro

e psicológico aos impetrantes, estes que confiaram na regularidade de todos os atos praticados com vistas à sua nomeação e posse.

Há mais.

Já foi dito que o CJF editou a Resolução 102/2010 e que o fez no mês de abril do referido ano. Pois bem, no subsequente mês de maio o Exmo. Presidente desta Corte determinou a formação de uma comissão de estudos voltada à adoção das providências necessárias à instalação das Varas Federais nas cidades previstas pelo CJF, tendo autorizado, por ato distinto, ainda nesse mesmo mês de maio, a instalação de 19 Varas no ano então em curso, prevendo-se para os meses de novembro e dezembro a instalação das Varas de Laranjal do Jari e Oiapoque, respectivamente.

Logo em seguida a aludida autoridade fez publicar o já mencionado Edital de divulgação dos cargos existentes e, dois meses depois, o Edital de divulgação do resultado do processo seletivo para o preenchimento de tais cargos.

Somente depois de ter levado a efeito tais procedimentos foi que este TRF veio a solicitar ao CJF a prorrogação do prazo de instalação das Varas em Laranjal do Jari e Oiapoque, ao argumento de que as referidas cidades não dispunham da estrutura necessária para abrigá-las e de que as estradas que ligam tais cidades à Macapá estavam em péssimas condições de tráfego.

Sensível aos argumentos que lhes foram levados, o CJF acolheu em parte a solicitação, e permitiu que as Varas de Laranjal do Jari e de Oiapoque fossem instaladas no ano de 2011.

Ora! Não é nem de longe discutível a necessidade de diferimento da instalação das Varas em comento, porquanto demonstrado quantum satis que realmente não havia imóveis com as características necessárias ao seu bom funcionamento e que o acesso a elas era bastante precário e perigoso; daí a procura do imóvel que pudesse ser adaptado para atender aos requisitos, bem assim o aguardo na melhoria das condições rodoviárias.

O que não é razoável é que o Tribunal tenha se utilizado desses argumentos como impossibilitadores da nomeação dos candidatos que ele próprio já havia convocado para dizer se tinham interesse em assumir os cargos que afirmou categoricamente existir nas multicitadas cidades, tendo sido eles classificados no processo seletivo deflagrado para preenchimento dos cargos vagos, simplesmente porque os fatos tidos como impedientes eram, ou deveriam ser, de seu conhecimento prévio.

É óbvio que para a instalação das varas federais são necessários imóveis que se adequem às suas necessidades funcionais. De igual modo era igualmente previsível que em cidades de pequeno porte como Laranjal do Jari e Oiapoque – como veio a ser posteriormente confirmado – seria trabalhosa a localização de imóveis que se enquadrassem no

<sup>4</sup> Manual de Direito Administrativo, 24. ed., p. 566.



perfil adequado e, mais que isto, pudessem ser imediatamente ocupados.

Da mesma forma, era de conhecimento público que as vias de acesso aos locais das novas varas estavam em má condição de tráfego, tanto assim que os Magistrados sediados em Macapá de logo apresentaram mídias “demonstrando as condições precárias da estrada de Macapá para Oiapoque e para Laranjal do Jari” (cf. fls. 210).

Registre-se, por importante, que caso a implantação das varas não se mostrasse possível durante o prazo de validade do concurso em razão de circunstâncias excepcionais, não previsíveis, até poder-se-ia (e ressalte-se o verbo no condicional) cogitar da utilização deste argumento para justificar a recusa em se nomear os impetrantes. Mas diante da previsibilidade daquilo que se veio a alegar como circunstância obstativa, não se pode admitir o indeferimento, porque, repita-se, o TRF tinha a obrigação de, dentro de seu poder de gestão, estar previamente ciente de que as cidades indicadas pelo CJF talvez não pudessem ser *de imediato* contempladas com a instalações das Varas Federais, razão porque, somente após a confirmação deste fato, é que deveria ter *convidado* os candidatos a manifestarem interesse, repita-se, sobre os cargos existentes, e em seguida ter concluído um processo de seleção voltado à sua ocupação.

Sendo assim, antes de convocar os candidatos para os cargos que afirmou serem existentes, deveria o Tribunal ter se certificado da efetiva instalação das varas para que, somente então, levasse a efeito as convocações. Tendo optado, contudo, pela adoção do primeiro procedimento, já não mais poderia (nem deveria) retroceder, chegando a dar a impressão, aliás, de que assim agiu para não ter de assumir o equívoco cometido, como se fosse excessivamente constrangedora ou embaraçosa a *tarefa* de se reconhecer ter havido uma *precipitação* na declaração da existência dos cargos e na convocação dos candidatos para que os ocupassem.

Que se registre, por uma questão de justiça, que este equívoco cometido pela Administração na hipótese em apreço em nada desacredita a qualidade do trabalho por ela desempenhado, como um todo, no que se refere aos atos e procedimentos referentes à instalação de todas as varas federais criadas para a 1ª Região da Justiça Federal.

Ao contrário, a entrada em vigor da Lei 12.011/2009 seguida da Resolução CJF 102/2010, pela qual se determinou a implantação de 19 varas ainda naquele ano nas localidades escolhidas pelo próprio CJF, demandou a adoção célere e concomitante de diversos procedimentos preparatórios e executórios para fins de observância da programação imposta, procedimentos que, em sua grande maioria, mostraram-se eficientes e exitosos.

Todavia, também por força de tais circunstâncias e levando em conta a determinação inicial do CJF para que as Varas de Laranjal do

Jari e Oiapoque fossem instaladas em 2010, a Administração desta Casa iniciou o procedimento voltado ao preenchimento dos cargos criados pela Lei 12.011/2009 divulgando aos interessados que, além de já terem sido criados abstratamente, eles seriam brevemente ocupados, sem a cautela necessária à confirmação de que poderia haver mudança nos planos inicialmente traçados.

Só que houve tal mudança, e houve, repita-se, em decorrência de circunstâncias que, embora preexistentes, não foram devidamente aquilatadas, o que levou este Tribunal a simplesmente desconsiderar tudo o que até ali já havia feito para fins de ocupação dos cargos, *como se tal procedimento não tivesse produzido nenhum efeito no mundo jurídico*.

O possível equívoco cometido na convocação dos candidatos com a divulgação de que os cargos já estavam aptos a serem ocupados é perfeitamente aceitável, ante o contexto detrá delineado. O mesmo não se pode dizer, contudo, da recusa desta Corte em reconhecer as conseqüências legítimas derivadas de seus atos, isto em respeito aos princípios da *confiança* e da *razoabilidade*.

E esses princípios não podem ser postergados!

Trata-se da vida de cidadãos brasileiros que dedicaram seu tempo ao estudo com vistas à aprovação no 4º concurso desta Corte e, sendo nele aprovados em boa classificação, tinham a justa expectativa de virem a integrar os quadros desta Corte. Convocados mediante ato com essa indiscutível finalidade, confiaram plenamente na regularidade da postura administrativa, e provavelmente deixaram de levar adiante outros projetos de vida, inclusive de se inscrever em possíveis outros concursos, ante a *certeza* de que seriam nomeados para os cargos nos quais haviam sido *aprovados e convocados*.

Registro, por importante, a intensa mobilização dos impetrantes para assumirem os cargos para os quais haviam sido habilitados na seleção promovida com base no edital 015/2010; eles chegaram ao ponto de sugerir que seu exercício se iniciasse em localidade distinta, tal qual, segundo informaram (sem contradita), foi feito em relação aos candidatos aprovados para as cidades de Formosa e Uruaçu, tendo subscrito *termo de renúncia às diárias* que eventualmente lhes pudessem ser devidas, isto como forma de diminuir os custos referentes à adoção de tal procedimento e assim facilitar a sua nomeação.

A tentativa, como já sabido, não se mostrou exitosa.

Diante de tudo isto, poder-se-ia até discutir a possibilidade de o TRF não convocar os candidatos, em razão da impossibilidade de instalação das varas no prazo do certame, mas a partir do momento que os convocou o fez, obviamente, sob a premissa de que as vagas e os cargos já existiam, vindo, depois

disto, a mudar de ideia relativamente à *conveniência* quanto à *data* da instalação das mencionadas Varas. É saber, os cargos existiam, sim, e por isso os impetrantes foram convocados. Entretanto, depois dessa convocação, por uma questão de discricionariedade administrativa, entendeu-se por bem postergar a instalação das varas, abstraindo-se a constatação da existência dos cargos.

É inadmissível, como já disse até agora, a prevalência dessa posição.

Análise, ainda, o outro argumento utilizado para indeferir o pleito dos impetrantes, qual seja, o de que não era apenas sua a atribuição de decidir sobre a data de instalação das varas, cabendo ao CJF a última palavra sobre tal procedimento.

Como ficou claramente demonstrado nos autos, o CJF já havia determinado que a implantação das varas em discussão ocorresse no ano de 2010, e *deferindo em parte um pedido de diferimento apresentado por este próprio Tribunal, adiou o evento*. Em suma, não é viável repartir com o CJF a responsabilidade pela postergação da instalação das varas, olvidando-se que o aludido Conselho apenas *atendeu* a um pedido deste Tribunal.

A última palavra, é verdade, foi dada pelo CJF, mas a primeira, sem a qual aquela não existiria, nasceu do interesse único deste TRF1.

Quanto aos argumentos de que o Edital do 4º concurso não previa vagas para a cidade de Macapá e de que os candidatos aprovados em concurso público não têm direito adquirido à nomeação, nenhum dos dois possui sustentação; *a uma*, porque o referido Edital (norma que, como cediço, é regente do concurso) previu que ele seria voltado ao provimento dos cargos à época existentes e *dos que surgissem durante seu prazo de validade e; a duas*, porque a linha intelectual em comento *há muito* não possui eco na jurisprudência do STJ, senão vejamos (destaquei):

[...]

Em suma, o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital tem, sim, direito adquirido à nomeação, contrariamente ao que arguido na manifestação administrativa que subsidiou o indeferimento do pleito dos ora impetrantes, haja vista que o edital correlato foi lançado com a informação de que aquele concurso seria voltado ao preenchimento dos cargos então existentes e *daqueles que viessem a ser criados durante o seu prazo de validade*.

Sendo assim, a conclusão a que se chega é de que as vagas expressamente previstas no Edital como aptas a serem preenchidas pelos candidatos aprovados não eram apenas as referentes aos cargos vagos quando de sua publicação, *mas também aquelas surgidas durante seu prazo de validade*.

A Administração tornou público, elo edital, que o conclave tinha por escopo o preenchimento dos cargos presentes e *também dos futuros que vierem a surgir em determinado interregno*,

vinculando-se, em obséquio ao princípio da confiança (derivado do princípio da segurança das relações jurídicas), à observância dessa diretriz *que ela própria estabeleceu*.

Mas não é só; a posição mais atual do STJ e do próprio STF é no sentido de que muito embora o candidato aprovado fora do número de vagas (hipótese que, como visto do parágrafo supra, não se verifica no caso dos autos), ainda assim terá direito à sua nomeação quando a razão única do indeferimento administrativo for a inexistência dos cargos, e vier a ser comprovado que de fato eles existiam.

Confira-se:

[...]

O caso dos autos não discrepa, no que relevante, do quanto decidido nos precedentes acima transcritos, seja porque os cargos vagos *já existiam durante o prazo de validade* do concurso, seja porque a negativa se deu com base na inexistência dos cargos, bem assim porque a posse e o exercício tiveram como óbice o fato de o Estado-administrador não ter conseguido ultimar as providências necessárias para viabilizar a implantação e funcionamento das subseções...

Realça ainda mais a constatação de que os cargos já existiam, durante o prazo de validade do 4º concurso, o fato de que este TRF lançou novo Edital para fins de cadastro de reserva, nele fazendo constar a existência de *possíveis* vagas serem preenchidos na cidade de Macapá, para os mesmos cargos do aludido 4º concurso, vindo estes a serem preenchidos nas Subseções de Laranjal do Jari e Oiapoque justamente pelos candidatos que haviam se inscrito para a referida cidade *exatamente da forma que se pretendeu, infrutiferamente, fazer no concurso anterior*.

É cristalino, portanto, que o edital lançado em janeiro de 2011 objetivou, dentre outras coisas, preencher os cargos existentes nas Subseções de Laranjal do Jari e Oiapoque, mas que não poderiam àquela altura serem declarados como existentes, principalmente em razão do imbróglio que havia se verificado.

Ao lume de todo o exposto e a despeito de todo o respeito e admiração que registro ter pela Administração passada desta Corte, considero ilegal a negativa de nomeação dos impetrantes para os cargos nos quais foram aprovados, passando agora a disciplinar a consequência de tal conclusão.

A jurisprudência firmada pelo STF e pelo STJ no sentido de que os candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital – seja no originário, seja no que lançado durante o próprio certame para o preenchimento de cargos específicos – têm direito adquirido à nomeação traz como ônus para a Administração a obrigação de levar a efeito tal nomeação durante o prazo de validade do concurso,

ficando ao seu critério a escolha, dentro desse prazo, da data em que ela vai ocorrer.

(... ponto de divergência).

[...]

Observo, ainda, que há candidatos aprovados no 5º concurso já efetivamente empossados e em exercício nas cidades de Laranjal do Jari e Oiapoque (à exceção daqueles que eventualmente de lá tenham sido removidos), sendo certo que, ante à consolidação da situação fática verificada e também em atenção ao princípio da confiança, não poderão ser eles, em hipótese alguma, prejudicados em razão de um imbróglgio para o qual não concorreram.

Diante de tal panorama, considero que a melhor maneira de conformar o direito de todos os candidatos envolvidos na situação aqui analisada é que o TRF seja compelido a franquear aos impetrantes, aprovados que foram no 4º concurso, (anterior, portanto, ao 5º concurso) a possibilidade de serem lotados como *excedentes* em outras Seções Judiciárias em que o TRF considere aptas a recebê-los em tal situação, e caso não aceitem tal possibilidade, deverão exercer seu múnus exatamente nas cidades para as quais foram convocados, com excesso de quadro que será regularizado ao longo do tempo, seja com a vacância de cargos existentes, seja mediante concurso de remoção.

Ante o exposto, denego a segurança em relação aos litisconsortes que não foram aprovados na forma dos Editais Presi/Secre 010 e 015/2010 dentro do número de cargos previstos no primeiro deles, e julgo procedente o pedido, concedendo a segurança requestada pelos demais impetrantes (Cecilia Gabriela Godoi Cordeiro, Janny Pereira da Silva, Luis Cláudio dos Santos Siliprandi, Marcylyne Benedita Gonçalves Ribeiro, Maria de Fátima Galeno Cardoso, Ricardo Martins Correia Lima, Rosan Paulo Soares Alves e Valdemir Fonseca Vales), determinando que a autoridade impetrada adote as providências necessárias à sua nomeação e posse nos cargos para os quais foram habilitados (... ponto de divergência), observando-se para tanto as situações individuais, de acordo com cada cargo correlato.

As parcelas vencidas serão atualizadas monetariamente com base no IPCA, isto em razão da imprestabilidade da TR (utilizada como índice de remuneração básica das cadernetas de poupança) para tal finalidade, conforme fundamentos utilizados pelo STF no julgamento da ADI 493/DF, sendo ainda acrescidas de juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da notificação da autoridade impetrada.

Prejudicados todos os agravos regimentais interpostos, seja por força das decisões revogatórias daquelas outras por eles alvejadas, seja em razão da superveniência deste comando.

Sem honorários, conforme Súmula 512 do STF.

É o voto.

Como disse, minha divergência em relação ao muito bem lançado voto da Des. Federal Neuza é pontual e se limita a determinar que os efeitos financeiros e funcionais decorrentes da ordem concedida tenham início apenas a partir do dia em que efetivamente houver entrado em exercício cada Impetrante. Tal entendimento tem amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como é de ver do acórdão assim ementado (grifei):

*Agravos regimentais. Recursos especiais. Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Direito subjetivo à nomeação. Candidato aprovado dentro do número de vagas estabelecidas no edital do certame. Preterição de candidato. Indenização. Efeito financeiro retroativo à data da posse. Impossibilidade. Acórdão a quo firmado em consonância com a jurisprudência do STJ. Enunciado 83, da Súmula do STJ.*

I. A aprovação de candidato a cargo público, dentro do número de vagas estabelecidas no edital do certame, convola a mera expectativa de ingresso, nos quadros de pessoal de entidades públicas, sem direito subjetivo à nomeação.

II. A jurisprudência do STJ entende indevida a percepção de vencimentos, inclusive a título de indenização, a candidatos preteridos na ordem de classificação em certame público, posteriormente nomeados pela Administração, por força de decisão judicial, porquanto a percepção da retribuição pecuniária impõe o efetivo exercício do cargo.

II. Agravos regimentais da União e de Micheline Garcia Cavalcanti de Almeida aos quais se nega provimento. (AgRg no REsp-615.459/SC, Des. convocado Celso Limongi, DJ de 07/12/2009)

[...]

*Agravo regimental. Recurso especial. Concurso público. Preterição de candidato. Indenização. Efeito financeiro retroativo à data da posse. Impossibilidade. Data do efetivo exercício. Precedentes da terceira seção. Agravo regimental a que se nega o provimento.*

I. É indevido o pagamento de remuneração a servidor público sem a correspondente prestação de serviço, no caso de reconhecimento judicial à nomeação e posse em cargo público - sem efeitos financeiros retroativos, especificamente quanto ao pagamento dos vencimentos. Precedentes da Terceira Seção. (AgRg no REsp-1.040.808, Min. Jane Silva, DJ de 2.2.2009)

No mesmo sentido, entre muitos outros, o seguinte precedente desta Corte: ed na AC-2008.34.00.023966-2/DF, Des. Federal Selene Maria de Almeida, DJ de 30/07/2010.

*Dispositivo:*

Em face do exposto, também eu denego a segurança em relação aos litisconsortes que não foram aprovados na forma dos Editais Presi/Secre 10 e 15/2010 dentro do número de cargos previstos no primeiro deles, e julgo procedente o pedido, concedendo a segurança requestada pelos demais impetrantes (Cecília Gabriela Godoi Cordeiro, Janny Pereira da Silva, Luís Cláudio dos Santos Siliprandi, Marcylyne Benedita Gonçalves Ribeiro, Maria de Fátima Galeno Cardoso, Ricardo Martins Correia Lima, Rosan Paulo Soares Alves e Valdemir Fonseca Vales), determinando que a autoridade impetrada adote as providências necessárias à sua nomeação e posse nos cargos para os quais foram habilitados, observando-se para tanto as situações individuais, de acordo com cada cargo correlato.

As parcelas vencidas serão atualizadas monetariamente com base no IPCA, isto em razão da imprestabilidade da TR (utilizada como índice de remuneração básica das cadernetas de poupança) para tal finalidade, conforme fundamentos utilizados pelo STF no julgamento da ADI 493/DF, sendo ainda acrescidas de juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da notificação da autoridade impetrada.

Prejudicados todos os agravos regimentais interpostos, seja por força das decisões revogatórias daquelas outras por eles alvejadas, seja em razão da superveniência deste comando.

Sem honorários, conforme Súmula 512 do STF.

É o voto.

## Primeira Seção

Numeração única: 0010047-58.1997.4.01.3400

Embargos Infringentes 1997.34.00.010075-9/DF

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão  
Embargante: União Federal  
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
Embargados: Vilma Lopez Medeiros de Souza e outros  
Advogados: Dra. Luísa de Pinho Valle e outros  
Publicação: e-DJF1 de 28/11/2012, p. 20

## Ementa

*Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Embargos infringentes. Anistia. Ação declaratória trabalhista. Reconhecimento da condição de servidor público. Impossibilidade. Ausência de peças indispensáveis. Coisa julgada. Impossibilidade de reconhecimento. Portobras. Natureza autárquica inexistente. Empresa pública de Direito Privado exploradora de portos. Empregados. CLT. Estabilidade. Art. 19 do ADCT. Inaplicabilidade. Prazo de dois anos. Decurso. Inércia. Sentença mantida. Embargos infringentes providos.*

I. Não foram juntadas aos presentes autos cópias integrais das decisões proferidas nos autos da declaratória trabalhista (fl. 1.222), restando prejudicada, em muito, a apreciação da efetiva coisa julgada defendida pelos autores, e, por conseguinte, do próprio pedido inicial formulado.

II. A extinta Portobras, desde sua criação por meio da Lei 6.222/1975, sempre foi empresa pública de Direito Privado exploradora de portos, cujo quadro de pessoal sempre esteve regido pela legislação trabalhista, vinculado à CLT, e não ao Regime Jurídico Único.

III. Os motivos que fundamentam uma decisão judicial não fazem coisa julgada, razão pela qual este juízo não está adstrito à conclusão de que a natureza jurídica da Portobras equivale ao das autarquias ou empresas públicas federais.

IV. A mera declaração de estabilidade pela Justiça do Trabalho não obriga este Tribunal, e nem poderia fazê-lo, a automaticamente, à revelia das provas carreadas aos autos, garantir aos autores os efeitos e direito constitucionalmente garantidos aos servidores públicos amparados pelo disposto no art. 19 do ADCT.

V. “Ação declaratória não produz o efeito de suspender quer o prazo prescricional, quer, com maior razão, o decadencial. A justificativa é simples: o pronunciamento judicial, a sentença então proferida não implica a constituição, em si, de um certo quadro, limitando-se a declarar algo já existente. Logo, sob o ângulo da estabilidade evocada, poderiam os interessados ajuizar, de imediato, a ação trabalhista, visando à reintegração. Improcede a argumentação sobre a litispendência, que pressupõe ações idênticas e, portanto, a triplíce identidade – de partes, de causa de pedir e de pedido. Distintos são os parâmetros objetivos das ações declaratória e condenatória. Ao aguardarem os agravantes o julgamento da ação declaratória, correram o risco, cessada a relação empregatícia, de verem incidir, como aconteceu, a decadência, pela passagem dos dois anos de que cuida a parte final da alínea a do inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal na redação primitiva.” (STF AI 334537, rel. Min. Marco Aurélio.)

VI. Na hipótese dos autos, as demissões dos autores ocorreram em 26/03/1991 (fl. 36); 09/06/1990 (fl. 40; 46; 63; 70 e 71); 12/11/1990 (fl. 52); 26/07/1990 (fl. 56); 29/06/1990 (fl. 58); 19/10/1990 (fl. 76) e 10/08/1990 (fl. 80), de modo que não há como admitir a interrupção de prazo não iniciado. A fluência do prazo prescricional tem início com a extinção do contrato laboral, inexistindo interrupção na hipótese em apreço.

VII. Durante o prazo de dois anos após a demissão não fora praticado qualquer ato interruptivo da prescrição, mantendo-se inertes os autores, de modo que merece ser acolhida a preliminar arguida.

VIII. Embargos infringentes a que se dá provimento para, reformando o acórdão de fls. 1.212–1.213, negar provimento à apelação, mantendo-se a sentença em sua integralidade.

## Acórdão

Decide a Seção, por maioria, vencida a Des. Federal Neuza Alves, dar provimento aos embargos infringentes.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 13/11/2012.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão:* — Trata-se de embargos infringentes opostos às fls. 1.217–1.228 pela União Federal contra o v. acórdão de fls. 1.212–1.213, da 2ª Turma, que, por maioria, vencida a Des. Federal Mônica Sifuentes, deu provimento à apelação da parte autora para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido.

Por meio desse recurso, a União defende a impossibilidade de transformação, em cargo público regido pela Lei 8.112/1990, do vínculo empregatício celetista que os autores mantinham com a extinta Empresa de Portos do Brasil S.A. – Portobras.

Alega que os autores não comprovaram nos autos serem substituídos pelo Sindicato dos Empregados na Administração dos Serviços Portuários em Brasília – Sinbraport, que tramitou perante a Justiça do Trabalho, bem como a incompetência da referida Justiça especializada para reconhecer eventual vínculo estatutário de servidor público.

Notícia que o ingresso no quadro do Ministério dos Transportes, nos termos em que pretendido, somente poderia se dar após prévia aprovação em concurso público, nos termos do art. 37, II, da

Constituição Federal de 1988, o que não ocorreu na hipótese presente.

Sustenta a inaplicabilidade ao caso concreto da Lei 8.878/1994, relativa à anistia, uma vez que, para tanto, há exigência de motivo exclusivamente político para rompimento do vínculo empregatício, que não é o caso dos autores.

Requer o provimento do recurso, para que seja reformado o acórdão, negando-se provimento à apelação da parte autora, mantendo-se a sentença recorrida, nos termos do voto da Des. Federal Mônica Sifuentes.

Foi apresentada resposta aos embargos infringentes às fls. 1.232–1.238.

Aduz a parte recorrida que a demanda versa sobre a efetivação do comando judicial regularmente processado e julgado perante Justiça do Trabalho, que somente pode ser cumprido por meio da presente ação ordinária.

Entende que o julgamento proferido nos autos reiterou o trânsito em julgado da ação trabalhista que envolveu as partes litigantes, ocorrido em 20/09/1993, oportunidade em que foi reconhecida a estabilidade funcional dos empregados, nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Finalmente, informa o transcurso de menos de quatro anos entre o trânsito em julgado da ação trabalhista e o ajuizamento da presente ação ordinária, tendo primeiro ocorrido em 20/09/1993 e, este, em 18/07/1997, bem como a inocorrência de prescrição, sendo aplicável à espécie a renovação fixada na Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

A fim de contextualizar o julgamento dos embargos infringentes ora interpostos, adoto o bem lançado relatório constante na sentença proferida às fls. 1.154–1.159, da lavra do Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira, *verbis*:

Trata-se de ação ajuizada perante a Justiça do Trabalho por Vilma Lopez Medeiros de Souza, Waney Jorge Nascimento de Lima, Wilson Ferreira dos Santos, Mirsa Teresinha de Galvão Rocque de Souza, Paulo de Albuquerque Sá, José Maria Cardoso de Sena, Josemar Borges Jordão, Lia Natalina de Almeida, Lúcia Costeira Urquiza e Luiz Alves de Almeida contra a UNIÃO, objetivando a reintegração no serviço público, computando-se o período compreendido entre suas demissões e as reintegrações para todos os fins de direito, inclusive pagamento de remunerações correspondentes, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros moratórios.

Alegam os autores que são ex-empregados celetistas da extinta Portobras, e que o Sindicato dos Empregados na Administração dos Serviços Portuários em Brasília ajuizou ação, na qualidade de substituto processual, com objetivo de obter declaração judicial acerca do direito subjetivo dos autores à estabilidade no emprego, nos termos do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Federal de 1988, tendo sido julgado procedente o pedido, transitando em julgado a ação.

Informam que, em desconformidade com o direito à estabilidade assegurado judicialmente, foram demitidos sem justa causa, ensejando sua reintegração no serviço público.

A União foi citada e apresentou exceção de incompetência do Juízo (fls. 161–163) em que sustenta a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, e contestação (fls. 147–160), em que argui, preliminarmente, a inépcia da inicial ao argumento de que dos fatos narrados na exordial não decorrem logicamente a conclusão; carência da ação, em decorrência de terem os servidores submetidos ao regime celetista de trabalho recebido todas as verbas rescisórias, inexistindo interesse de agir; e a prescrição do direito de ação, nos termos do artigo 7º, inciso XXIX, alínea 'a' da Constituição Federal.

No mérito, aduz a ré que a relação jurídica estabelecida entre a extinta Portobras – empresa pública federal – e seus empregados era regida pela legislação trabalhista, e que os servidores que não optaram pelo regime celetista foram incluídos no

Plano de Classificação de Cargos, regulado pela Lei 5.645/70.

Afirma que os autores optaram expressamente pelo regime celetista, não fazendo jus à reintegração prevista no artigo 28 da Lei 8.112/90 – aplicável somente aos servidores regidos por relação jurídica de natureza estatutária. Alega, por fim, que os autores receberam indenizações trabalhistas em decorrência da demissão sem justa causa, não sendo admissível a caracterização de vínculo estatutário.

Por sentença de fls. 580–584 julgou extinto o processo, com julgamento do mérito, em face da decadência do direito dos autores, nos termos do artigo 7º, inciso XXIX, alínea 'a' da Constituição Federal, sob fundamento de que as demissões dos autores ocorreram há mais de dois anos da data do ajuizamento da ação.

Os autores interpuseram recurso ordinário contra a sentença, seguindo-se apresentação de contra-razões da União. O Ministério Público do Trabalho apresentou parecer (614/616) em que argui preliminarmente a incompetência da Justiça do Trabalho, a qual restou acolhida pelo Acórdão de fls. 663–665, culminando com a anulação dos atos decisórios praticados no processo e remessa dos autos à Justiça Federal.

Fora determinado (fl. 673) a adequação da ação ao rito ordinário, cumprida por emenda à inicial (fls. 674–712).

Renovada a citação da União, em contestação foi arguida a prescrição como preliminar, e no mérito foi reiterado o argumento de que os autores são ex-empregados celetistas da Portobras – empresa pública – não preenchendo, por consequência, os requisitos necessários para ser alcançados pela estabilidade prevista no artigo 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988.

Os autores manifestaram-se em réplica (fls. 1137–1140), insurgindo-se contra a preliminar, argumentando que o ajuizamento da ação reclamatório interrompeu o prazo prescricional.

Não houve especificação de provas, seguindo-se apresentação de razões finais pelas partes (fls. 1146 e 1148). [...]

Por meio da sentença proferida às fls. 1.154–1.159, o magistrado *a quo* houve por bem julgar extinto o feito, com resolução do mérito, acolhendo a preliminar de prescrição, haja vista que,

*[...] durante o prazo de dois anos após a demissão não fora praticado qualquer ato interruptivo da prescrição, mantendo-se inertes os autores, de modo que merece ser acolhida a preliminar arguida.*

Os autores interpuseram recurso de apelação às fls. 1.163–1.169, tendo a União Federal apresentado contrarrazões às fls. 1.170–1.177.

Iniciado o julgamento do recurso de apelação, a Juíza Federal convocada Rogéria Maria Castro Debelli, proferiu seu voto, conforme fls. 1.186–1.191, dando provimento ao recurso, reformando a sentença e entendendo pela procedência do pedido inicial.

Feito pedido de vista pela também Juíza Federal convocada Anamaria Reys Resende, foi declarado seu impedimento, conforme se verifica da questão de ordem de fl. 1.194.

Prosseguindo no julgamento, foi juntado novo voto proferido pela Juíza Federal convocada Rogéria Maria Castro Debelli às fls. 1.198–1.201 no mesmo sentido do primeiro, cujo dispositivo restou assim redigido:

[...] Em face do exposto, dou provimento à apelação interposta para determinar à UNIÃO que reintegre os Apelantes a seus quadros funcionais, considerando todo o tempo de serviço para fins de enquadramento funcional, verbas salariais (incluídos vencimentos, gratificações, férias, décimo terceiro), valores sob os quais deverão incidir correção monetária e juros moratórios no percentual de 1% (um por cento) ao mês. Honorários advocatícios deverão ser suportados pela UNIÃO à conta de 10% sobre o valor da condenação, apurado até a prolação desse acórdão (Súmula 11 do STJ).

Formulado pedido de vista pela então Juíza Federal convocada, hoje Des. Federal Mônica Sifuentes, foi proferido voto-vista às fls. 1.205–1.207, pelo não provimento do recurso.

Finalmente, foi lavrado o acórdão, conforme fls. 1.212–1.213, oportunidade em que a 2ª Turma, por maioria, deu provimento à apelação, nos termos do voto da Juíza Federal convocada Rogéria Maria Castro Debelli, dando ensejo à interposição dos presentes embargos infringentes.

É o relatório.

### Voto \*

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Alegando não caber mais qualquer discussão, em face da coisa julgada, a respeito da qualidade de servidores públicos federais, bem como do direito à estabilidade de que trata o art. 19 do ADCT, os autores ajuizaram a presente ação ordinária buscando, em síntese, o seguinte (fls. 28–29):

[...] Tendo em vista o direito dos reclamantes à estabilidade no emprego estabelecida no artigo 19

do ADCT e as demissões arbitrárias a eles impostas, têm os autores direito a serem reintegrados nos quadros da União Federal, em face da coisa julgada estabelecida nos autos do processo 680/90, da 10ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília.

Os autores têm direito, também, ao pagamento do valor correspondente às remunerações relativas ao período compreendido entre a demissão arbitrária e a reintegração nos quadros da União, assim como a contagem do período acima mencionado como tempo de serviço efetivo, para todos os efeitos legais, especialmente para efeito de enquadramento funcional e salarial, como se trabalhando estivessem, aí incluídos todas as remunerações mensais, gratificações, férias, 1/3 sobre as férias, 13º salários e demais vantagens pagas aos servidores públicos em geral, em parcelas vencidas e vincendas. [...]

A fim de verificar a real existência de coisa julgada, como defendido pelos autores, tenho ser imprescindível uma análise minuciosa da ação trabalhista proposta, o que passo a fazer.

Conforme petição inicial, cuja cópia foi juntada às fls. 83–113, referida ação declaratória foi ajuizada em face da Empresa de Portos do Brasil S/A – Portobras perante a Justiça do Trabalho, tendo sido dirigida à Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília/DF e protocolada em 28/05/1990.

Defendendo que a Portobras era dotada de natureza autárquica, requereram fosse sua citação realizada na pessoa de seu liquidante e pleitearam a declaração, por sentença, de que se encontram amparados pelas disposições do art. 19 do ADCT, bem como pelo art. 24 da Lei 8.029/1990.

Não foi juntada aos autos a cópia integral da ação trabalhista em referência, razão pela qual tenho que o teor da sentença nela proferida (fls. 127–131) é de suma importância para a compreensão daquele processo. Nesse sentido, transcrevo o seu relatório, uma vez se tratar da parte que ora interessa a este julgamento, *verbis*:

[...] O Sindicato dos Empregados na Administração dos Serviços Portuários em Brasília, na qualidade de substituto processual, ajuizou ação declaratória trabalhista contra a Empresa de Portos do Brasil S/A Portobras, alegando que a reclamada, constituída como empresa pública, com capital exclusivo da União Federal, sucedendo uma autarquia federal, é o agente da União Federal no cumprimento do disposto no artigo 21, inciso XII, letra I, da Carta vigente, conservando as atribuições originais de sua antecessora, continuando a exercer atividade estatal típica, sendo inegável sua natureza autárquica; que o fato de a Portobras ser obrigada a administrar alguns portos diretamente, não

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Kassio Marques e Néviton Guedes e os Exmos. Srs. Juízes Federais Murilo Fernandes de Almeida e Cleberson José Rocha (convocados).

significa que ela explore atividade econômica; que os servidores do extinto Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis, a autarquia que antecedeu a Ré, foram absorvidos sem qualquer solução de continuidade na prestação de serviços ou ruptura do vínculo anteriormente existente com transferência para Brasília e continuaram a desempenhar as mesmas atividades anteriormente desenvolvidas; que não há dúvida que os empregados da Portobras são servidores públicos para efeitos sindicais e penais; que o Governo Federal ao Editar a Medida Provisória nº 151, prevendo a dissolução da Ré, medida esta que foi convertida na Lei 8.029/1990, agiu de forma arbitrária, precipitada e irresponsável, não podendo os interesses dos trabalhadores representados pelo Sindicato-Autor serem desrespeitados. Requer a citação da Ré, na pessoa de seu liquidante e que seja proferida sentença declaratória no sentido de que os empregados estão amparados pelas disposições do art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e art. 24 da Lei 8,029/1990. Deu à causa o valor de Cr\$ 100.000,00. Juntou os documentos de fls. 37 a 405.

Em defesa, a reclamada aduziu que o regime do pessoal da Portobras é o da legislação trabalhista, não se podendo pensar no Estatuto dos Funcionários – Lei 1.711, não cabendo, na hipótese, dupla regência: ou é trabalhista celetista, ou é estatutário; que os empregados da reclamada, que é empresa pública de direito privado, são optantes pelo FGTS e esse instituto não cabe ao funcionário autárquico ou público; que conforme a Lei 8.027/90, servidor público é pessoa legalmente investida na administração direta, autárquica e fundações, não ficando incluída a “empresa pública”; que a pretensão do Sindicato-Autor alteraria a legislação vigente. Pediu a improcedência da ação. Não juntou documentos.

Foi recusada a conciliação.

O reclamante teve vistas em audiência e pediu o imediato encerramento da instrução, por tratar-se de matéria meramente de direito e de urgência, com o que não se opôs a reclamada.

As partes apresentaram suas razões finais orais, reportando-se ao já alegado nos autos e declararam ser impossível a conciliação.

Às fl. 420, sob pena de ser declarada inepta a inicial, foi determinado que o autor emendasse a inicial, reabrindo-se a instrução, em consonância com o Enunciado 263 do C. TST.

O Sindicato-Autor falou às fls. 421–423 e juntou os documentos de fls. 424–440 e a fala da reclamada veio aos autos às fls. 443.

Em audiência de instrução, a reclamada ratificou a contestação, com o aditamento de que argúi a ilegitimidade ativa ad causam do Sindicato Substituto Processual, conforme o art. 267, VI, do CPC, c/c o §3º.

As partes declararam não ter mais provas a produzir, encerrando-se a instrução, com razões finais orais.

Não teve êxito a proposta final de conciliação.

Às fls. 449–451 o autor requereu a juntada de novos documentos, de fls. 452–528 e, com vistas, a reclamada não se manifestou. [...]

Verifica-se, portanto, que a ação declaratória que tramitou perante a Justiça do Trabalho foi ajuizada pelo sindicato ora autor em 28/05/1990 em face da própria Portobras, à época, em fase de liquidação.

A sentença declaratória proferida na esfera trabalhista consignou o pretendido pelos autores, nos seguintes termos (fls. 127–131):

[...] Embora esteja atualmente sob a forma de empresa pública, a reclamada exercia tipicamente atividade estatal de serviço público e sob o controle governamental da administração direta. Em conseqüência, sua natureza jurídica passada e atual equivale ao das autarquias ou empresas públicas federais. O fato de seus servidores serem celetistas, não exclui seu enquadramento como servidores públicos, pois os dois regimes foram, por longo tempo, adotados pela administração pública direta e indireta. Portanto, ajusta-se ao caso o art. 24 da Lei 8.029/90 e é notória a aplicabilidade do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos beneficiários desta hipótese de substituição processual, observados os requisitos especificados naquela norma constitucional e seus parágrafos, ressaltando-se o caput:

“em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição...”

O fato de a reclamada estar em liquidação não é fato impeditivo da estabilidade, porque os estáveis ou ficarão em posição de justa disponibilidade ou serão reaproveitados, como vem acontecendo com muitos, como provam os documentos de fls. 452 a 528, os quais nem sequer foram impugnados.

Isto Posto:

RESOLVE, por unanimidade, a MM. 10ª. Junta de conciliação e Julgamento de Brasília-DF, julgar PROCEDENTE a ação, para declarar a legitimidade da substituição processual e que os servidores da reclamada estão amparados pelas disposições do art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, observados os enquadráveis nos requisitos indicados na fundamentação, e pelo art. 24 da Lei 8.029/1990. [...]

Posteriormente, conforme se verifica à fl. 133, houve retificação do dispositivo, passando a constar julgamento por maioria, e não por unanimidade.



A Portobras interpôs recurso ordinário, que foi julgado deserto, conforme se verifica dos documentos juntados às fls. 134–139 e, portanto, não foi conhecido.

Entretanto, compulsando detidamente os autos, verifico que não só não foi juntada aos autos a íntegra da ação trabalhista em referência, como também não foi juntada em sua integralidade o próprio provimento jurisdicional, a cuja coisa julgada ora se socorrem os autores.

Isso porque, como se vê do acórdão de fl. 136,

[...] acordam os juizes da Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, por maioria, não conhecer do apelo, nos termos do voto do Juiz Revisor que redigirá o acórdão. Vencido o Juiz Relator que dele conhecia.

Nesse ponto, é de se destacar, ainda, que o representante do Ministério Público com atuação junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região deu parecer, no mérito, pelo provimento do recurso interposto pela Portobras, como se verifica do noticiado no relatório de fls. 134–135.

Assim, tem-se que no mínimo duas peças de suma importância à compreensão do julgado, quais sejam o parecer do Ministério Público do Trabalho e o voto do relator do recurso ordinário aviado, não foram carreadas aos autos pelo sindicato autor.

Nesse sentido, assiste razão à União quando alega em sede de embargos infringentes que não foram juntadas aos presentes autos cópias integrais das decisões proferidas nos autos da declaratória trabalhista (fl. 1.222), restando prejudicada, em muito, a apreciação da efetiva coisa julgada defendida pelos autores, e, por conseguinte, do próprio pedido inicial formulado.

Por oportuno, é de se destacar que, ainda que assim não fosse, não assiste razão aos autores quando sustentam a natureza autárquica da extinta Portobras. Nesse ponto, cito os fundamentos trazidos aos autos por meio da contestação e documentos de fls. 717–740, os quais consignaram o seguinte:

[...] Nesta parte, para que a total improcedência dos pedidos dos autores transpareça de forma clara, mostra-se oportuno e necessário transcrever as normas legais que criaram e estruturaram em todos os seus aspectos a extinta Portobras, iniciando-se pela Lei 6.222, de 10 de julho de 1975, que em seu artigo 1º, previu de forma expressa que a Empresa de Portos do Brasil – Portobras, seria criada seguintes termos, litteris:

“Art. 1 – Fica o Poder Executivo autorizado a constituir, na forma definida no inciso II, do artigo 5º, do Decreto n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-lei n. 900, de 29 de setembro de 1969, a EMPRESA PÚBLICA DENOMINADA EMPRESA DOS PORTOS DO BRASIL – Portobras, vinculada ao Ministério dos Transportes.”

De outra parte, a própria Lei 6.222/75, acima mencionada, que instituiu a empresa em questão, em seu artigo 3º, denotou de forma clara a absoluta falsidade da afirmação dos autores no sentido de que pelo fato da multicitada Portobras não desempenhar atividades econômicas, possuía caráter autárquico, vez que o sobrefalado dispositivo legal insere de modo indiscutível a determinação da instituição em comento intervir no domínio econômico, explorando economicamente as atividades ligadas aos Portos Brasileiros, valendo transcrever tal preceito normativo:

“Art. 3º - A Portobras, em harmonia com os planos e programas do Governo Federal, e nos limites estabelecidos por esta Lei, terá por finalidade realizar atividades relacionadas com a construção, administração e EXPLORAÇÃO DOS PORTOS E DAS VIAS NAVEGÁVEIS INTERIORES, exercendo a supervisão, orientação, coordenação, controle e fiscalização sobre tais atividades.”

O artigo 4º, da mesma lei, dentre as competências atribuídas à ex-Portobras, em seu inciso IV, confirme que a extinta empresa explorava atividade econômica:

“Art. 4 – Para realização de suas finalidades, compete à Portobras:

[...]

IV – administrar e explorar os portos.”

Em relação ao regime celetista a que sempre estiveram subordinados os autores, vem esta previsão legal dos artigos 10º e 11º, da Lei 6.222/75, quando determinam:

“Art. 10 – O regime jurídico do pessoal da Portobras será o da LEGISLAÇÃO TRABALHISTA.

Art. 11 – Aos funcionários do Quadro de Pessoal do Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis aplicar-se-á o disposto na Lei n. 6.184, de 11 de dezembro de 1974.”

Portanto, das normas legais contidas na Lei 6.222/1975, acima reproduzidas, responsáveis pela criação e estruturação legal e funcional da extinta Portobras, visualiza-se, sem medo de errar, que a empresa em debate foi instituída e sempre possuiu natureza jurídica de uma EMPRESA PÚBLICA, destinada a explorar as atividades econômicas relacionadas aos Portos Brasileiros, e composta em seu Quadro de Pessoal por empregados regidos pela legislação trabalhista (CLT).

Portanto, nesse quadro, os argumentos dos autores na direção de que a extinta empresa de que fizeram parte, não desempenhava atividades econômicas e por isso denotava um perfil

autárquico, caem totalmente por terra, eis que insubsistentes e improspéraveis, na medida em que basta um simples passar de olhos pelo claro texto da Lei 6.222/1990, para se concluir que a empresa ali criada, foi instituída na forma de uma EMPRESA PÚBLICA, exatamente para dispor dos meios necessários para atingir sua finalidade primordial que era a de administrar e EXPLORAR as atividades concernentes aos Portos Nacionais, remunerando-se, inclusive, desta atividade.

Com efeito, é ilógico e injurídico, se concluir, com o pretendem os autores, que a palavra EXPLORAR esta perdida, sem nenhuma finalidade ou sentido nos textos legais dos artigos 4º e 5º da Lei 222/75 supratranscritos, eis que da singela leitura desses dispositivos legais, ressaí, a toda evidência, que a empresa ali instituída tinha por finalidade explorar atividades econômicas na área portuária.

Nessa ótica, transparece como certo que a extinta Portobras, sendo uma empresa pública, exploradora de atividades econômicas ligadas aos Portos Brasileiros, durante sua existência sempre possuiu personalidade jurídica de direito privado, com empregados regidos pela legislação trabalhista nos termos do artigo 173, §1º, da Carta Maior.

Frente a esta realidade legal, mostra-se forçoso reconhecer que não havendo dúvidas sobre o fato de que os autores eram empregados submetidos a legislação trabalhista e vinculados através de um contrato de trabalho a uma empresa pública de personalidade jurídica de direito privado, nunca ostentaram estes postulantes a qualidade de servidores públicos ligados a Administração Direta, Autárquica ou Fundacional, não havendo, assim, na espécie, como se aplicar a tais demandantes a estabilidade prevista no artigo 19, do ADCT.

Em sendo assim, repise-se, mais uma vez, o pleito dos autores é impossível juridicamente de ser atendido, porquanto que estes nunca foram servidores públicos vinculados a Administração Direta, Autárquica ou Fundacional, vez que atuavam junto com a empresa pública de caráter privado e sob os ditames da legislação trabalhista, não se enquadrando, desse modo, tais acionantes nos requisitos legais exigidos pelo artigo 19, do ADCT. [...] (Original com grifos)

Dessa forma, tem-se que a extinta Portobras, desde sua criação por meio da Lei 6.222/1975, sempre foi empresa pública de direito privado exploradora de portos, cujo quadro de pessoal sempre esteve regido pela legislação trabalhista, vinculado à CLT, e não ao Regime Jurídico Único.

No mesmo sentido é o que dispõe seu estatuto<sup>1</sup>, veja-se:

Art 1º. A Empresa de Portos do Brasil S.A. – Portobras – é uma empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, vinculada ao Ministério dos Transportes e constituída na forma da Lei 6.222, de 10 de julho de 1975.

Art 2º. A Portobras será regida pela Lei 6.222 de 10 de julho de 1975, pela legislação a ela aplicável e pelo presente Estatuto. [...] (Grifei)

Atenta a esses fatos e observações, hei por bem destacar o acerto do voto-vista proferido pela Des. Federal Mônica Sifuentes às fls. 1205–1207.

Isso porque, em que pese a sentença judicial proferida na esfera trabalhista ter reconhecido que os autores encontram-se “amparados pelas disposições do art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, observados os enquadráveis nos requisitos indicados na fundamentação, e pelo art. 24 da Lei 8.029/1990”, os efeitos dessa declaração deve ser apurado perante a Justiça Federal, competente para tanto, conforme já restou consignado nestes autos.

Nesse ponto, corroboro a tese defendida pela Des. Federal Mônica Sifuentes no sentido de que

[...] os motivos que fundamentam uma decisão judicial não fazem coisa julgada, razão pela qual este Juízo não está adstrito à conclusão de que a natureza jurídica da Portobras ‘equivale ao das autarquias ou empresas públicas federais’ [...].

Nesse sentido, destaco a redação do art. 469 do Código de Processo Civil. Veja-se:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; [...] (Grifei)

Por oportuno, trago à colação os termos em que se encontra redigido o já citado art. 19 do ADCT, verbis:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

<sup>1</sup> Disponível no endereço <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-76925-29-dezembro-1975-425625-ata-pe.doc>>. Acesso em: 13 set. 2012.

§2º - O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do “caput” deste artigo, exceto se se tratar de servidor. [...] (Grifei)

Todavia, a mera declaração da referida estabilidade pela Justiça do Trabalho não obriga este Tribunal, e nem poderia fazê-lo, automaticamente, à revelia das provas carreadas aos autos, garantir aos autores os efeitos e direito constitucionalmente garantidos aos servidores públicos amparados pelo disposto no art. 19 transcrito acima.

Dessa forma, o único efeito que posso reconhecer da declaração formalizada pela Justiça do Trabalho é o de que não poderiam ser demitidos sem o pagamento das respectivas verbas indenizatórias.

Entretanto, conforme se verifica dos documentos carreados aos autos, referidas verbas foram pagas aos autores quando da extinção da Portobras e rescisão dos respectivos contratos de trabalho, não havendo nos autos, ao menos a princípio, prova apta a apontar eventual irregularidade quando das mencionadas rescisões contratuais.

Com efeito, repito, possui a extinta Portobras natureza jurídica de empresa pública de direito privado exploradora de portos, cujo quadro de pessoal sempre esteve regido pela legislação trabalhista, vinculado à CLT, e não ao regime jurídico único, desde sua criação por meio da Lei 6.222/1975.

Por essa razão e não havendo que se falar em coisa julgada com relação aos motivos e verdade dos fatos considerados pela Justiça do Trabalho ao proferir a sentença declaratória, conforme já ressaltado, não está e não poderia estar esta Corte obrigada a ratificar eventual enquadramento dos autores enquanto detentores de supostos direitos que não são garantidos a eles pela lei, sequer pela Constituição.

Finalmente, ressalto que, sem embargo dos fundamentos lançados acima, tenho que a prejudicial de mérito deve prevalecer na hipótese. Assim, ainda que não se entendesse pela correção das razões já expostas neste voto, há que se reconhecer a incidência da prescrição, conforme entendimento firmado pelo magistrado *a quo* quando da prolação da sentença recorrida.

Nesse ponto, cumpre destacar que a situação trazida a julgamento nestes autos é de todo semelhante ao precedente já apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, conforme se verifica do julgado que ora transcrevo:

*Decisão - Decadência trabalhista - Ação declaratória - Alcance - Ausência de suspensão do prazo decadencial reconhecida pela Corte de origem - Violência ao art. 7º, inciso XXIX, da Constituição não configurada - Agravo desprovido.*

I. O Tribunal Superior do Trabalho negou acolhida a pedido formulado em agravo, pelos seguintes fundamentos: O Egrégio TRT da 10ª Região, pelo v. acórdão de fls. 44/48, negou provimento ao recurso ordinário interposto pelos reclamantes, cuja pretensão era reformar a sentença da MM. Junta, que, acolhendo a prescrição argüida, extinguiu o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, considerando como termo inicial, para efeito de contagem da prescrição do direito dos reclamantes, a data da extinção dos contratos de trabalho e não após a prolação da ação declaratória. Inconformados, recorrem de revista os autores (fls. 50–57, com fundamento em violação dos arts. 19 do ADCT; 5º, XXXVI e 7º, XXIX, “a”, da Constituição Federal; e 867 a 873 do CPC). Todavia, o apelo não prospera ante as alegações apontadas. Com efeito, o r. despacho atacado que denegou seguimento ao recurso de revista dos agravantes, com suporte no En. 221/TST, foi proferido em total obediência aos comandos sumulados por esta C. Corte, haja vista que não enseja o processamento de recurso de revista quando a decisão recorrida estiver sob o arrimo de lei, doutrina e jurisprudência atual aplicáveis à matéria, traduzindo, antes de mais nada, em razoável interpretação dos preceitos legais e constitucionais reguladores do caso sub examem. É como foi feito. O acórdão regional ratificou, in totum, o percunsciente (sic) entendimento exarado pelo Juízo monocrático quando da prolação da sentença de fls. 95/100 que, sob a ótica dos dispositivos legais reguladores da pretensão deduzida, acolhendo a prescrição, declarou a extinção do processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, inciso IV, da Lei Processual Civil. Assim, conforme já consignado no despacho atacado, o presente recurso encontra óbice no Enunciado 221 do TST, cabendo ressaltar que a violação ensejadora do processamento do recurso de revista há de estar ligada diretamente à literalidade do preceito legal ou ainda, combatível por meio de dissenso pretoriano válido, hipóteses que, in casu, não se vislumbram (folha 87 e 88). No extraordinário cujo trânsito buscase alcançar, interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, articula-se com o malferimento dos artigos 5º, inciso XXXVI, 7º, inciso XXIX, do corpo permanente da Carta Política da República, 19 das Disposições Transitórias e 867 ao 873 da Consolidação das Leis do Trabalho. Defende-se, inicialmente, que tanto o recurso de revista como o agravo mereciam prosperar, porquanto regularmente apresentados. Por outro lado, insiste-se na inexistência da prescrição. Sustenta-se que, antes das demissões, e diante “da roupagem de empresa pública” atribuída à Portobras, o direito à estabilidade previsto no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias mostrara-

se discutível, o que levou o Sindicato a ajuizar ação declaratória que acabou resultando no reconhecimento da natureza autárquica da empresa extinta e na estabilidade dos ora Agravantes. Assevera-se que o pedido de reintegração não poderia ser feito simultaneamente, porque ainda não efetivadas as dispensas, nem quando essas ocorrerem, pois, em curso a declaratória, ficaria caracterizada a litispendência. Assim, afirma-se que, apenas após o trânsito em julgado da primeira, poderiam os Autores pleitear a reintegração, de vez que o reconhecimento da estabilidade era pressuposto para o deferimento do segundo pedido. Salienta-se ainda que, de acordo com a norma constitucional, somente os créditos decorrentes da relação de trabalho estariam sujeitos à prescrição (folha 91 à 99). O Juízo primeiro de admissibilidade disse da natureza processual da discussão (folha 105). A União apresentou a contraminuta de folha 114 à 117, ressaltando o acerto do ato impugnado.

II. Na interposição deste agravo, foram atendidos os pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. Os Agravantes providenciaram o traslado das peças mencionadas no artigo 544, § 1º, do Código de Processo Civil e respeitaram o prazo de dez dias assinado em lei. De início, exclua-se a possibilidade de cogitar-se do enquadramento do extraordinário no permissivo da alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, em face à alegação de ofensa a preceitos estritamente legais e ao artigo 19 do Ato das Disposições Transitórias da Carta da República. O recurso extraordinário pressupõe, no tocante ao primeiro tema, o envolvimento de preceito constitucional. Relativamente à norma transitória da Lei Maior e ao inciso XXXVI do rol das garantias constitucionais, verifica-se a ausência de entendimento a respeito. Resta examinar o recurso interposto, no que articulada a transgressão ao inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal, a seguir transcrito: Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIX - ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de: a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato; b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural; (...) Note-se a dualidade de tratamento. As disciplinas mostraram-se diversas para o trabalhador urbano e o rural. No que concerne a este último, o biênio fez-se prescricional, sendo contado apenas a partir da extinção do contrato. Em relação ao trabalhador urbano, muito embora na cabeça do inciso aluda-se a prazo prescricional, tem-se presente a razão de ser das coisas, a razoabilidade - a previsão, em um primeiro momento, da prescrição, e, em outro, da decadência. Em suma, o prazo de dois anos, computado da extinção do contrato, é decadencial. Uma vez não transcorrido tal período, analisa-se a prescrição, considerados os cinco anos imediatamente anteriores ao ajuizamento da ação. Com a Emenda Constitucional nº 28, de 25 de maio

do corrente ano, deu-se a igualização de tratamento entre trabalhadores urbanos e rurais, revogando-se, assim, a alínea “b” do inciso XXIX do artigo 7º e o artigo 233 da Carta. Feitas estas observações, cumpre apreciar a questão de fundo. A Corte de origem bem andou ao interpretar o dispositivo constitucional de regência da controvérsia. Ação declaratória não produz o efeito de suspender quer o prazo prescricional, quer, com maior razão, o decadencial. A justificativa é simples: o pronunciamento judicial, a sentença então proferida não implica a constituição, em si, de um certo quadro, limitando-se a declarar algo já existente. Logo, sob o ângulo da estabilidade evocada, poderiam os interessados ajuizar, de imediato, a ação trabalhista, visando à reintegração. Improcede a argumentação sobre a litispendência, que pressupõe ações idênticas e, portanto, a tríplice identidade - de partes, de causa de pedir e de pedido. Distintos são os parâmetros objetivos das ações declaratória e condenatória. Ao aguardarem os Agravantes o julgamento da ação declaratória, correram o risco, cessada a relação empregatícia, de verem incidir, como aconteceu, a decadência, pela passagem dos dois anos de que cuida a parte final da alínea “a” do inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal na redação primitiva. Tenho-o como preservado.

III. Pelas razões supra, conheço do pedido formulado neste agravo, mas a ele nego acolhida.

[...]

AI 334537, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30/03/2001, publicado em *DJ* 30/05/2001, p. 24. (Grifei)

Nesse mesmo sentido, repito, foi a sentença proferida às fls. 1.154–1.159, da lavra do Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira, que ora transcrevo:

[...] Preliminarmente, no tocante à alegada prescrição do direito de ação, a matéria encontra-se disciplinada pelo artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Federal de 1988 que estatui:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

XXIX – ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:

a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato.”

Tenho que o prazo bienal estabelecido pela Constituição Federal cuida-se de prazo decadencial, sendo prescricional o prazo quinquenal anterior ao ato de demissão. Inobstante, ainda que considerado como prescricional o prazo de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, sujeito, portanto, à interrupção, verifica-se que a ação declaratória ajuizada pelo sindicato fora proposta em 28 de maio de 1990 e, portanto, antes de consumado qualquer ato de demissão.

Na hipótese dos autos, as demissões dos autores ocorreram em 26/03/1991 (fl. 36); 09/06/1990 (fl. 40; 46; 63; 70 e 71); 12/11/1990 (fl. 52); 26/07/1990 (fl. 56); 29/06/1990 (fl. 58); 19/10/1990 (fl. 76) e 10/08/1990 (fl. 80), de modo que não há como admitir a interrupção de prazo não iniciado. A fluência do prazo prescricional tem início com a extinção do contrato laboral, inexistindo interrupção na hipótese em apreço.

Durante o prazo de dois anos após a demissão não fora praticado qualquer ato interruptivo da

prescrição, mantendo-se inertes os autores, de modo que merece ser acolhida a preliminar arguída. [...]

Em face do exposto, não há o que reparar na sentença recorrida, devendo ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Isso posto, dou provimento aos embargos infringentes para, reformando o acórdão de fls. 1.212–1.213, negar provimento à apelação, mantendo-se a sentença em sua integralidade.

É o meu voto.

## Segunda Seção

### Inquérito Policial 0048699-71.2011.4.01.0000/PI

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes  
 Autor: Ministério Público Federal  
 Procurador: Dr. Osnir Belice  
 Indiciados: Luiz Cavalcante e Menezes  
 Luiz Pereira de Oliveira  
 Advogados: Dr. Gustavo Lage Fortes e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 26/11/2012, p. 8

## Ementa

*Penal. Prefeito municipal. Decreto-Lei 201/1967. Aplicação de verba pública em desacordo com o programa a que se destina. Prescrição da pretensão punitiva. Outra destinação pública. Falta administrativa. Valor econômico irrelevante. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Ausência de justa causa.*

I. Ultrapassado o lapso *prescricional* previsto no art. 109, IV, do Código Penal, necessário é o reconhecimento da *prescrição* da *pretensão* punitiva do Estado, pela pena em *abstrato*, do crime previsto no art. 1º, IV, do Decreto-Lei 201/1967, relativamente aos pagamentos anteriores a junho de 2004.

II. Não prospera a imputação de “empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam” (DL 201/1967 – art. 1º, IV), quando o agente comprova a aplicação dos recursos em outra destinação igualmente pública. A conduta, embora não tenha observado os preceitos legais, realizou-se à vista do interesse público, no caso a irregularidade pode interessar ao âmbito administrativo.

III. A avaliação da tipicidade da conduta pelo juiz não se resume ao plano meramente formal, em face do modelo adotado pela lei, mas também no plano substancial, no sentido de verificar se a conduta do agente atinge, de maneira significativa, o bem jurídico tutelado. Se a resposta for negativa, deixa de existir o crime, ou pelo menos o interesse de agir, como uma das condições da ação penal.

IV. O Direito Penal, em face do seu caráter fragmentário e subsidiário, não deve ser chamado a punir condutas de pouco ou nenhuma lesividade em relação ao bem jurídico tutelado. *O princípio da insignificância configura causa suprallegal de exclusão da tipicidade, acaso presente uma das seguintes hipóteses: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.* (cf. STF – HC 84.412-0/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma do STF, unânime, DJU de 19/11/2004.)

V. Extinção da punibilidade que se declara de ofício, nos termos do art. 61 do CPP, relativamente aos pagamentos efetuados anteriormente a junho de 2004. Falta de justa causa para a ação penal. Rejeição da denúncia (art. 395, III – CPP).

## Acórdão

Decide a Seção rejeitar a denúncia, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 31/10/2012.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — O Ministério Público Federal oferece denúncia contra Luiz Cavalcante e Menezes, Prefeito Municipal de Piriipiri/PI, e Luiz Pereira de Oliveira, então Secretário Municipal de Saúde, como incurso na sanção do art. 1º, IV, do Decreto-Lei 201, de 27/02/1967, c/c art. 71 e art. 29, ambos do Código Penal, sob a acusação de, no período de março de 2003 a novembro de 2004, terem feito o pagamento de contas de telefone da Secretaria de Saúde do aludido município, com recursos do Piso de Atenção Básica – PAB (Assistência Médica e Sanitária), repassados pelo Ministério da Saúde, na importância total de R\$ 17.640,75 (dezessete mil, seiscentos e quarenta reais e setenta e cinco centavos).

Em defesa prévia (fls. 677–700 e 781–805), os acusados postulam pela rejeição da denúncia ou, alternativamente, pela absolvição, alegando, primeiramente, ausência de justa causa para recebimento denúncia, pois não estaria baseada em provas mínimas, mas sim em alegações vagas, imprecisas e genéricas, sem prova contundente, ou demonstração de atos dos acusados. Afirmam, não ter havido utilização indevida do bem público em proveito próprio ou alheio, posto que ninguém teria se beneficiado e que os recursos teriam sido utilizados para o pagamento de contas telefônicas da Secretaria da Saúde, utilização esta não abrangida pelo rol de vedações presente na lei que regula o PAB. Informam, ainda, terem sido os valores devidamente restituídos ao programa, não havendo, portanto, que se falar em prejuízo ao Erário ou apropriação indevida pelos denunciados.

Vencida a tese, os denunciados alegam ter havido erro de tipo, pois estes desconheciam a ilicitude do fato, como declarado em interrogatório (fls. 600–602 e 605–607), e que quando o erro de tipo recai sobre os elementos que constituem o crime, no caso o dolo, terá por consequência a exclusão deste, tornando atípica a conduta e incabível a manutenção do presente processo. Por fim, afirmam que as normas tidas como violadas ensejam um excesso de formalismo, devendo ser observado os princípios da proporcionalidade e razoabilidade nos atos praticados pelos denunciados

para o enquadramento da conduta e para a aplicação da pena.

Dada vista ao Ministério Público Federal, afirma haver justa causa para ação penal e existir o fato típico, pois os recursos deveriam ser aplicados exclusivamente em ações de saúde, jamais no pagamento de despesas telefônicas. Assinala que a Portaria 3.925/1998 é clara na vedação do pagamento de despesas administrativas com recursos das PAB, quer os telefones servissem ou não a órgãos da saúde e que, em decorrência dos cargos exercidos pelos denunciados, e contando com a assessoria dos servidores, possuíam pleno conhecimento da referida vedação no uso dos recursos, não podendo assim ser invocado erro de tipo.

Em relação ao excesso de formalismo, afirma que como os recursos da saúde são limitados, e que cada programa tem destinação própria, não se pode tolerar que o administrador público, sabendo da destinação legal dos recursos, aplique-os em outra finalidade. Requer, portanto, que as alegações dos denunciados sejam rejeitadas e recebida a denúncia. (Cf. peças de fls. 938-942.)

É o relatório.

### Voto \*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — A denúncia noticia o emprego indevido, pela Prefeitura Municipal de Piriipiri/PI, de recursos repassados pelo Ministério da Saúde e pertencentes ao Piso de Atenção Básica – PAB (Assistência Médica e Sanitária) – num total de R\$ 17.640,75 (dezessete mil, seiscentos e quarenta reais e setenta e cinco centavos) –, no pagamento de contas de telefone da Secretaria Municipal de Saúde, no período de março de 2003 a novembro de 2004.

A imputação é de emprego de recursos públicos em desacordo com o programa a que se destinam, nos termos do art. 1º, IV, do Decreto-Lei 201/1967. Nota-se que, de fato, foram utilizados recursos do citado Piso de Atenção Básica – PAB (Assistência Médica e Sanitária), na

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais I'talo Mendes e Tourinho Neto e os Exmos. Srs. Juizes Federais Marcus Vinícius Reis Bastos e Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocados).

quitação de contas telefônicas da Secretaria Municipal de Saúde. A peça acusatória discrimina, mês a mês, os pagamentos, tidos por irregulares, realizados pelos denunciados nos anos de 2003 e de 2004, sendo que, neste último, os pagamentos ocorreram nos meses de janeiro a junho e em novembro.

No tocante aos valores utilizados indevidamente na quitação das referidas contas de telefone no período de 2003 a junho de 2004, está extinta a punibilidade de eventual crime de emprego de recursos públicos em desacordo com o programa a que se destinam. Considerando que, entre os fatos supostamente delituosos ocorridos até junho de 2004 e a presente data (a denúncia ainda não foi recebida), transcorreu tempo superior a 8 (oito) anos, pelo que, sendo de 3 (três) anos o máximo da pena para o crime em causa, resta extinta a pretensão punitiva do Estado pela pena em abstrato, nos moldes do art. 110, §§1º e 2º, c/c o art. 109, IV, ambos do Código Penal (redação anterior à Lei 12.234/2010), razão por que é de se reconhecer a sua incidência (art. 61 – CPP). Remanesce, contudo, o valor de R\$ 342,71 (trezentos e quarenta e dois reais e setenta e um centavos), referente ao pagamento efetuado em 11/11/2004.

Embora seja tarefa do legislador selecionar e tipificar penalmente as condutas criminosas, a avaliação da tipicidade pelo juiz não se resume ao plano meramente formal, em face do modelo adotado pela lei, mas também no plano substancial, no sentido de verificar se a conduta do agente atinge, de maneira significativa, o bem jurídico tutelado. Se a resposta for negativa, deixa de existir o crime, ou pelo menos o interesse de agir, como uma das condições da ação penal.

O Direito Penal, em face do seu caráter fragmentário e subsidiário, não deve ser chamado a punir condutas de pouca ou nenhuma lesividade em relação ao bem jurídico tutelado; não deve a norma penal incriminadora, por imperativo da intervenção mínima, sancionar todas as situações em que o bem jurídico esteja em perigo, mas somente aquelas que produzem graves consequências.

A norma penal só estende os seus tentáculos até onde seja socialmente necessário para proteger o bem jurídico. A aplicação da teoria doutrinária da insignificância aconselha, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância, não devendo o

direito penal ocupar-se com bagatelas<sup>1</sup>. Sobre o tema, confirmam-se os julgados:

*Penal. Apelação criminal. Crime de furto. Art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal. Princípio da insignificância. Aplicação.*

I. A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Não há, outrossim, a tipicidade material, apenas a formal, quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a intervenção da tutela penal, em face do princípio da insignificância.

[...]

IV. Recurso de apelação improvido. (ACR 2004.38.00.018694-0/MG, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, 4ª Turma, e-DJF1 de 16/05/2012, p.75.)

*Penal. Tentativa de furto qualificado. Princípio da insignificância. Aplicação. Direito penal. Última ratio.*

I. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a aplicação do princípio da insignificância deve decorrer da análise de critérios objetivos, a saber: ofensividade mínima da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente e inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado.

II. Sendo possível o reconhecimento da insignificância penal em delitos consumados contra o patrimônio, com mais razão o deve ser nos casos de tentativa.

III. É infundado o temor de que haverá estímulo à prática delitiva, caso seja reconhecido o princípio da insignificância, porquanto a ínfima lesão ao bem jurídico, por si só, é suficiente para tornar atípica a conduta. (ACR 2006.34.00.017952-2/DF, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, e-DJF1 de 14/10/2011, p. 281.)

O princípio da insignificância configura causa supralegal de exclusão da tipicidade, acaso presentes uma das seguintes hipóteses: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. (cf. STF – HC 84.412-0/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJU de 19/11/2004.)

O tipo penal descrito no inciso IV, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/1967 versa sobre a boa gestão do patrimônio municipal pelo prefeito e busca tutelar a eficiência administrativa, a probidade administrativa

<sup>1</sup> Cf. Francisco de Assis Toledo. *Princípios de Direito Penal*. Saraiva, 1968, p. 121.

ou a regularidade na utilização das despesas e receitas do município.

Não obstante comprovado o pagamento de conta telefônica da Prefeitura Municipal de Piripiri/PI com recursos do PAB (Nota de Empenho 9745, de 11/11/2004 – fls. 494-495 e documento assinado pelo chefe do financeiro da Prefeitura – fl. 497), salvo melhor juízo, afigura-se desproporcional a instauração de ação penal na hipótese em análise.

A configuração do injusto penal exige, além da prática de uma conduta, comissiva ou omissiva (dolosa ou culposa, conforme o caso), ofensa mínima ao bem jurídico penalmente tutelado. No caso, a ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado seria a eficiência ou a regularidade da administração municipal sob a gestão das denunciadas, o que não ocorreu.

As condutas imputadas aos denunciados não foram suficientemente capazes de lesar o bem jurídico, pois, conforme consta da denúncia, os acusados utilizaram, equivocadamente, uma pequena parte dos recursos do PAB – considerada a extinção da punibilidade de eventual crime, em face da prescrição,

dos pagamentos anteriores a junho de 2004 – na quitação de contas telefônicas da Secretaria Municipal de Saúde. A conduta, embora não tenha observado os preceitos legais, realizou-se à vista do interesse público e em prol da própria Secretaria Municipal destinatária dos recursos, no caso a irregularidade pode interessar ao âmbito administrativo.

Na linha de julgado do egrégio STJ,

[...] a conduta imputada ao paciente constituiu ato inadvertido ou de falta de orientação sobre o caso, o que pode ser inferido pelo contexto, não se justificando a interferência do direito penal, em observância ao princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*” (HC 64.478/MT, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJe de 12/05/2008).

Não há efetivamente justa causa para a ação penal, razão por que rejeito a denúncia (art. 395, III – CPP) oferecida contra Luiz Cavalcante e Menezes, Prefeito Municipal de Piripiri/PI, e Luiz Pereira de Oliveira, então Secretário Municipal de Saúde, e determino o arquivamento dos autos.

É o voto.

## Terceira Seção

Numeração única: 0002001-56.2001.4.01.0000

Embargos Infringentes 2001.01.00.001601-7/DF

Relator:	Desembargador Federal João Batista Moreira
Embargante:	Ministério Público Federal
Procuradora:	Dra. Maria Soares Camelo Cordioli
Embargado:	Hotel Phenícia Ltda.
Advogado:	Dr. Simão Guimarães de Sousa
Embargado:	Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Embargado:	Distrito Federal
Procuradora:	Dra. Sandra Cristina de Almeida Teixeira Fonseca
Publicação:	e-DJF1 de 02/10/2012, p. 9

## Ementa

*Direito Administrativo e Ambiental. Planta de Brasília. Alargamento da avenida L-2. Consequente diminuição do afastamento para construção em terreno particular. Posterior construção de edifício ocupando 100% (cem por cento) do terreno. Recuo de apenas 2,676 metros. Prejuízo para a estética urbana. Risco para o trânsito. Responsabilidade objetiva do Distrito Federal.*

I. Estabelece ao art. 17 do Decreto-Lei 25/1937 que “as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado”.



II. A Quinta Turma deste Tribunal já entendeu (AC 1999.34.00.039092-0/DF) que acréscimo de um pavimento nos edifícios residenciais do plano piloto, apesar de autorizada por lei do Distrito Federal, dependeria de autorização, impossível de obter, do Instituto do Patrimônio Histórico Nacional (Iphan).

III. O caso sob julgamento é diferente porque, conforme votou a então Des. Isabel Gallotti, “ficou demonstrado pelo laudo pericial – e próprio Distrito Federal assume – que a diminuição do afastamento do prédio com relação à avenida L2 ocorreu – não pela sua construção fora dos parâmetros originalmente estabelecidos ou pela autorização da construção em desconformidade com as normas estabelecidas – mas, sim, pelo alargamento da via L2 Norte, realizado pelo próprio Governo do Distrito Federal, tomando-se por parâmetro planta datada do ano de 1964”.

IV. O Ministério Público Federal argumenta que “o proprietário do imóvel deve ser responsabilizado objetivamente, pois, independente da existência ou não de intenção, da edificação em comento advieram prejuízos”.

V. “Não libera o responsável nem mesmo a prova de que a atividade foi licenciada de acordo com o respectivo processo legal, já que as autorizações e licenças são outorgadas com a inerente ressalva de direitos de terceiros, nem que exerce atividade poluidora dentro dos *padrões fixados*, pois isso não exonera o agente de verificar, por si mesmo, se sua atividade é ou não prejudicial, está ou não causando dano” (José Afonso da Silva).

VI. Ocorre que, na realidade, quem mutilou coisa tombada foi o Distrito Federal, ao realizar o alargamento da avenida sem ao menos estabelecer nova regra de afastamento (limitação administrativa) das construções.

VII. Negado provimento aos embargos infringentes.

## Acórdão

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

3ª Seção do TRF 1ª Região – 25/09/2012.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira* — No julgamento da apelação, votou o relator, Des. Federal Souza Prudente, entendendo:

[...] caracterizado, na espécie, que a edificação em referência fora concretizada sem a prévia consulta e autorização do órgão responsável pela preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural, no, caso, o Iphan, sucessor do extinto IBPC, em manifesta violação ao que dispõe o referido art. 17 do Decreto-Lei 25/1937, impõe-se, no caso, a sua demolição, ainda que parcial, na forma sugerida pelas partes envolvidas, a fim de adequá-las às aludidas normas de regência da coisa tombada, submetendo, antes, o respectivo projeto de demolição ao crivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan, observando-se, na espécie, o contexto histórico e cultural, bem assim, a condição de patrimônio cultural do povo brasileiro e da humanidade, nos termos do art. 216, IV e V, da Constituição Federal, ostentada pela Cidade de Brasília, tombada pelo Decreto 10.829, de 14/10/1987, do governador do Distrito Federal, devidamente respaldado por Resolução da Unesco, de 07/12/1987.

[...] Há de ver-se, porém, que os custos decorrentes da demolição em referência,

diferentemente do que restou decidido na sentença recorrida, devem ser suportados por aquele que construiu sem a observância das normas aplicáveis à espécie, no caso, o proprietário do imóvel, Hotel Phenícia Ltda.

[...] A responsabilidade do Distrito Federal, no caso, deve se ater à obrigação de fazer a fiscalização, quanto à observância das referidas normas e à obrigação de não expedir os respectivos alvarás de construção, enquanto não preenchidos todos os requisitos legais necessários, inclusive, no tocante à prévia autorização do Iphan. Posta a questão nestes termos, resta também configurada, na espécie, a responsabilidade do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan pela fiscalização e adequação da construção em referência, na medida em que esta se operou sem que fosse previamente submetida a sua avaliação técnico-cultural.

Concluiu negando provimento à apelação interposta pelo Hotel Phenícia Ltda. e

[...] dando parcial provimento à remessa oficial e aos recursos de apelação do Distrito Federal e do Instituto, do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan, tão somente, para afastar a condenação que lhes fora imposta na sentença recorrida, no tocante aos custos decorrentes da demolição ali determinada, sem prejuízo, contudo,

de suas atividades fiscalizatórias à estrita observância das normas de proteção do patrimônio histórico, cultural e artístico nacional, na espécie dos autos, mantendo-se, no mais, a sentença monocrática.

Divergiu a então Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, com base em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que,

[...] da análise do art. 17 do Decreto-Lei 25/1937, conclui-se que não é obrigatória a prévia manifestação do Iphan, antigo IBPC em casos como o dos autos, em que não houve destruição, demolição ou mutilação de coisa tombada, mas construção de edifício autorizada pelo Governo do Distrito Federal.

Deu provimento às apelações do Iphan, do Hotel Phenícia e do Distrito Federal para julgar improcedente o pedido, ficando prejudicada a remessa. Foi acompanhada pelo Des. Federal Daniel Paes Ribeiro.

O Ministério Público Federal, nestes embargos infringentes, argumenta que

[...] o proprietário do imóvel deve ser responsabilizado objetivamente, pois, independente da existência ou não de intenção, da edificação em comento advieram prejuízos. Conforme o voto vencido, 'os custos da demolição em referência, devem ser suportados por aquele que construiu sem a observância das normas aplicáveis à espécie, no caso, o proprietário do imóvel, Hotel Phenícia Ltda.

Hotel Phenícia, em contrarrazões, argumenta que,

[...] conforme muito bem disse a douta Des. Gallotti, o Iphan não precisava ser chamado para emitir parecer a respeito da construção. E que não se tratava de assunto de sua interveniência. Quem conhece o local, sabe que o trânsito flui perfeitamente, não se tendo dificuldade alguma. Pelo contrário, o semáforo era mesmo previsto para o local, mais cedo ou mais tarde, em virtude do aumento do número de veículos em Brasília.

O Iphan alega que não houve omissão fiscalizatória,

[...] pois que é impossível ter o conhecimento prévio das distorções que serão provocadas por autorizações e licenciamentos de construções efetivadas somente pelo Distrito Federal, sem a sua imprescindível e inafastável análise e consideração.

O Ministério Público Federal, na condição de *custus legis*, opina pelo provimento dos embargos.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: —  
Estabelece ao art. 17 do Decreto-Lei 25/1937 que

[...] as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

A então Des. Federal, hoje Min. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, com base em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entendeu que,

[...] da análise do art. 17 do Decreto-Lei 25/1937, conclui-se que não é obrigatória a prévia manifestação do Iphan, antigo IBPC, em casos como o dos autos, em que não houve destruição, demolição ou mutilação de coisa tombada, mas construção de edifício autorizada pelo Governo do Distrito Federal.

A Quinta Turma deste Tribunal já entendeu (AC 1999.34.00.039092-0/DF) que a construção de sétimo pavimento nos edifícios residenciais do plano piloto, apesar de autorizada por lei do Distrito Federal, dependeria de autorização, impossível de obter, do Instituto do Patrimônio Histórico Nacional (Iphan):

*Direito Administrativo. Patrimônio histórico nacional. Conjunto urbanístico de Brasília. Tombamento. Lei 2.325/1999, Distrito Federal. Autorização de construção na cobertura dos edifícios, para fins de lazer. Alteração sujeita a autorização especial do Iphan. Decreto-Lei 25/1937. Polícia Administrativa do Iphan. Condenação na obrigação de não se omitir. Cominação de multa pela omissão. Litisconsórcio necessário do Distrito Federal.*

I. Na sentença, foi julgado "procedente o pedido" e condenado "o Distrito Federal na obrigação de não autorizar ou tolerar novas edificações de coberturas nos edifícios residenciais e comerciais das alas sul e norte do Plano Piloto de Brasília, bem como" condenado "o IPHAN na obrigação de fazer cumprir a norma de preservação federal a fim de conferir plena eficácia ao disposto nos artigos 4º, incisos II e III, e 8º, da referida Portaria 314/92".

II. Estabelece ao art. 17 do Decreto-Lei n. 25/37 que "as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional,

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Megueriam e os Exmos. Srs. Juizes Federais Rodrigo Navarro de Oliveira e Carlos Eduardo Castro Martins (convocados).

ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado”.

III. O Conjunto Urbanístico de Brasília é tombado por decisão do Conselho Consultivo do SPHAN, tendo sido baixada, pelo Presidente do Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural – IBPC, a Portaria n. 314/92, que prevê, no art. 4º, II: “Nas duas alas, sul e norte, nas seqüências de Superquadras numeradas de 102 a 116, de 202 a 216 e de 302 a 316, as unidades de habitações conjuntas terão 06 (seis) pavimentos, sendo edificadas sobre piso térreo em pilotis, livre de quaisquer construções que não destinem a acessos e portarias; ...”

IV. Não obstante isso, a Lei n. 2.325/99, do Distrito Federal, art. 2º, dispôs que “a cobertura dos edifícios a que se refere esta Lei poderá ser utilizada para recreação e lazer, em caráter privado do condomínio ou como parte integrante da unidade imobiliária do pavimento imediatamente inferior, não podendo constituir unidade autônoma”. Merece referência especial o requisito do art. 2º, parágrafo único, II: “altura máxima para construção na cobertura, medida a partir da face inferior da laje de teto do último pavimento, de quatro metros, excluídas as caixas-d’água da edificação e as casas de máquinas”.

V. Essa lei foi editada sob a perspectiva municipal, urbanística - assunto de interesse local, art. 30, I -, enquanto que O Decreto-Lei n. 25/37 ajusta-se à competência concorrente prevista no art. 24, VII, da Constituição.

VI. A disposição do art. 17 do Decreto-Lei n. 25/37 não pode ser afastada por lei (municipal) do Distrito Federal. A permissão estabelecida na Lei n. 2.325/99 não dispensa, portanto, a “prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional”, “sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado”.

VII. A ação popular, no caso em espécie, deve-se considerar intentada, em primeira mão, em face do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, para que não se omita no cumprimento do disposto no referido art. 17 do Decreto-Lei n. 25/37, devendo atuar as pessoas que façam as alterações previstas na mencionada lei distrital sem sua prévia autorização. O Distrito Federal, pelo fato ter a execução de sua lei, em cada caso concreto, condicionada a autorização do Iphan, é litisconsorte necessário.

VIII. Não há a impossibilidade jurídica do pedido, argüida pelo Distrito Federal sob a alegação de que não existe ato administrativo, porque a ação é intentada em face de presumida omissão do IPHAN em proceder às referidas autuações. “ Não agir é também agir (não autorizar é decidir não autorizar)’. Ou pelo menos assim o será em inúmeros casos” (Celso Antônio Bandeira de Mello). A omissão é ato negativo, suscetível de ser removida, inclusive preventivamente (“ameaça”), nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição.

IX. Não há necessidade de declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 2.325/99, do Distrito Federal. Basta interpretar que a realização das obras nela previstas não dispensa autorização do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, nos termos do art. 17 do Decreto-Lei n. 25/37. Isto significa dizer que, se o IPHAN não defere tal autorização – como a própria autarquia declara em sua contestação e na apelação -, a lei do Distrito Federal é inócua.

X. Mas não basta que o IPHAN negue-se a autorizar a construção em referência. É necessário, além disso, que embargue as obras em andamento e exija a remoção das que já estejam concluídas, sem prejuízo da pena de multa legalmente prevista. Aqui está o interesse processual do IPHAN para a causa.

XI. Os terceiros interessados poderão discutir a questão no instante em que lhes forem indeferidos os pleitos de autorização ou forem alvos de outros atos de polícia administrativa do IPHAN, razão pela qual, nestes autos, não há falar, em relação a eles, de violação ao devido processo legal.

XII. Não houve manifestação, na sentença, sobre o pedido de cominação de multa aos réus. Nem os autores, nem o Ministério Público embargaram de declaração ou apelaram. Estabelece, todavia, o art. 19 da Lei n. 4.717/65 que “a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal”.

XIII. Parcial provimento à remessa oficial (tida por interposta) e às apelações para restringir o dispositivo da sentença à condenação do IPHAN “na obrigação de fazer cumprir a norma de preservação federal a fim de conferir plena eficácia ao disposto nos artigos 4º, incisos II e III, e 8º, da referida Portaria 314/92”.

XIV. Cominada ao IPHAN multa de 10% (dez por cento) ao dia sobre o valor de cada edificação irregular em relação à qual deixe de tomar, em dez dias a partir de quando conheça ou deveria conhecer o fato, as providências de sua competência.

A situação dos autos é diferente porque, conforme votou a então Des. Federal Isabel Gallotti,

[...] ficou demonstrado pelo laudo pericial – e o próprio Distrito Federal assume – que a diminuição do afastamento do prédio com relação à avenida L2 ocorreu – não pela sua construção fora dos parâmetros originalmente estabelecidos ou pela autorização da construção em desconformidade com as normas estabelecidas – mas, sim, pelo alargamento da via L2 Norte, realizado pelo próprio Governo do Distrito Federal, tomando-se por parâmetro planta datada do ano de 1964.

O Ministério Público Federal, nestes embargos infringentes, argumenta que

[...] o proprietário do imóvel deve ser responsabilizado objetivamente, pois, independente da existência ou não de intenção, da edificação em comento advieram prejuízos.

Ensina José Afonso da Silva que não exonera

[...] o poluidor ou degradador a prova de que sua atividade é normal e lícita, de acordo com as técnicas mais modernas. Lembra Helli Alves de Oliveira a doutrina da *normalidade da causa e anormalidade do resultado*, que fundamenta a reparação, no caso da responsabilidade objetiva. Não libera o responsável nem mesmo a prova de que a atividade foi licenciada de acordo com o respectivo processo legal, já que as autorizações e licenças são outorgadas com a inerente ressalva de direitos de terceiros, nem que exerce atividade poluidora dentro dos *padrões fixados*, pois isso não exonera o agente de verificar, por si mesmo, se sua atividade é ou não prejudicial, está ou não causando dano.<sup>1</sup>

Ocorre que, na realidade, quem mutilou coisa tombada (causou o dano, em prejuízo, inclusive, do Hotel Phenícia) foi o Distrito Federal, ao realizar o alargamento da avenida sem ao menos estabelecer nova regra de afastamento (limitação administrativa) das construções.

Hotel Phenícia levantou o edifício depois, mas bem poderia tê-lo feito antes do alargamento da avenida, o que deve ter acontecido com outros proprietários na região. Neste caso, seria absurdo cogitar da obrigação de demolir a obra. O Distrito Federal, se quisesse preservar o afastamento das construções, deveria desapropriá-las mediante prévia e justa indenização. Em relação aos proprietários – como o Hotel Phenícia – que ainda não haviam construído em seus terrenos, exigir-se-ia, no mínimo, o estabelecimento formal de nova limitação administrativa. A causa do dano foi, portanto, a omissão do Distrito Federal.

Por isso, nego provimento aos embargos infringentes.

## Terceira Seção

Numeração única: 0001497-15.1999.4.01.3300

Embargos Infringentes 1999.33.00.001496-1/BA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida  
Embargante: Ministério Público Federal  
Procurador: Dr. Luiz Augusto Santos Lima  
Embargada: Fundação Nacional do Índio – Funai  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Procurador: Dr. Luiz Fernando Villares e Silva  
Publicação: e-DJF1 de 04/12/2012, p. 7

## Ementa

*Embargos infringentes. Ação civil pública. Responsabilidade civil. Indenização por dano moral. Terra indígena Kiriri. Ocupação por não índios. Termo de ajustamento de conduta. Omissão e letargia no cumprimento das obrigações assumidas pela Funai. Ocorrência de conflitos na comunidade indígena e entre os índios e os posseiros. Embargos infringentes providos.*

I. Em exame embargos infringentes opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão que, por maioria, deu provimento à apelação da Fundação Nacional do Índio – Funai e julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais à comunidade indígena Kiriri e de melhor aparelhamento da administração regional da Funai em Paulo Afonso/BA.

II. Desde 1941 a União reconhece a existência dos índios Kiriri e a extensão de suas terras sob proteção constitucional. A respectiva demarcação ocorreu em 1981 e, diante de inúmeros conflitos entre os índios e os posseiros que ocupavam as terras e aguardavam indenização foi celebrado, em 1988, “Tratado de Paz com Termo de Ajustamento de Conduta perante a Comunidade Indígena Kiriri no Município de Ribeira do Pombal – BA”, por meio o qual a Funai assumiu diversos compromissos com os índios.

III. A Funai, no entanto, deixou de promover o assentamento de 676 famílias de ex-ocupantes (cerca de 2.500 pessoas) que se encontravam alojadas em condições subumanas em barracas de lona, prédios públicos e garagens na cidade de Banzaê e em Municípios vizinhos, além de interromper o pagamento das indenizações devidas, criando sérios impasses entre os índios, que, insatisfeitos, se dividiram em duas facções e passaram a manter confrontos, dos quais resultaram óbitos, já que discordaram entre si sobre a forma de utilização e ocupação da área indígena e da possibilidade do retorno dos regionais desalojados.

IV. Segundo o laudo pericial, [...] a Funai somente entrou em cena quando as relações de hostilidade entre os Kiriri e os posseiros evoluíram para atos de agressões diretas, nestes casos com clara desvantagem para os índios. Foi sempre nos momentos de maior tensão que a Funai, seja através da administração local, regional ou mesmo central, acabou sendo forçada a uma intervenção direta no conflito. [...] Na perspectiva Kiriri, as ações empreendidas pelo órgão tutor foram sempre marcadas por formalismo excessivo, mas de resultado pífio. Logo, este tipo de vácuo administrativo os teria forçado a um confronto direto com os invasores, produzindo um estresse coletivo que contribuiu sobremaneira para o acirramento da tensão na área, como já tivemos a oportunidade de assinalar em questão anterior. Esta mesma inoperância é percebida como contributiva para o atual estado do conflito interno ao grupo.”

V. A depauperação da condição social da comunidade Kiriri restou sobejamente demonstrada nos autos, como decorrência da letargia da Funai em cumprir suas obrigações decorrentes do *acordo de paz* firmado com a comunidade indígena em 1988.

VI. Nexo causal decorrente da conduta omissiva do Estado demonstrado porquanto tinha a Funai o dever de vigilância e cuidado a referida comunidade, mormente diante das obrigações que assumiu em decorrência do acordo.

VII. A omissão culposa da União (como responsável pelo fornecimento de recursos, conforme estabelecido na sentença) e da Funai – que só agia quando o conflito entre os índios e os posseiros já havia ocorrido ou era iminente – denota suas negligências no trato da comunidade durante muitos anos. Correta a condenação de ambas à reparação do dano moral.

VIII. A determinação contida na sentença no sentido de compelir a Funai aparelhar sua administração regional em Paulo Afonso/BA não se constitui em “indevida ingerência do Judiciário no âmbito de atuação da Administração”, mas decorre de compromisso assumido expressamente pela própria autarquia quando assinou o TAC.

IX. Embargos infringentes do Ministério Público Federal providos.

## Acórdão

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

3ª Seção do TRF 1ª Região – 20/11/2012.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida:* — Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão que, por maioria, deu provimento à apelação da Fundação Nacional do Índio – Funai e julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais à comunidade indígena Kiriri e de melhor aparelhamento da administração regional da Funai em Paulo Afonso/BA (fls. 872–900).

O julgado proferido pela Sexta Turma, cujo relator para acórdão foi o Des. Federal Daniel Paes Ribeiro estabeleceu, por maioria,

[...] que, embora tenha havido demora por parte da Funai no pagamento de indenizações por

benfeitorias realizadas de boa fé, na Terra Indígena Kiriri, do que decorreu a demora na desocupação da área, os alegados danos material e moral não resultaram diretamente da conduta da autarquia, mas da situação conflituosa dentro da própria comunidade, do que resultou, inclusive, na divisão em duas *facções*, cada qual comandada por um líder (*cacique*). (fls. 899).

Quanto à pretensão de determinar o melhor aparelhamento da Administração Executiva Regional da Funai em Paulo Afonso/BA, o julgado a considerou improcedente por representar “indevida ingerência do Judiciário no âmbito de atuação da Administração” (fls. 899).

Restou vencido o relator, Juiz Federal convocado Moacir Ferreira Ramos, que havia negado provimento à apelação e confirmado a sentença (fls. 871-882).

O embargante afirma que o voto vencido deve prevalecer com os seguintes argumentos: a) a condenação da Funai na obrigação de fazer decorreu do descumprimento do compromisso assumido pelo ente público perante a comunidade indígena Kiriri; b) o voto embargado “equivoca-se ao escoimar de unilateralidade a perícia [...], tendo em vista que a própria Funai reconhece que a sua omissão contribuiu para o acirramento dos conflitos [...]”.

Contrarrazões da Funai, fls. 915–917.

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida:* — Em exame embargos infringentes visando à prevalência do voto vencido proferido pelo Juiz Federal convocado Moacir Ferreira Ramos, que havia negado provimento à apelação e confirmado a sentença (fls. 871–882).

O acórdão da Sexta Turma teve por relator para acórdão o Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro e está assim redigido:

*Civil e Administrativo. Ministério Público Federal. Ação Civil Pública. Responsabilidade civil. Indenização por dano material e moral. Determinação de aparelhamento da administração executiva regional da Fundação Nacional do Índio (Funai). Terra Indígena Kiriri. Ocupação por não índios. Ordem de desocupação. Demora no cumprimento. Não demonstração de negligência da Funai. Improcedência do pedido.*

I. Do conjunto fático-probatório constante dos autos emerge a convicção de que, embora tenha havido demora por parte da Funai no pagamento de indenizações por benfeitorias realizadas de boa fé, na Terra Indígena Kiriri, do que decorreu a demora na desocupação da área, os alegados danos material e moral não resultaram diretamente da conduta da autarquia, mas da situação conflituosa dentro da própria comunidade, do que resultou, inclusive, na divisão em duas “Facções”, cada qual comandada por um líder (cacique).

II. Essa conclusão resulta evidente do depoimento de um dos caciques, quando afirma que, “a partir de 1984 a tribo Kiriri passou a ter dois representantes em decorrência de disputas internas e em virtude da inveja”, concluindo que “a Funai

não foi responsável pela dissidência interna da tribo kiriri”.

III. Não demonstrada, pois, a relação de causalidade entre a conduta do agente público e o alegado dano, não há falar em dever de indenizar pelos alegados danos materiais e morais.

IV. Quanto à pretensão de determinar o melhor aparelhamento da Administração Executiva Regional da Funai em Paulo Afonso (BA), representa indevida ingerência do Judiciário no âmbito de atuação da Administração, configurando afronta ao princípio constitucional da separação de poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal.

V. Sentença parcialmente reformada.

VI. Apelação provida. (fls. 899–900)

A presente controvérsia encerra tema da maior gravidade: os conflitos ocorridos entre indígenas da comunidade Kiriri e os posseiros que ocupavam suas terras, que culminou com a morte de quatro indígenas.

Em 1988, foi celebrado o tratado de paz no qual a Funai assumiu as seguintes obrigações:

a) aumentar o número de servidores na área e oferecer as condições de trabalho ao seu administrador regional em Paulo Afonso/BA;

b) acompanhar a reocupação das roças tradicionais;

c) pagar indenizações aos ex-ocupantes e posseiros de boa-fé.

Foi o alegado descumprimento de tais obrigações por parte do órgão público que motivou o ajuizamento da presente ação civil pública pelo Ministério Público Federal.

Para melhor entendimento da lide, transcrevo a bem lançada sentença de primeiro grau, proferida pela Juíza Federal Nilza Reis, titular da 8ª Vara da Seção Judiciária da Bahia:

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, com pedido de liminar, contra a Funai — Fundação Nacional do Índio e a União Federal, argüindo, basicamente, que, subsidiada por esta, aquela descumpriu obrigações assumidas, anteriormente, em tratado de paz firmado em 1988, com a comunidade indígena Kiriri e os posseiros que ocupavam as suas terras, causando-lhes prejuízos, razão pela qual devem ser condenadas nas obrigações de adimpli-las, de pagar indenização pelos danos morais causados às famílias de índios mortos em virtude de sua omissão — José Carvalho dos Santos, João Jesus dos Santos, João Jesus dos Reis e Antônio Jesus de Andrade —, sob forma de pensão mensal correspondente 2 (dois) salários-mínimos e, genericamente, àquela comunidade, além de promover estudo antropológico visando

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian e Souza Prudente e o Exmo Sr. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado).

dirimir conflitos instaurados entre as facções surgidas entre os silvícolas.

Em seu arrazoado inicial, afirmou que, desde 1941, áreas localizadas nos municípios de Banzaê e Quinjúque, no norte da Bahia, foram reconhecidas como terras indígenas da comunidade dos KIRIRIS pela segunda ré — União —, efetivando-se a respectiva regularização imobiliária, todavia, somente em 25/03/90, com o Decreto 98.828, de 15/03/90 e Registro CI matrícula 2969, livro 2m, f. 83 em 25/03/90, sem que, todavia, fosse pacificada a convivência dos índios na região.

Sustentou a omissão da Funai e da União Federal quanto ao cumprimento do dever de coibir os conflitos interétnicos e internos da comunidade Kiriri, assegurando, em conseqüência, a sua Integridade, ressaltando que a primeira ré descumpriu o Tratado de Paz firmado em 1988, em cujo instrumento assumiu a obrigação de aumentar o número de servidores na área e oferecer as condições de trabalho ao Administrador Regional de Paulo Afonso, bem como a de acompanhar a reocupação das roças tradicionais e pagar indenizações aos ex-ocupantes não—índios.

*Alega que, após a demarcação e regularização das terras Indígenas, a Funai deixou de promover o assentamento de 676 famílias de ex-ocupantes (cerca de 2.500 pessoas) que se encontravam alojadas em condições sub-humanas em barracas de lona, prédios públicos e garagens na cidade de Banzaê e em municípios vizinhos, além de interromper o pagamento das indenizações devidas, criando sérios impasses entre os índios, que, insatisfeitos, se dividiram em duas facções e passaram a manter sérios confrontos, dos quais resultaram vários óbitos, já que discordaram entre si sobre a forma de utilização e ocupação da área indígena e da possibilidade do retorno dos regionais desalojados, admitida por uma delas, fazendo surgir a preocupação de instauração de um conflito generalizado.*

Por fim, exibindo documentos (fls. 38–46), afirmou que a União Federal reduziu o repasse de verba orçamentária para a Funai, esvaziando a sua capacidade de desempenhar a sua competência específica e de implementar medidas efetivas para dirimir o conflito instalado dentro e fora da comunidade indígena Kiriri, pedindo que esse Juízo determinasse, em sede de liminar:

a) o cumprimento da obrigação assumida pela Funai no Tratado de Paz de fls. 102–103, que consistiu na nomeação de uma equipe para acompanhar, juntamente com os Conselheiros Indígenas e os Caciques, a reocupação das roças tradicionais, sempre de comum acordo com os Conselheiros;

b) o reinício do pagamento das indenizações devidas aos ex-ocupantes e posseiros de boa-fé;

c) a apresentação de um cronograma relativo ao pagamento de todos os ressarcimentos no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, sob pena de fixação de

uma verba alimentar para os ex-ocupantes de boa-fé que estivessem vivendo nas ruas dos municípios próximos à terra indígena, e de bloqueio das verbas orçamentárias da Funai destinadas à rubrica pagamento de indenizações em áreas indígenas demarcadas.

Intimada a se pronunciar, nos termos da Lei 8.437/92, a União exibiu a peça de fls. 52–54, por meio da qual alegou a sua ilegitimidade passiva, sustentando, ademais, o descabimento da sua intromissão no âmbito da gestão orçamentária dos recursos da Funai.

Afirmando que a tensão social foi agravada na região Kiriri, o MPF ratificou o pedido de liminar, exibindo, na oportunidade, os documentos de fls. 59–64.

Por sua vez, a Funai informou haver autorizado o deslocamento de um antropólogo para a área indígena Kiriri, com a finalidade de esclarecer os seus ocupantes acerca da continuidade do pagamento das indenizações devidas aos ex-posseiros que realizaram benfeitorias de boa-fé no seu interior, envolvendo, inclusive, parte dos municípios de Banzaê e Ribeira do Pombal, informando a adoção de uma série de providências destinadas a contornar a situação de conflito descrita na inicial (fls. 76–104).

Juntou documentos às fls. 79–104.

O Ministério Público trouxe aos autos os registros fotográficos da área em conflito, e as informações técnicas de perito em antropologia que se vê às fls. 109–115 e 121–122, após o que a ordem liminar foi concedida (fls. 124–130), motivando a interposição de agravo de instrumento pela União Federal (fls. 139/145).

Citada, a União Federal apresentou contestação (fls. 147–153), renovando a sua ilegitimidade passiva, considerando que somente a Funai poderia cumprir a tutela jurisdicional porventura concedida nos presentes autos.

No mérito, sustentou que a pretensão do MPF esbarra nos princípios da previsão orçamentária da despesa e da continuidade do serviço público, e que os seus bens são públicos e não podem ser objeto de constrição judicial, razão pela qual a execução contra a Fazenda Pública obedece a rito especial, impossibilitando, em conseqüência, a determinação de depósito de qualquer quantia, salientando que a questão envolve conveniência e oportunidade, vedando, portanto, qualquer intervenção judicial.

Por fim, acenou com o princípio da presunção de legitimidade dos seus atos, pugnano pela improcedência do pedido.

A decisão liminar agravada foi mantida nesta instância por seus próprios fundamentos (fls. 154), mas o e. TRF da ia Região noticiou a concessão do efeito suspensivo pleiteado pela União, e solicitou informações que foram prestadas por este Juízo (fls. 157–158 e 159–163).

A Funai também exibiu defesa (fls. 175–181), na qual suscita a ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público Federal para a presente demanda, considerando que, in casu, a sua atuação encaminha-se à defesa de interesses individuais e não pode prevalecer.

Refutando a matéria de mérito, afirma haver constituído uma comissão, nos termos da Portaria 428/PRES/95, de 11 de maio de 1995, que se deslocou para a região do conflito a fim de retirar da Terra indígena Kiriri os ocupantes não-índios e promover o pagamento das indenizações a que faziam jus, em consonância com o cronograma de desembolso exibido às fls. 184–185.

[...]

Foi designada e realizada audiência para ouvida das partes, como se vê no termo de fls. 284/287, sendo que, em momento subsequente, a União interpôs agravo retido da decisão que concluiu pela rejeição da sua ilegitimidade passiva (fls. 291-293), que não foi contrarrazoado pela parte contrária, embora devidamente intimada.

O MPF noticiou a existência de novo conflito entre os Kiriri, afirmando que nele foram vitimados os silvícolas José Domingos de Jesus e Josmailton da Silva, provocando o óbito do primeiro, requerendo, com sucesso, o deslocamento de policiais federais para a área indígena, visando contornar a situação, até que a União Federal adotasse as providências necessárias ao cumprimento do cronograma exibido pela Funai (fls. 301–315).

Através da peça de fls. 358–359, a Funai informou a realização do pagamento das indenizações aos ex-ocupantes das terras indígenas, vindo aos autos, em seguida, o laudo de fls. 407-428, sobre o qual as partes se manifestaram, quando a União adotou o entendimento esposado na peça apresentada pela primeira ré (fls. 445–447, 452–455 e 458).

Conclusos os autos para julgamento, este foi convertido em diligência a fim de que a parte ré tomasse conhecimento das propostas formuladas no parecer do assistente técnico do MPF.

Ciente, a União nada requereu, enquanto a Funai pugnou pela realização de audiência na qual pretendia discutir possíveis soluções para os conflitos instalados na área indígena. O seu pedido foi deferido e a audiência foi realizada em 11/07/2001, conforme termo de fls. 498–502, ordenando-se à primeira ré a formação de um grupo de trabalho para acompanhamento e monitoramento da situação, com o fornecimento mensal de relatórios a este juízo.

Logo em seguida, o MPF informou sobre a iminência de conflito armado de grandes proporções entre os integrantes da comunidade indígena Kiriri, pedindo a continuidade da audiência (fls. 527) e a Funai exibiu relatório das atividades desenvolvidas pelo grupo de trabalho antes referido (fls. 555–564).

Dando-se continuidade à audiência, que foi realizada no dia 17 de outubro de 2002, na qual foram ouvidos o representante do MPF, os Caciques dos Kiriri e uma das testemunhas arroladas pelo parquet, como se vê no termo de fls. 565–576, sendo os demais depoimentos colhidos através de cartas precatórias (fls. 606–607 682–684 e 692–695).

A Funai exibiu diagnóstico preliminar da situação sócio-econômica e ambiental da comunidade indígena Kiriri.

Encerrada a fase probatória, o MPF e a União Federal apresentaram alegações finais (fls. 702–707 e 720–726), juntando-se, posteriormente, a decisão proferida pela Terceira Turma suplementar do TRF — ia Região, que deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pela União Federal, do que resultou a permanência da ordem liminar apenas quanto à manutenção de equipe para acompanhar a reocupação das roças tradicionais nas terras indígenas Kiriri e a apresentação de um cronograma relativo ao pagamento das indenizações pela Funai (fls. 741–747).

Ciente, o MPF informou o reinício do pagamento das indenizações pela Funai, assinalando que, no particular, a sua pretensão fora satisfeita, tornando prejudicado, nesta parte, o agravo de Instrumento manejado contra a ordem liminar (fls. 756/758).

Conclusos os autos para julgamento, este mais uma vez foi convertido em diligência, para que a parte autora se manifestasse sobre o diagnóstico preliminar sócio-econômico e ambiental de fls. 621–676, voltando-me, em momento subsequente, para sentença.

É o relatório. Passo a Decidir.

Rejeitadas as preliminares argüidas às fls. 227–236 pelas requeridas, inclusive a ilegitimidade passiva da União, tem-se como descabida a sua renovação, razão pela qual mantenho a decisão agravada às fls. 291–293, e passo ao exame da questão de fundo, em cujo âmbito remanescem para acertamento os pedidos encaminhados à condenação das rés na obrigação de pagar pensão mensal correspondente a 2 (dois) salários-mínimos às famílias dos índios mortos – José Carvalho dos Santos, João Jesus dos Santos, João Jesus dos Reis e Antônio Jesus de Andrade -, e indenização pro danos morais à comunidade indígena Kiriri.

Como restou evidenciado no relatório, alguns pedidos formulados pela parte autora foram atendidos no curso da lide, a exemplo do que ocorreu com o pagamento das indenizações devidas aos antigos posseiros, comprovado através das planilhas de fls. 218–223; com o estudo antropológico pleiteado pelo Ministério Público Federal (fls. 408–428), que se alia ao diagnóstico da situação sócio-econômica de fls. 620–676, e, de modo parcial, com a constituição de uma equipe multidisciplinar em substituição àquela originalmente prevista no Tratado de Paz com termo de ajustamento de



conduta firmado perante a comunidade indígena (fls. 102–103), conforme acordado na audiência realizada no dia 11/07/2001 (fls. 498–502).

Diante disso, *ainda não foram solucionadas as questões pertinentes à efetiva implementação da equipe multidisciplinar antes referida e o pedido de condenação das rés no pagamento de indenização às famílias dos silvícolas mortos – sob forma de pensão mensal correspondente a 2 (dois) salários-mínimos – e à comunidade indígena, a título de danos morais que, segundo a parte autora, resultaram da desagregação provocada pelas rés e dos inúmeros conflitos que, a partir deste fato, passou a vivenciar.*

Quanto à primeira questão – constituição de uma equipe multidisciplinar que permanecesse por mais de 6 (seis) meses contínuos na área indígena, tem-se, nos autos, que o laudo de fls. 408–428 concluiu pela necessidade de sua implementação visando possibilitar o acompanhamento da vida da comunidade Kiriri e buscar as soluções para os seus possíveis problemas e carências, com o que as partes manifestaram concordância, nos termos do acordo firmado em audiência (fls. 500–501), mas a medida não chegou a ser implementada pela Funai, que apenas exibiu a Portaria 1.154/PRES, de 04/11/2002 (fls. 586–587), comprovando a designação dos respectivos membros.

Diante disso, considerando que a previsão de permanência daquela equipe multidisciplinar na área indígena com prazo superior a 6 (seis) meses contados de 11/07/2001 (fls. 498–502), visava atender a situação vivenciada pela comunidade indígena, na ocasião, considero prejudicada a medida, ante a inexistência de qualquer pleito subsequente do MPF neste sentido e de notícias acerca da manutenção do quadro fático que a justificou.

Quanto ao pedido de indenização de prejuízos morais supostamente sofridos pelas famílias dos índios falecidos e pela totalidade da comunidade indígena, tem-se que a sua solução demanda o enfrentamento do preceito contido no art. 37, §60, da Constituição Federal, que impõe às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado prestadoras de serviço público a responsabilidade civil “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”

À vista desse dispositivo, tem-se que, além da sua violação, a fixação da responsabilidade civil da parte ré exige a necessária configuração de um dano efetivo e a existência de um nexo de causalidade entre este e a conduta adotada pelas rés (nexo de causalidade).

Ora, buscando a indenização correspondente à pensão mensal de 2 (dois), salários mínimos para as famílias dos índios mortos e a composição de danos morais, cujo valor deve ser fixado por este Juízo, em benefício de toda a comunidade indígena, o MPF sustenta que, nos termos da Lei 6.001/73, a Funai é responsável pela proteção dos índios,

firmou Tratado de Paz, com termo de ajustamento de conduta com os Kiriris, como se vê às fls. 102–103, mas não cumpriu as suas obrigações, pois adotou uma conduta omissiva, deixando, inclusive, de exercitar o poder de polícia necessário para coibir os conflitos entre os índios e destes os posseiros.

Também alega que a infração do dever de pagar as indenizações devidas aos ex-ocupantes das terras indígenas pelas benfeitorias que nela realizaram de boa-fé, antes de sua demarcação, deu causa ao surgimento de inúmeros problemas, entre os quais avulta a desagregação da comunidade indígena, em razão de divergências travadas entre os seus membros quanto ao retorno e permanência dos ex-posseiros nas suas terras, sustentando que essa omissão, subsidiada pela União — como responsável pelo fornecimento de recursos —, provocou a sua divisão em 2 (duas) tribos, que passaram a ser comandadas por diferentes caciques — Lázaro e Manuel, que adotaram orientações radicalmente opostas, das quais surgiu o acirramento dos ânimos e freqüentes e significativos enfrentamentos, culminando na morte dos silvícolas José Carvalho dos Santos, João Jesus dos Santos, João Jesus dos Reis e Antônio Jesus de Andrade, trazendo tristezas e sofrimentos a todos.

Analisando essas alegações, e tentando fazer a sua conciliação com as provas colhidas nos autos, firmo a minha convicção no sentido de que, no curso do processo de regularização das terras Kiriri houve indubitosa desagregação da sua comunidade, importando, todavia, averiguar se, nesse procedimento, as rés violaram uma norma jurídica e se, ao fazê-lo, fizeram surgir um liame capaz de evidenciar a vinculação da sua conduta ao resultado narrado na peça inicial.

Quanto ao primeiro pressuposto - infração de norma legal - considerando que as provas existentes nos autos atestam que, malgrado a sua qualidade de tutora dos silvícolas, nos termos do art. 70, da Lei 6.001/73, a Funai foi omissa e letárgica, quando deveria atuar positivamente, mas deixou a comunidade indígena Kiriri ao desamparo durante um lapso de tempo significativo,

Ao fazê-lo, descumpriu o preceito antes referido, fato que, todavia, é insuficiente à configuração de sua obrigação de indenizar, já que a responsabilidade civil também exige um liame que vincule a conduta omissiva adotada aos danos narrados pela parte autora (nexo causal).

No que concerne à morte dos índios antes nomeados, a prova produzida nos autos caminha em sentido contrário às alegações formuladas pelo MPF. Com efeito, o depoimento prestado pelo cacique Lazaro Gonzaga de Souza (fls. 692–693) contraria, no particular, os fatos sustentados pelo MPF, pois dele contra que “(..) a partir de 1984 a tribo kiriri passou a ter dois representantes em decorrência de disputas internas e em virtude da inveja”, restando claro, ademais disso, “que a Funai não foi responsável pela dissidência interna da tribo Kiriri”. Arrolada

pela parte autora, a aludida testemunha acrescenta, ainda, que “Manóel Cristovão não era cacique à época em que o depoente o era e começaram haver ataques, ‘emboscadas’ na roça...”, para declarar, ao final, que houve “resistência dos posseiros quando da realização do levantamento fundiário, pois aqueles queriam que a Funai pagasse mais.”

Na mesma linha segue o depoimento do Cacique Manoel Cristovão Batista (fls. 694), afirmando “que a cisão do grupo começou a ocorrer em 1997, quando havia 3 pajés, tendo os índios concordaram em deixar apenas um, que seria o Adonias mas após esta deliberação, o cacique Lazaro voltou atrás e não concordou”, passando a alugar os pastos da Fazenda Picos e “impedindo que os índios que haviam participado da retomada usufruíssem das terras”, fato que, segundo as suas afirmações, “começou a gerar insatisfação em vários índios”.

Essa testemunha ressaltou ainda a existência de “um outro problema”, consistente “no uso de bebida alcoólica pelos índios, tendo chegado a um entendimento de que não seria permitido, devendo o infrator a atenção ou transferido para outras aldeias, mas tendo ocorrido o fato com um dos membros da família do Cacique Lázaro, este nada fez, ensejando a insatisfação das demais índios” (sic).

Também arrolado pelo MPF, o depoimento prestado pelo servidor da Funasa - Raimundo Nonato Torres - (fls. 682-683) — no discrepa dos anteriores, pois evidencia que “os dois grupos já se digladiavam há bastante tempo (...) em razão de ambos quererem ocupar as melhores terras deixadas pelos brancos”, ressaltando que o conflito interno existente na comunidade kiriri “...nada tem a ver com as indenizações das benfeitorias das famílias de não índios”. A testemunha acrescenta haver tomado conhecimento de que “um grupo de índios foi fim par os limites entre as terras indígenas e as não indígenas”, quando “o grupo que procedia a fim limpeza adentrou a uma área pertencente a um grupo adverso (...) gerando uma divergência”, e que desta “confusão restaram um morto e um ferido a bala”, fato ocorrido entre 1998 e 1999, “ocasião em que era chefe do Posto Indígena”, identificando o índio morto como Antonio Jesus de Andrade, nomeando na peça inicial.

Casando-se com estas afirmativas, o depoimento prestado pela testemunha João Valadares, também servidor da Funai (fls. 574-576), ratifica a ausência de liame entre a atuação das rés e as mortes dos índios, pois, referindo o conflito interétnico, assinala que “o grupo do cacique Lázaro exige um maior domínio das terras; que houve várias mortes e, por conta das mortes, parte da comunidade deixou o território; que as mortes ocorreram em razão da divergência entre eles não em decorrentes da ocupação da terra’ Informa, ainda, que “foi iniciado um processo de questão religiosa entre o pajé Adonias e o surgimento de um novo pajé e isso ocasionou a primeira morte”, ressaltando, logo depois, que “as mortes de diversos índios foi, de

início, de fundo religioso, quando o grupo era único, que havia proibição do uso de bebida alcoólica e o índio foi assassinado em decorrência da ingestão de bebida”.

Ouvido, o índio Adonias Higino de Andrade também declarou “que a cisão do grupo se deu porque o cacique Lázaro fazia barbaridades com os índios”, oportunidade em esclareceu a expressão “fazer barbaridades”, que, na sua compreensão, “significa fazer os índios de escravos, mas quando se tratava de um índio de seu grupo, procedia de forma diferente” (fl. 695).

À vista desses elementos probatórios, não há como vincular as omissões da parte ré às lamentáveis mortes dos silvícolas, conclusão reforçada pela análise do laudo de exame antropológico pleiteado e exibido em razão de pedido formulado, com sucesso, pelo Ministério Público Federal. No seu âmbito, o professor Marco Antonio Matos Martins demonstra, de modo indubitado, que os conflitos verificados entre os próprios índios Kiriri “têm motivações mais profundas (...) para além dessas alegadas no momento atual” (fls. 411), significando dizer que não têm como causa a conduta adotada pela parte ré no que concerne à morosidade no pagamento das indenizações devidas ao ex-posseiros que anteriormente ocupavam as terras indígenas.

Nos termos desse laudo, tem-se que os Kiriris implantaram um sistema de roças comunitárias no início dos anos 80: uma geral, para toda a comunidade, e outras locais, que foram distribuídas pelos núcleos existentes na área, exigindo de cada índio dois dias de trabalho semanais, que foi iniciado em caráter facultativo, mas tornou-se, progressivamente, compulsório, fazendo com que as famílias fossem obrigadas a participar, mediante a utilização de múltiplos constrangimentos e ameaças, inclusive, de expulsão da terra indígena. Segundo o laudo, essas ameaças ocorriam quando os índios se ausentavam sem justificativa, gerando “um clima de insatisfação crescente entre os membros de famílias não alinhadas às lideranças responsáveis pelos disciplinamento dessas obrigações” (fls. 411-412).

A par disso, o laudo de estudo antropológico também informa a existência de dissidências religiosas decorrentes da escolha de um pajé, com início em 1988, quando o eleito pelos “encantados” - entidades do panteão místico dos kiriris - foi o índio Adonias, identificado pelo cacique Lázaro como opositor daquele que então liderava (denominado de facção A), assinalando que “na impossibilidade de questionar a designação do sagrado, o cacique teria obstado a atuação do novo Pajé, entre outras ações, não aceitando o local indicado por ele para a realização dos rituais da tribo. A partir daí começa a efetivamente a expressar-se a divisão faccional, gradativamente assumindo contornos espaciais e político mais nítidos”. O aludido laudo conclui, então, que a tribo se dividiu em dois grupos: uma parte dos índios aliou-se à liderança do cacique Lázaro, e buscava um Pajé (facção A), e a outra parte ficou

submetida ao Pajé escolhido pelos “encantados” que, em determinado momento, passou a exercer a função de cacique (Facção B), “e assim observa -se a divulgação da ordem política kiriri” (fl. 412).

Após ouvir os representantes das duas facções indígenas (A e B), o subscritor do laudo concluiu que o posicionamento adotado pelo cacique Lázaro “implica, na prática, em um ato de exclusão”, fazendo surgir “uma espécie de guerra de posições inconciliáveis que vem produzindo um clima crescente de violência”, enquanto o cacique Manoel, da facção B, por sua vez, entende que a interpretação feita pelo cacique Lázaro da ocupação da terra “vem resultando em vários atos de violência, variando desde assassinatos, até o cerceamento, puro e simples do acesso dos seus membros à terra”, referindo, com essas palavras, segundo o laudo, às mortes dos índios João Jesus dos Reis (1996), Antônio Jesus de Andrade (1998), Ezequiel Jesus de Souza (1999) e José Domingos de Jesus (2000).

Diante desse quadro probatório, não se mostra possível estabelecer a existência de qualquer nexos causal entre a conduta adotada pelas rés - Funai e União - e a morte dos índios nomeados pelo Ministério Público Federal, tornando ausente assim, a sua responsabilidade civil pelo lamentável fato e improcedente o pedido de indenização em benefício das suas famílias.

Diversamente ocorre, porém, com o pedido de indenização em prol da comunidade indígena kiriri, eis que, embora a sua dissidência interna tenha origem em causas alheias ao procedimento da parte ré, não há dúvida de que estas atuaram de modo a causar-lhe sofrimentos que poderiam ser evitados através da adoção das providências assumidas pela Funai no tratado de paz firmado em 28/03/1998, e que se encontra às fls. 102–103, para as quais eram imprescindíveis medidas legais impostas à União.

Em lugar de cumprir as suas obrigações para com os índios, a parte ré preferiu eleger a via da demora, do retardamento e da omissão, pois somente buscou adimpli-las concretizando, de modo eficiente, a tutela prevista no art. 70, da Lei 6.001/73, após o acirramento dos conflitos, que provocou o ajuizamento da presente demanda, no curso da qual buscou-se inúmeras soluções, como comprovam os termos de audiência de fls. 284–287, 498–501 e 565–576.

*A omissão da parte ré tornou necessária, inclusive, a requisição de força policial, como uma medida indispensável para mitigar os ânimos acirrados pela insatisfação da comunidade indígena Kiriri com a inoperância da parte ré, morosa no dever de indenizar os ex-ocupantes das suas terras.*

Analisando esses fatos, firmo a minha convicção no sentido de que o descumprimento do Tratado de Paz com Termo de Ajustamento de Conduta de fls. 102–103, configura omissão da parte ré, já que, nos termos do art. 231, §6º, parte final, da CF, deveria providenciar a imediata indenização das

benfeitorias realizadas de boa-fé pelos ex-possesores nas terras Kiriri, mas deixou de fazê-lo, possibilitando o acirramento dos ânimos, decorrente da anterior divisão da tribo, que, assim, ficou desassistida.

O martírio vivenciado pela comunidade indígena Kiriri encontra-se revelado no minucioso esboço histórico do processo de ocupação de suas terras, como se vê no laudo de exame antropológico, exibido às fls. 408/428, a assinalar que:

a) no início do século XVIII, a COROA portuguesa concedeu, através de alvará, “uma ‘légua e quadra’ a todas as aldeias missionárias com mais de cem casas, aí inclusa a aldeia de Saco dos Morcegos”, área que hoje, com cerca de 12.9987 hectares, constitui o território tradicional Kiriri. Afirma ainda que malgrado a “concessão régia, nos três séculos seguintes, a área Kiriri foi sendo instrusada por possesores e pequenos fazendeiros, que, sistemática e inexoravelmente, foram confinando o grupo a pequenas glebas descontínuas”, sendo justo supor que a compulsão territorial foi intensificada no fim do século XIX, posto que em 1889, houve a extinção do órgão oficial de gestão da política indígena, provocando o surgimento de um vácuo administrativo além de retirar dos índios a única forma de representação oficial e possibilitar aos invasores um avanço maior sobre as suas terras (fl. 414);

b) a mobilização Kiriri quanto à retomada dos seus direitos territoriais foi iniciada em 1941 mediante solicitação do reconhecimento da área que lhes foi concedida pela Coroa ao interventor estadual. Este notifica o SPI — Serviço de Proteção ao Índio que envia um funcionário à área, exibindo relatório, posteriormente, no qual sugere que “o órgão faça uma inspeção mais detalhada”, que, todavia, jamais foi realizada.

c) em 1947, um outro funcionário do SPI chega à Mirandela por pressão dos Kiriri, mas nenhum avanço quanto à demarcação de terra ocorre, concluindo que “O saldo positivo é a instalação em 1949 de um posto do SPI, ou seja, a República passa a reconhecer ali, a existência de uma população etnicamente diferenciada.”

Após narrar esses fatos, o Perito anota que “os vinte anos seguintes foram marcados pela letargia dos órgãos tutelares, SPI e depois Funai, na resolução do conflito territorial. A partir dos anos setenta, a tensão entre os grupos e os possesores intrusados se exacerbou e os mecanismos de luta Kiriri assumem novos contornos. Naquele momento, coagidos pelos possesores, frustrados pela inércia dos poderes públicos na resolução do conflito e apoiados por organizações da sociedade civil, os Kiriri passam a adotar uma estratégia mais incisiva para a desobstrução da área”. Citando, cronologicamente, os fatos ocorridos e as respectivas, conseqüências, entre os quais avultam a informação de que em 1981, “o clima explosivo na área somado às pressões feitas pelos Kiriri e pelas ONGS ligadas à questão indígena força a Funai a demarcar o território de 12.299,87

hectares, seguindo os marcos tradicionais” e “a demarcação aguça ainda mais a tensão entre índios e posseiros”.

Anota ainda que, em 1982, a Funai firma convênio com o Interba visando cadastrar os posseiros e fazer o levantamento das benfeitorias não indígenas, quando seus pressupostos extrapolam as respectivas atribuições e passam a “questionar a extensão do território reivindicado pelos índios”, fazendo com que o processo de indenização sofra um revés”, aguçando a tensão na área e fazendo com que os Kiriri exijam a retirada dos posseiros mais beligerantes. Mas a FUNAI mantém-se inerte, provocando a ocupação da Fazenda Picos pelos Kiriri, após o que “são induzidos pela FUNAI e Interba” a se retirarem da Fazenda Picos, “sob promessas de uma solução rápida para o problema.” Apesar de atendida, eis que os índios desocuparam aquela área, após quatro meses deste fato (1983), a FUNAI não cumpriu as promessas anteriormente referidas e os Kiriri retomam a propriedade, passando a atacar os rebanhos bovinos dos seus posseiros.

De acordo com o laudo de exame antropológico, a partir desses fatos, a animosidade recrudescceu e culminou com o assassinato do índio Zezito, cuja autoria é atribuída aos posseiros e aos políticos locais. Na mesma época, o Banco Mundial que financia o Projeto Nordeste — Programa de Regularização Fundiária de Modernização Agrícola —, condicionou o seu apoio à resolução do conflito Kiriri, mas liberou recursos para a indenização das benfeitorias existentes na área, e nem assim as rés promoveram os meios necessários à satisfação dos seus titulares.

Em decorrência dessa omissão, à vista da Funai, que mantinha um representante solitário no posto avançado instalado na região, em 1985 os Kiriri ocuparam outra Fazenda localizada na Baixa da Cangalha e, em 1986, interditaram a estrada que liga Mirandela e Marcação, “retirando todas as posses e roças dos regionais ali localizadas”, quando aquela Autarquia, “pressionada, (...) inicia o programa de indenização”.

Malgrado este quadro, somente em 1987 ocorre o “primeiro ato expressivo de posseiros da área”, quando “37 famílias são retiradas da área indígena e assentadas no município de Quinjigue”, mas logo no ano seguinte, em 1988, ocorre a divisão política e territorial dos Kiriri, fazendo surgir duas facções: a Facção A, que fica com os núcleos de Sacão, Picos, Cacimba Seca e parte da Lagoa Grande sob o comando do cacique Lázaro, e a Facção B, que fica com os núcleos de Cantagalo, Baixa da Cangalha, e o restante da Lagoa Grande, sob o comando do cacique Manoel.

Para agravar esse cenário, em 1989 surge o município de Banzaê, decorrente do desmembrado de Ribeira de Pombal, fato visualizado como uma manobra política para impedir a regularização das terras Kiriri, quando houve tentativa de instalar a respectiva sede no núcleo central daquela área —

Mirandela —, o que somente não foi possível em decorrência da pressão dos índios e de ONGS que atuam no local, sem que fosse possível, todavia, evitar a ocupação de 85% daquele território pelo novo município.

Finalmente ocorre a homologação da Terra Kiriri, em 1990, e a facção B acusa a facção A de impedi-la de trabalhar nas roças da Lagoa Grande, cercando com arame algumas áreas do núcleo sob o seu controle, e, no ano seguinte, em 1991, a Funai indeniza apenas dez casas de posseiros situadas em Mirandela, possibilitando a sua ocupação imediata pelos índios da Facção A.

Visando provocar a agilização do processo de extrusão de posseiros mediante pressão, em 1993 os índios impedem a prefeitura de Banzaê de realizar melhoramentos em um trecho de estrada situado em seu território e ainda com esse objetivo, em 1995, a facção A resolve cercar a área, com intuito de impedir a expansão dos posseiros, chamando, assim, a atenção das autoridades para a morosidade no processo de indenização. Em seguida, os ânimos se exacerbam novamente, havendo agressões entre índios e posseiros, depredação do posto indígena e de várias residências e o assassinato de Jogo de Deus, índio da Cacimba Seca, tornando necessária a convocação de policiais federais que, visando conter os conflitos, permanecem na área por vários meses.

“Por conta do dilma tenso, a Funai indeniza todas as ocupações de regionais em Mirandela, ilberando totalmente o povoado, que é ocupado pelos membros da facção A”, mas as agressões voltam a ocorrer, motivando a realização de uma reunião conciliatória, da qual participaram as lideranças dos Kiriri, representantes da Diocese de Paulo Afonso e da Funai, oportunidade em que as facções A e B “acordam em não ocuparem as áreas extrusadas e permitirem o acesso de todos os índios à Mirandela, ao posto indígena, à Igreja, ao cemitério e ao posto de saúde, independentemente da facção a que pertença”. Mas, em seguida, os índios submetidos à liderança do cacique Manoel Cristóvão (facção B) acusam o cacique Lázaro (facção A) de não respeitá-lo, pois impedia o acesso de seu grupo às áreas desobstruídas.

No curso dos anos de 1996/1999, a facção A empreende sucessivas ações de retomada das terras que ainda eram ocupadas pelos posseiros, provocando o seu controle sobre as áreas de Gado Velhaco, Pau Brasil, Marcação, Araçá, Segredo e Casa Vermelha.

Traçando essa narrativa, o Perito designado afirma, categoricamente, “que o processo de tomada das terras Kiriri foi engendrado pelos próprios índios”, e que estes, “no momento inicial (1979) contaram com o apoio do então chefe do posto indígena, como resultado de sua posição individual, não significando um ação institucional do órgão tutor. Pelo contrário, a Funai é percebida pelos índios como omissa n processo de retomada, sendo várias vezes acusada de conivente com os posseiros,

fazendeiro, invasores e políticos locais contrários aos direitos indígenas.”

Respondendo ao quesito 6, formulado pelo MPF, quanto à possibilidade de estabelecer relações entre o processo de regularização do território Kiriri e eventual emergência ou agravamento de conflitos internos, o perito respondeu afirmativamente, evidenciando “que a ausência de uma ação positiva do órgão tutor no apoio legal ao reconhecimento dos direitos territoriais Kiriri levou o grupo ao fortalecimento de uma liderança mais aguerrida e politizada”, para ressaltar que, “se por um lado essa diretriz mostrou-se extremamente eficaz para que os Kiriris lograssem êxito em fazer valer os seus direitos territoriais, a letargia do órgão tutor acabou favorecendo na situação em que a liderança escolhida entre os próprios Kiriri foi gradativamente assumindo um caráter mais centralizador, impondo ao grupo táticas de luta e estratégias de condutas nem sempre definidas coletiva e democraticamente”.

Complementando a sua resposta, aduz que “A partir dos anos 90, as duas facções Kiriri passaram a adotar posturas diferentes no encaminhamento dos conflitos com os posseiros intrusores”, pois enquanto a facção A adotou estratégia de avanço contínuo sobre as terras intrusadas, forçando o recuo dos posseiros e uma ação do órgão tutor, a facção B esperou o que nunca ocorreu, ou seja, “que a FUNAI concluísse o processo de indenização de desobstrução da área”.

Depois, ao responder ao quesito 7, também do MPF, o Perito afirma que “o órgão tutor vem, historicamente, adotando uma postura leniente, quando não letárgica, na resolução do conflito”, haja vista que “a Funai somente entrou em cena quando as relações de hostilidade entre os Kiriri e os posseiros evoluíram para atos de agressões diretas, neste caso, com clara desvantagem para os índios”. Assinala, ainda, que “na perspectiva Kiriri, as ações empreendidas pelo órgão tutor foram sempre marcadas por formalismo excessivo mas de resultado píffio. Logo, este tipo de vácuo administrativo os teria forçado a um confronto direto com os invasores, produzindo um estresse coletivo que contribuiu sobremaneira para o acirramento da tensão na área [...]”, e que “esta mesma inoperância é percebida como contributiva para o atual estado do conflito interno ao grupo.”

Após relacionar os agentes sociais que têm atuado entre os Kiriri - instituições governamentais, ONG's, organizações religiosas, etc., - o perito conclui:

1) que a sociedade indígena Kiriri encontra-se irremediavelmente dividida em dois grupos antagonônicos, “reproduzindo a mesma orientação política, ou seja, cada grupo com seus respectivos caciques, pajé e conselheiros”, situação consumada há treze anos e consolidado no ethos, Kiriri, havendo toda uma geração daqueles menores de 13 anos que nunca conheceu outra forma de organização social;

2) que a cisão do grupo ocorreu durante o processo de retomada da terra, fortemente influenciada pelas circunstâncias geradas pelo próprio fato, pelo crescente centralismo político do grupo do cacique Lázaro e pela crise com a divisão das terras extrusadas, pelas agressões físicas e pelas acusações de locação de áreas indígenas (pastos) e imposição de estratégias de luta.

3) que a Funai assumiu uma atitude passiva durante o processo de retomada, razão pela qual a ação de extrusão dos posseiros foi realizada pelos próprios índios. “A ingerência do órgão tutor no conflito ocorreu sempre em função de circunstâncias pontuais, não tendo sido fruto de nenhum tipo de política de ação mais consistente, logo a reação do órgão foi sempre resultante de atos de extrema beligerância na área ou da pressão da opinião pública”.

4) depois da desocupação total da área Kiriri pelos posseiros, o órgão tutor omitiu-se em estabelecer uma estratégia para a divisão do território, permitindo, assim, a internalização do conflito, o que derivaria em acusação de agressões entre as facções e os constantes avanços da Facção A sobre a área pertencente ao grupo opositor (Facção B), ressaltando que a Funai também foi negligente quando deixou de investigar as acusações de locação de áreas Kiriri com os fazendeiros locais, fato apontado como elemento contributivo da escalada de tensão na aldeia.

Sugere, finalmente, a adoção de medidas que foram objeto de discussão em audiência e resultaram no acordo consubstanciado às fls. 565–570.

À vista desses tortuosos caminhos percorridos pela comunidade indígena Kiriri, entendo que o seu sofrimento, as suas angústias e as suas iras existiram e foram provocadas pela atuação omissa e morosa da primeira ré, subsidiada pela segunda, conforme reconhece, embora de forma parcial, o chefe substituto do DIED daquela Autarquia, no parecer 006, de 15/01/2002 (fl. 441), quando manifesta concordância “com as observações do perito no que concerne à letargia do órgão assistencial como um dos fatores favorecimento do conflito interno.”

Assim agindo, a Funai, subsidiada pela União, contraria o dever de assistência legal que deve prestar à comunidade Indígena, causando o seu desamparo e, em conseqüência, dano moral que, na lição de José de Aguiar Dias (in Da Responsabilidade Civil, vol. 1, 8 edição, 1987, Forense, pp. 864/865), manifesta-se no desgosto, na aflição, na humilhação, na perda de serenidade, da paz interior, que são sentimentos que lesionam a estrutura emocional da vítima, tornando devida uma indenização que “tem por fim ministrar uma sanção para a violação de um direito que não tem denominador econômico” (p. 867). Referindo palavras do então Ministro Pedro Lessa, o aludido doutrinador também assinala que “quando se condena o responsável a reparar o dano moral, usa-se de um processo imperfeito, mas o único realizável, para que o ofendido não fique sem Uma satisfação.”

Trilhando a mesma via, Antonio Jeová Santos (in *Dano Moral Indenizável* — 4 edição, revista e ampliada e atualizada de acordo com o novo Código Civil. Edit. Rev. dos Tribunais, 2003, p. 78), sustenta que o dano traduz uma lesão que “afeta os sentimentos, vulnera afeições legítimas e rompe o equilíbrio espiritual, produzindo angústia, humilhação e dor”, como ocorre na hipótese versada nos presentes autos em relação à comunidade indígena Kiriri, tornando evidente a responsabilidade civil das rés e a sua obrigação de indenizar.

Isto posto, julgo parcialmente procedente o pedido, condenando as rés na obrigação de indenizar os danos morais causados à comunidade indígena Kiriri, conforme for apurado em liquidação de sentença proposta diretamente por esta.

Condeno a parte ré na obrigação de reembolsar os valores dispendidos pelo MPF para a realização de prova pericial (fls. 378), evidenciando, porém, que como este atuou em razão de função institucionalizada, não há condenação em verba de honorários advocatícios decorrentes da sucumbência.

Comunique-se ao ilustre relator do agravo de instrumento interposto.

Salvador, 16 de junho de 2005.

Nilza Reis

Juíza Federal Titular da 8ª Vara” (fls. 765–783, grifos acrescidos)

Posteriormente, provocado por meio de embargos de declaração, o juízo *a quo* integrou a sentença anterior com outra nos seguintes termos:

[...] Analisando a inicial, verifico que assiste razão ao embargante, porque também pleiteou a condenação da Funai na obrigação de melhor aparelhar a sua Administração Executiva Regional em Paulo Afonso ‘conforme o que for apurado em liquidação’ e a sentença considerou que este pedido, como os demais pertinentes ao cumprimento do tratado de paz celebrado, já havia sido atendido no curso da demanda.

Ora, é sabido que, nos termos da Lei 6.001/73, a Funai deve promover a proteção dos índios, agindo de modo assistencial e preventivo, mas a sentença embargada reconheceu que a sua conduta omissiva e letárgica foi um dos fatores fomentadores do conflito interno naquela comunidade, pois a sua atuação mais incisiva somente ocorreu após o acirramento dos embates locais, que culminou com a morte de alguns dos seus integrantes e o ajuizamento da presente demanda, não estando ainda pacificada a situação naquela região, pois as suas necessidades ainda não são satisfatoriamente atendidas.

Certo é que, nos termos do Tratado de Paz (fl. 102), a Funai deveria ‘oferecer condições de trabalho ao Sr. Administrador Regional de Paulo Afonso, para que possa atender de modo

satisfatório e com presteza a comunidade Kiriri’, não se podendo ignorar, desse modo, a necessidade de melhor estruturação e organização para que aquela Administração possa cumprir a sua missão institucional.

Com esses fundamentos, Julgo Procedentes os presentes embargos para, suprindo a omissão apontada, condenar as rés, ainda, na obrigação de promover o melhor aparelhamento da Administração Executiva Regional em Paulo Afonso, de acordo com as necessidades que restarem apuradas na liquidação. (fls. 800–1).

Conforme relatado, o Juiz Federal Moacir Pereira Ramos (relator convocado), fundamentou-se nos termos da sentença proferida para mantê-la, negando provimento à apelação, no que restou vencido.

O Des. Federal Daniel Paes Ribeiro divergiu do relator, proferindo voto que afastou a condenação em dano moral argumentando, em síntese:

[...] concordo integralmente com a conclusão da ilustre magistrada sentenciante. Efetivamente, como resulta da prova dos autos, não se verifica o nexó causal entre as condutas omissivas atribuídas às rés e as mortes noticiadas nos autos.

No que se refere ao dano moral em favor da comunidade indígena, que a sentença entendeu configurado, penso diferentemente.

Tenho entendimento, já exposto em outras oportunidades, que o dano moral comporta demonstração da sua ocorrência, não resultando automaticamente de determinado fato, ainda que apto, em tese, a causar dano.

[...]

A sentença se fundamenta nas conclusões desse laudo, segundo as quais “a sociedade indígena kiriri encontra-se, hoje, irremediavelmente dividida em dois grupos antagônicos”, divisão que teria ocorrido “durante o processo de retomada da terra”, no qual “a Funai assumiu uma atitude passiva” [...] “permitindo que a ação de extrusão do território kiriri fosse engendrada pelos próprios índios” (fl. 426).

Esse laudo, todavia, ao que se percebe, além de responder apenas os quesitos formulados pelo Ministério Público Federal, não se baseou em qualquer elemento fornecido pela Funai, como se depreende das palavras do próprio perito, em resposta ao quesito 7...

[...]

Como se viu, o laudo foi elaborado com base, unicamente, nas informações colhidas junto à comunidade indígena, e sob a “perspectiva Kiriri”, não explicitando o perito por que não obteve informações do órgão de proteção aos índios, material que, segundo ele próprio, seria “fundamental para uma resposta mais detalhada”.

De tudo o que foi visto, não concluo, como o fez a ilustre juíza sentenciante, que o “sofrimento” e as “angústias” da comunidade indígena tenham sido “provocadas pela atuação omissa e morosa da primeira ré” (Funai), além do que, segundo entendo, ainda que decorressem de atuação da ré, não seriam aptos a configurar o dever de indenizar por dano moral.

Com efeito, a sentença não identifica, concretamente, qual foi o dano moral sofrido, referindo-se, genericamente, a “sofrimento” e “angústias”, assim como não fixou o quantum da indenização a título de dano moral, postergando para a fase de liquidação de sentença a sua apuração.

Observo, por último, quanto à condenação das rés “na obrigação de promover o melhor aparelhamento da Administração Executiva Regional em Paulo Afonso, de acordo com as necessidades que restarem apuradas na liquidação” (fl. 801), tal determinação, ao que entendo, representa indevida ingerência do Judiciário no âmbito de atuação da Administração, configurando, por isso, afronta ao princípio constitucional da separação de poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, como alegado pela apelante.

Ante o exposto, divergindo do ilustre Relator, dou provimento à apelação, para julgar totalmente improcedente o pedido.

Em que pesem os argumentos expendidos no voto divergente, o posicionamento do relator merece prevalecer.

Da condenação da Funai e da União por dano moral coletivo

Com a mais respeitosa vênua, entendo que o douto voto vencedor julgou contra a prova dos autos.

O Ministério Público Federal logrou, em seu recurso, desconstituir os fundamentos da divergência ao demonstrar que a alegação de que as conclusões da perícia antropológica seriam questionáveis por não haverem colhido informações junto à Funai não merece subsistir.

De fato, o perito afirmou, na verdade que, embora não tenha sido viável o cotejo do acervo documental produzido pela Funai, foi possível chegar à conclusão peremptória – a partir da análise objetiva da progressão histórica da atuação do órgão tutor junto à comunidade Kiriri – “de que o comportamento omissivo da entidade estatal sempre teve por principal efeito prejudicar os indígenas” (fl. 909).

Confira-se a transcrição do laudo:

[...] Como pode ser inferido pelas respostas anteriores, a Funai somente entrou em cena quando as relações de hostilidade entre os Kiriri e os posseiros evoluíram para atos de agressões diretas, nestes casos

com clara desvantagem para os índios. Foi sempre nos momentos de maior tensão que a Funai, seja através da administração local, regional ou mesmo central, acabou sendo forçada a uma intervenção direta no conflito. Exemplificando este fato, os próprios Kiriri apontam que as forças policiais só foram acionadas pelo órgão tutor quando eles invadiram, na década de oitenta, as fazendas intrusadas no território, mas, por outro lado não teria mostrado a mesma determinação em fazer valer os seus direitos à terra, ou mesmo no cumprimento dos inúmeros acordos de desobstrução do território.

*Na perspectiva Kiriri, as ações empreendidas pelo órgão tutor foram sempre marcadas por formalismo excessivo, mas de resultado píffio. Logo, este tipo de vácuo administrativo os teria forçado a um confronto direto com os invasores, produzindo um estresse coletivo que contribuiu sobremaneira para o acirramento da tensão na área, como já tivemos a oportunidade de assinalar em questão anterior. Esta mesma inoperância é percebida como contributiva para o atual estado do conflito interno ao grupo.* (grifos no original)

Importante ressaltar que a própria Funai, ao se pronunciar sobre o laudo, admitiu expressamente sua letargia:

[...] Em linhas gerais, concordamos com as observações do perito no tange à letargia do órgão assistencial como um dos fatores fomentadores dos conflitos internos, mas somente até certo ponto.

De fato, infelizmente, não se pode negar que, ao tempo do SPI, quando não se tributava a devida importância à regularização das terras indígenas, e também durante as primeiras décadas da Funai, primeiramente por conta do regime político de exceção e, na seqüência, pela progressiva diminuição de seus quadros e recursos financeiros específicos, em contraposição à crescente demanda nacional, não logrou a Funai, senão a longo prazo, extrusar inteiramente a terra indígena Kiriri em favor de seus legítimos ocupantes, somente completando tal fase há pouco tempo, como notório. Não faltaram, porém, tentativas em solucionar ou ao menos minimizar tais conflitos por parte da Funai, como podem comprovar várias portarias e instruções executivas – e trabalhos correspondentes – constantes nos arquivos da DAF, inteiramente disponíveis, caso exigido.

(Parecer 6/DEID/Funai/Ministério da Justiça, datado de 15/01/2002, fls. 446–7.)

Há, nos autos, farta documentação comprobatória dos conflitos, principalmente às fls. 106–114 – Informação Técnica da Procuradoria da República na Bahia, com fotos; às fls. 306–311 – notícias dos jornais locais com reportagens alusivas aos vários conflitos: “Assassinato de índio provoca tensão”, “Polícia prende suspeitos de matar índio Kiriri”, “Kiriris denunciam clima de terror”.

Assim, como bem mencionado no recurso, *a depauperação da condição social da comunidade Kiriri restou sobejamente demonstrada nos autos, como decorrência da letargia da Funai em cumprir suas obrigações decorrentes do acordo de paz firmado com a comunidade indígena em 1988.*

Uma vez que se trata de ato omissivo do Estado, fala-se em responsabilidade civil subjetiva, devendo o prejudicado demonstrar, quanto ao agente responsável pela omissão, a existência de dolo ou culpa, em uma de suas três vertentes, quais sejam, negligência, imperícia ou imprudência.

O nexa causal, em casos de conduta omissiva do Estado, resta demonstrado porquanto tinha a Funai o dever de vigilância e cuidado a comunidade indígena, mormente diante das obrigações que assumiu em decorrência do tratado de paz:

Tratado de paz com termo de ajustamento de conduta perante a Comunidade Indígena Kiriri no Município de Ribeira do Pombal – BA

[...]

A Funai se compromete a cumprir o seguinte:

1) aumentar o número de servidores na área Indígena Kiriri trazendo servidores experientes e dedicados para trabalharem junto aos mesmos;

2) oferecer condições de trabalho ao Sr. Administrador Regional de Paulo Afonso, para que possa atender de modo satisfatório e com presteza a comunidade Kiriri;

3) solicitar a permanência da Polícia Militar na área para manter a segurança, tranquilidade e paz na região;

4) verificar junto às autoridades competentes a possibilidade da instalação de um posto avançado do DPF na área Kiriri;

5) a Funai nomeará uma equipe para, juntamente com os conselheiros indígenas e os caciques, acompanharem reocupação das roças tradicionais dos que considerem-se prejudicados, sempre de comum acordo com os conselheiros.

(fls. 102–3 do Volume I)

Nesse contexto, a omissão culposa da União (como responsável pelo fornecimento de recursos, conforme estabelecido na sentença) e da Funai – que só agia quando o conflito entre os índios e os posseiros já havia ocorrido ou era iminente – denota suas negligências no trato da comunidade durante muitos anos. Correta a condenação de ambas à reparação do dano moral.

Como se sabe,

[...] Consiste o dano moral coletivo na injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, na violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*). (Alberto Bittar Filho).

A análise jurídica transindividual da tutela dos interesses difusos e coletivos, inclusive quanto ao dano moral, não tem como parâmetro o sofrimento psíquico, o abato psicológico, abatimento de sentimentos, depressão e outros fenômenos do sujeito biológico. Não se procede a esses tipos de questionamentos porque a coletividade, os grupos sociais, a sociedade não são entes biológicos dotados de psiquismo. São antes realidades da antropologia, da sociologia e, antes de tudo, realidades históricas e sociais.

As coletividades ou grupos socialmente organizados desenvolvem e adotam, para subsistirem no tempo e no espaço, certas regras de conduta e valores para proteção de interesses sem os quais a sobrevivência seria comprometida.

A aferição da existência de dano moral coletivo não pode ficar subordinado ao enfoque do sofrimento anímico do ser biológico, pois o sentido de coletividade tem uma realidade diversa.

Embora a coletividade não tenha personalidade jurídica, ser um número indeterminado de indivíduos tem interesses legítimos, valores e patrimônio ideal que devem ser protegidos.

Correto, portanto, o voto vencido.

Condenação das rés em na obrigação de *Promover o melhor aparelhamento da administração executiva regional*

Quanto à obrigação assumida pela Funai em aparelhar sua administração regional em Paulo Afonso/BA, o voto divergente considerou que tal determinação *representa indevida ingerência do Judiciário no âmbito de atuação da Administração [...]*

Por oportuno, transcrevo novamente trecho da sentença proferida em sede de embargos de declaração:

[...] Certo é que, nos termos do Tratado de Paz (fl. 102), a Funai deveria ‘oferecer condições de trabalho ao Sr. Administrador Regional de Paulo Afonso, para que possa atender de modo



satisfatório e com presteza a comunidade Kiriri', não se podendo ignorar, desse modo, a necessidade de melhor estruturação e organização para que aquela Administração possa cumprir a sua missão institucional.

Com esses fundamentos, Julgo Procedentes os presentes embargos para, suprindo a omissão apontada, condenar as rés, ainda, na obrigação de promover o melhor aparelhamento da Administração Executiva Regional em Paulo Afonso, de acordo com as necessidades que restarem apuradas na liquidação. (fls. 800-1).

Resta claro que a condenação decorreu do descumprimento da Funai do compromisso por ela assumido expressamente no "Tratado de paz com termo de ajustamento de conduta perante a comunidade indígena Kiriri no Município de Ribeira do Pombal – BA".

Como bem apontado pelo embargante,

[...] a Funai restou inadimplente de obrigação específica assumida perante os sujeitos em relação aos quais tem o dever de promover a proteção e a tutela, nos termos da Lei 5.371/67 e da Lei 6.001/73, sendo tal inadimplência plenamente acionável e exigível em sede judiciária, sem consistir em interferência na esfera de atuação da Administração. (fl. 907).

Também nesse ponto deve prevalecer o voto vencido.

Pelo exposto, *dou provimento* aos embargos infringentes do Ministério Público Federal para manter a sentença apelada em sua integralidade.

É como voto.

## Quarta Seção

### Ação Rescisória 0019552-63.2012.4.01.0000/MG

Relator : Desembargador Federal Tolentino Amaral  
 Autor: Hospital Mater Dei S/A  
 Advogados: Dr. Leonardo Varella Giannetti  
 Dra. Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira  
 Dr. Robson Mateus de Castro Pinheiro  
 Dra. Izabela Duarte de Vargas  
 Ré: Fazenda Nacional  
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
 Publicação: e-DJF1 de 04/10/2012, p. 164

## Ementa

*Tributário. Processual Civil. Ação rescisória. IPI. Aquisição de equipamentos médico-hospitalares importados/estrangeiros por consumidor final, para integração ao seu ativo permanente para consecução dos objetivos sociais. Impossibilidade fático-jurídica da aplicação da não cumulatividade: tributo afastado. STF. Compensação: decadência quinquenal (IC 118/2005), Selic, sob o crivo do fisco, atendido o art. 170-A do CTN. Pedido rescisório procedente.*

Afasta-se a Súmula 343 do STF, que objetiva coibir excessos, não inviabilizar a função essencial da ação rescisória, se a questão atina com a interpretação de preceitos e princípio da CF/1988 (notadamente o da não cumulatividade do IPI), denotando o viés constitucional da querela.

O Pleno do STF (RE 566.621/RS), sob o signo do art. 543-B do CPC, que concede ao precedente extraordinária eficácia vinculativa que impõe sua adoção em casos análogos, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, considerando aplicável a prescrição quinquenal às ações repetitórias ajuizadas a partir de 9 jun. 2005, como é o caso em epígrafe: ajuizada a demanda ordinária em 22 jul. 2009, aplica-se a decadência quinquenal, decadentes os recolhimentos anteriores a 22 jun. 2002.

O inciso II do § 3º do inciso IV do art. 153 da CF/1988 afirma que o IPI "será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores".

Ilegítimo impor tributação (IPI) ao destinatário/consumidor final do bem, na importação de equipamentos médico-hospitalares estrangeiros a serem utilizados por ele/importador na prestação dos serviços próprios ao seu objeto social, pois, em tal contexto fático-jurídico, é impossível a aplicação prática da não cumulatividade prevista no inciso II do § 3º do art. 153, da CF/1988, dado que, na hipótese, o bem é internado para uso próprio, sem repercussão em ulterior cadeia produtiva geradora do IPI, obstando-se, assim, quaisquer eventuais compensação/aproveitamento subseqüentes, óbice que – desnaturando princípio constitucional próprio ao IPI – milita contra a imposição tributária.

Examinando o tema da não cumulatividade do ICMS, o Pleno do STF – antes da EC 33/2001 – entendeu que ele não incidiria na importação de bem por pessoa física não comerciante, porque não poderia, adiante, aproveitar o tributo recolhido (RE 203.075/DF). Tal posição, confirmada em julgados seguintes, findou estendida em relação ao IPI (AgRg-RE 615.595/DF), afastando-o em face do não contribuinte, em face da impossibilidade fático-jurídica do posterior aproveitamento da exação, consoante muito bem expressa o voto-vista do Min. Joaquim Barbosa, tecendo razões e porquês da extensão do entendimento atinente ao ICMS também ao IPI: “*Tal como se dá com o ICMS, a validade da instituição do IPI pressupõe que a respectiva tributação seja amparada por mecanismos voltados à vedação à cumulatividade, como determina o art. 153, §3º, II, da Constituição*”.

Recentemente, a questão (relativa ao ICMS, não ao IPI) – envolvendo também equipamento médico – findou submetida ao Pleno em sede de repercussão geral, para exame dos impactos da EC 33/2001 sobre o ponto (apreciação pendente): RG-RE 594.996/RS.

Como, lendo-se detidamente a EC 33/2001, a alteração havida na alínea *a* do inciso IX do § 2º do art. 155, da CF/1988, apenas expressa – como novidade maior – que a tributação do ICMS atinge, também, de tal adiante, o contribuinte *não habitual*, pessoa física ou jurídica, e irrelevante o fim/uso do bem importado, tem-se que ela, a emenda, não labora contra o usual conceito jurídico-tributário constitucional do termo *não cumulatividade* nem contra a orientação do STF no sentido de que o IPI só se legítima se atendida tal possibilidade de ulterior aproveitamento, que, na hipótese dos autos, não há, descumprindo-se tal requisito constitucional para imposição tributária, cuja presença se revela tão primordial como a definição do perfil tributário em si, constantes das normas próprias citadas pela ré (fato gerador, contribuinte, base de cálculo e alíquota).

Não prosperam os argumentos de que a não tributação na espécie violaria a “livre concorrência ou igualdade empresarial” (art. 170, IV, c/c art. 173, § 4º, da CF/1988) ou, quiçá, denotaria “risco à indústria nacional”, pois qualquer empresa consumidora final de produtos importados, impedida de aproveitamento ulterior do tributo não-cumulativo, gozaria do mesmo tratamento tributário e, por fim, a proteção às indústrias brasileiras em detrimento de empresas estrangeiras se pode (ou se deverá) realizar pela via do alargamento do custo do Imposto de Importação (II), não mediante artificial imposição de IPI a quem dele não se pode creditar, tornando inócuo o princípio da não cumulatividade.

Ao indébito, todo recolhido sob a égide da Lei 9.250/1995, aplica-se só a Selic. A compensação ocorrerá após o trânsito em julgado, sob o crivo do Fisco, atendida as normas de regência.

Pedido rescisório procedente.

Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 26 de setembro de 2012, para publicação do acórdão.

## Acórdão

Decide a Seção julgar procedente o pedido rescisório por unanimidade.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 26/07/2012.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Tolentino Amaral* — Hospital Mater Dei S/A (9 abr. 2012), alegando violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC), pede a rescisão da sentença (fl. 229: mar. 2010)

de improcedência (AO 2009.38.00.016507-1/MG) do pedido de afastamento do IPI nas importações de equipamentos médico-hospitalares de fabricação estrangeira que adquiriu (entre jun. 1999 e 2008) para consecução dos seus objetivos societários, via

integração ao seu ativo permanente. Pugnou, também, pela extensão da não incidência, ainda, para operações futuras, e compensação ou restituição do indébito, agregada a Selic.

Pede afastamento da Súmula 343/STF por se tratar de matéria constitucional. No mérito, alega violado o princípio da não cumulatividade (art. 153, §3º, II, da CF/1988), pois o STF (AgRg-RE's 615.595/RS e 550.170/RS) afasta o tributo quando não se trate de contribuinte *habitual* dele, entendimento que o autor entende aplicável também a pessoas jurídicas, como no seu caso: *"importações [...] para uso próprio [...] por prestador de serviço"*. Argumenta-se "consumidor final" e que seus serviços não são geradores do IPI, o que veda qualquer possível compensação ou aproveitamento do tributo nas operações futuras. Pede a rescisão da sentença e procedência dos pedidos formulados na ação originária.

VC=R\$51.336,28 (fl. 336-7). Custas recolhidas, depósito prévio efetivado. Julgado rescindendo transitado em julgado em 6 maio 2010 (fl. 210).

Em contestação, a FN sustenta, em preliminar, a decadência quinquenal (LC 118/2005), dado que a AO foi ajuizada em 2009; no mérito, que:

[...] o autor, ainda que consumidor direto/final de produto estrangeiro, é devedor da exação porque "importador" e, ainda, havido o fato gerador ("desembaraço aduaneiro"), consoante as normas que enumera (art. 153, IV e §3º, II, da CF/88; art. 46, I, e art. 51, I, do CTN; Decreto nº 2.637/98; e Lei nº 4.502/64), sendo indiferente que o importador seja pessoa física ou jurídica, comerciante/empresário ou prestador de serviços;

o art. 31 do Decreto nº 7.212/2010 (RIPI) afirma irrelevante a habitualidade ou não e o art. 39 diz dispensável o exame da finalidade da importação;

sequer aplicável o princípio da não cumulatividade em se tratando de consumidor final (que não participa da produção do industrial do bem em nenhuma etapa da cadeia produtiva, não havendo falar, pois, em suposta possibilidade prática de "aproveitamento"). A autora, via repercussão tributária, repassa os custos aos pacientes;

a tributação, no caso, protege a livre concorrência e, ainda, a isonomia (art. 170, IV e art. 173, §4º, da CF/88), evitando-se a aquisição de produtos estrangeiros em detrimento dos nacionais, e que grandes compradores adquiram mercadorias melhores em condições mais vantajosas que os pequenos empresários do setor; e

o STJ é contrário à pretensão e não há, ainda, posição do Pleno do STF quanto ao tratamento do IPI ante a superveniente EC nº 33/2001 (que alterou o art. 155, §2º, IX, "a", da CF/88, que, tratando do ICMS, expressou irrelevante a habitualidade

ou os fins da importação). Há, tão-somente, precedentes anteriores daquela Corte, atinentes ao ICMS (e a termos próprios dele: "mercadoria" e "estabelecimento") envolvendo hipótese de importação por pessoa física destinatário final, julgados que, não o bastante, se esmaecem ante a aludida EC (cita julgados), item (ICMS x EC nº 33/2001) que, ademais, o STF considerou de repercussão geral (RE nº 594.996/RS).

Com réplica, insistindo que o IPI não incide na importação de mercadorias estrangeiras por consumidor final (usuário direto), que não é contribuinte da exação, consoante precedentes do TRF1 sobre aquisição de veículos importados, por pessoas físicas não comerciantes/empresárias, para uso próprio, irrelevante a EC 33/2001, que estipula regramento sobre o ICMS e não influi na questão da não cumulatividade do IPI. Alude ao AgRg-RE 615.595/DF, em que se afastou o IPI: *"A exigência de IPI na importação de bem para uso próprio por pessoa não contribuinte do tributo implica violação ao princípio da não cumulatividade"*.

As partes não produziram outras provas. Com razões finais de ambas as partes, sem fatos novos.

A PRR opinou pela improcedência do pedido rescisório, pois a autora é importadora do bem, ensejando a tributação ao só desembaraço aduaneiro, na forma do art. 46, c/c art. 51, I, do CTN.

É o relatório.

## Voto Preliminar\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: —* Afasta-se a Súmula 343 do STF, pois a questão atina com a interpretação de preceitos e princípio da CF/1988 (notadamente o da não cumulatividade do IPI), denotando o viés constitucional da querela:

[...] Embargos infringentes em ação rescisória – [...] Súmula 343 STF.

I - Para os fins de admitir ação rescisória fincada no art. 485, V, do CPC, tanto viola literal preceito de lei o "decisum" rescindendo que contraria a orientação expressa do STF em tema constitucional quanto aquele que, embora destilando matéria infraconstitucional controversa ao tempo do julgado, se revela, a um só tempo, hostil à ulterior orientação do STJ (EREsp nº 928.302) em tema de sua competência uniformizadora (notadamente se

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso, Reynaldo Fonseca e Novély Vilanova e os Exmos Srs. Juizes Federais Clodomir Sebastião Reis e Klaus Kuschel (convocados).

exercitada sob o signo do art. 543-C do CPC) e, ainda, atentatório ao princípio constitucional (...) tributári[o] (...), contextos que desabonam a oposição do óbice da SÚMULA nº 343 do STF, a bem da máxima efetividade das normas constitucionais (AgR-RE nº 328.812/AM) e infraconstitucionais, não se podendo reputar razoável ou defensável a decisão que colide com a orientação do STF ou do STJ (...).

II - A Súmula nº 343 do STF objetiva coibir excessos, não inviabilizar a função essencial da ação rescisória : a “segurança jurídica” que hoje a súmula citada alberga é aquela que atina com o pensamento do STJ e do STF em suas esferas constitucionais de competência.

(EIAR 0044933-15.2008.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, S4, DJ 31/05/2010.)

Pelo exposto, afasto a preliminar e admito a ação rescisória.

É como voto.

### Voto-Mérito

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: —* Quanto ao prazo decadencial repetitório, o Pleno do STF (RE 566.621/RS), sob o signo do art. 543-B do CPC, que concede ao precedente extraordinária eficácia vinculativa que impõe sua adoção em casos análogos, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, considerando aplicável a prescrição quinquenal às ações repetitórias ajuizadas a partir de 9 jun. 2005, como é o caso em epígrafe:

[...] – Lei interpretativa – aplicação retroativa da lc nº 118/2005 – descabimento – violação à segurança jurídica – necessidade de observância da vacatio legis – aplicação do prazo reduzido para repetição/compensação de indébitos aos processos ajuizados a partir de 9 de junho de 2005.

[...]. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da

segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.

(STF, RE 56621/RS, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 04/08/2011, trânsito em julgado em 27/02/2012.)

Ajuizada a demanda ordinária em 22 jun. 2009, aplica-se a decadência quinquenal (LC 118/2005, c/c RE 566.621/RS), decadentes os recolhimentos anteriores a 22 jun. 2002.

Quanto ao mérito, a suposta violação (art. 485, V, do CPC) apontada pelo autor atina com o inciso II do § 3º do inciso IV do art. 153 da CF/1988, que afirma que o IPI “*será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores*”.

O autor evoca tal preceito para afirmar ilegítimo impor tributação (IPI) ao destinatário/consumidor final do bem, na importação de equipamentos médico-hospitalares estrangeiros a serem utilizados por ele/importador na prestação dos serviços próprios ao seu objeto social, pois, em tal contexto fático-jurídico, é impossível a aplicação prática da não cumulatividade prevista no inciso II do § 3º do art. 153, da CF/1988, dado que, na hipótese, o bem é internado para uso próprio, sem repercussão em ulterior cadeia produtiva geradora do IPI, obstando-se, assim, quaisquer eventuais compensação/aproveitamento subsequentes, óbice que – desnaturando princípio constitucional próprio ao IPI – milita contra a imposição tributária.

A ré argumenta, porém, que o caso se amolda a itens do CTN que apontam no sentido da exigibilidade da exação, pois presente o fato gerador (art. 46, I:

“desembaraço aduaneiro”) e o contribuinte (art. 51, I: “o importador ou equiparado”); ademais, o RIPI (Decreto 7.212/2010) assim estipula, tornando, no dizer da FN, desinfluyente o fato de o importador ser pessoa física ou jurídica, destinatário final do bem, comprador habitual, comerciante/empresário ou não e, também, os fins da internação (inclusive por razões de isonomia e preservação da livre concorrência):

Art. 31. A capacidade jurídica para ser sujeito passivo da obrigação tributária decorre exclusivamente do fato de se encontrar a pessoa nas condições previstas em lei, neste Regulamento ou nos atos administrativos de caráter normativo destinados a completá-lo, como dando lugar à referida obrigação (Lei nº 4.502/64, art. 40).

Parágrafo único. São irrelevantes, para excluir a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação ou a decorrente de sua inobservância:

I - as causas que, de acordo com o direito privado, excluam a capacidade civil das pessoas naturais (CTN, art. 126, I, e Lei nº 4.502/64, art. 40, parágrafo único, inciso I);

II - o fato de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios (CTN, art. 126, inciso II);

III - a irregularidade formal na constituição das pessoas jurídicas de direito privado e das firmas individuais, bastando que configurem uma unidade econômica ou profissional (CTN, art. 126, inciso III, e Lei nº 4.502/64, art. 40, parágrafo único, inciso II);

IV - a inexistência de estabelecimento fixo, e a sua clandestinidade ou a precariedade de suas instalações (Lei nº 4.502/64, art. 40, parágrafo único, inciso III); e

V - a inabitualidade no exercício da atividade ou na prática dos atos que deem origem à tributação ou à imposição da pena.

Art. 39. O imposto é devido sejam quais forem as finalidades a que se destine o produto ou o título jurídico a que se faça a importação ou de que decorra a saída do estabelecimento produtor (lei nº 4.502/64, Art. 2º, § 2º).

Pela proximidade que há entre o IPI e o ICMS, convém citar as disposições constitucionais próprias ao aludido tributo estadual, precipuamente quanto à questão da não cumulatividade:

*Seção IV - dos impostos dos estados e do distrito federal*

Art. 155. Compete aos Estados e ao [DF] instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

*I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;*

[...]

*IX - incidirá também: => Redação pela EC nº33/2001*

a) Sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;

Antes da EC 33/2001, a alínea *a* do inciso IX do §2º do art. 155 assim expressava:

a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço;

Examinando o tema sob o viés do ICMS, o Pleno do STF – antes da EC 33/2001 – entendeu que ele, por culto ao princípio da não cumulatividade, não incidiria na importação de bem por pessoa física não comerciante, porque não poderia, adiante, aproveitar o tributo recolhido:

*Recurso extraordinário. Constitucional. Tributário. Pessoa física. Importação de bem. Exigência de pagamento do icms por ocasião do desembaraço aduaneiro. Impossibilidade.*

I. A incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física.

II. Princípio da não-cumulatividade do ICMS. Pessoa física. Importação de bem. Impossibilidade de se compensar o que devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Não sendo comerciante e como tal não estabelecida, a pessoa

física não pratica atos que envolvam circulação de mercadoria. Recurso extraordinário não conhecido (STF, RE 203.075/DF, rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 29/10/1999.)

Tal posição, confirmada em julgados seguintes, findou estendida em relação ao IPI do seguinte modo, afastando-o em face do não contribuinte, em face da impossibilidade fático-jurídica do posterior aproveitamento da exação:

*Constitucional. Tributário. IPI. Importação de bem para uso próprio por não contribuinte. Impossibilidade de incidência. Princípio da não cumulatividade. Agravo improvido.*

I. A exigência de IPI na importação de bem para uso próprio por pessoa não contribuinte do tributo implica violação ao princípio da não cumulatividade.

II. Agravo regimental improvido.

(STF, AgRg-RE 615.595/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, T1, DJ 03/05/2011.)

*Agravo regimental em recurso extraordinário. Tributário. IPI. Importação de veículo para uso próprio. Não incidência. Agravo improvido.*

I. Não incide o IPI em importação de veículo automotor, por pessoa física, para uso próprio. Aplicabilidade do princípio da não cumulatividade. Precedentes. II - Agravo regimental improvido."

(STF, AgRg-RE 550170/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, T1, DJ 03/08/2011.)

Do acórdão do STF havido no AgRg-RE 255.682/PR, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10/02/2006, extrai-se pedagógico voto-vista do Min. Joaquim Barbosa, tecendo razões e porquês da extensão do entendimento atinente ao ICMS também ao IPI – *Grifei*:

Tal como se dá com o ICMS, a validade da instituição do IPI pressupõe que a respectiva tributação seja amparada por mecanismos voltados à vedação à cumulatividade, como determina o art. 153, §3º, II, da Constituição. Embora, consoante apontado pela agravante, as especificidades impostas pelos critérios e circunstâncias [próprios] de cada tributo e respectiva cadeia impositiva sejam diversas [...], ambos os impostos se igualam na obrigatoriedade de previsão de tais mecanismos.

A extensão, a determinada operação, da aplicabilidade dos instrumentos de vedação à cumulatividade, inclusive como condição de validade para cobrança do tributo, vincula-se à hipótese prevista no próprio art. 153, §3º, II, da CF/88 [...].

*Por essa razão, a diferença entre os fatos geradores e as bases de cálculo tributáveis por ICMS e por IPI, bem como entre os respectivos regimes jurídicos, não é suficiente para, de pronto, afastar a*

*aplicabilidade da orientação firmada pela Corte por ocasião do julgamento do RE nº 203.075 à tributação do por IPI das operações de importação de bens industrializados por sujeito que não tenha acesso aos instrumentos de ponderação da carga tributária, assegurando a não-cumulatividade do tributo.*

Recentemente, a questão (relativa ao ICMS, não ao IPI) – envolvendo também equipamento médico – findou submetida ao Pleno em sede de repercussão geral, para exame dos impactos da EC 33/2001 sobre o ponto (apreciação pendente); é ler-se:

*Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. ICMS. EC 33/2001.*

O debate travado nos presentes autos diz com a incidência de ICMS na importação de equipamento médico por sociedade civil não-contribuinte do imposto, após a Emenda Constitucional n. 33/2001, que conferiu nova redação ao disposto no artigo 155, § 2º, IX, alínea "a", da Constituição do Brasil. Repercussão Geral reconhecida.

(STF, RG-RE 594.996/RS, rel. Min. Eros Grau, DJ-e 06/08/2009.)

Como, lendo-se detidamente a EC 33/2001, a alteração havida na alínea *a* do inciso IX do §2º do art. 155, da CF/1988, apenas expressa – como novidade maior – que a tributação do ICMS atinge, também, o contribuinte *não habitual*, pessoa física ou jurídica, e irrelevante o fim/uso do bem importado, tem-se que ela, a emenda, não labora contra o usual conceito jurídico-tributário constitucional do termo *não cumulatividade* nem contra a orientação do STF no sentido de que o IPI só se legitima se atendida tal possibilidade de ulterior aproveitamento, que, na hipótese dos autos, não há, descumprindo-se tal requisito constitucional para imposição tributária, cuja presença se revela tão primordial como a definição do perfil tributário em si, constantes das normas próprias citadas pela ré (fato gerador, contribuinte, base de cálculo e alíquota).

Não prosperam, ademais, os argumentos de que a não tributação na espécie violaria a *livre concorrência ou igualdade empresarial* (art. 170, IV, c/c art. 173, §4º, da CF/1988) ou, quiçá, denotaria "risco à indústria nacional", pois qualquer empresa consumidora final de produtos importados, impedida de aproveitamento ulterior do tributo não cumulativo, gozaria do mesmo tratamento tributário e, por fim, a proteção às indústrias brasileiras em detrimento de empresas estrangeiras se pode (ou se deverá) realizar pela via do alargamento do custo do Imposto de Importação (II), não mediante artificial imposição de IPI a quem dele não se pode creditar, tornando inócuo o princípio da não cumulatividade.

O exercício da tributação impõe compreensão lógica sistemática dos seus institutos; é ler-se,

*[...] mutatis mutandis: [...] o art. 111 do CTN (correlato ao tema da isenção) tanto veda a interpretação “extensiva” (que concede benefício a quem a lei não favoreceu) quanto hostiliza a interpretação “restritiva” (que retira benesse legal de quem a ela faça jus): abonada pela lei e pela jurisprudência, equilibrada, pois, é a interpretação “estrita”, sinônimo de leitura “isenta”; “fiel”; “literal”; ou “exata” (TRF1, AC nº 2003.38.00.042203-3). (TRF1, AG 0057323-12.2011.4.01.0000/MG, rel. Des. Tolentino Amaral, T7, julg. 26/06/2012).*

Ao indébito, todo recolhido sob a égide da Lei 9.250/1995, aplica-se só a Selic. A compensação ocorrerá após o trânsito em julgado, sob o crivo do Fisco, atendida as normas de regência.

Pelo exposto, julgo procedente o pedido rescisório para rescindir a sentença na AO 2009.38.00.16507-1/MG.

De consequência, em rejuízo, julgo procedente, em parte, o pedido para eximir a autora do IPI sobre os equipamentos médico-hospitalares importados adquiridos e a adquirir, para consecução de suas atividades, integrados ao seu ativo permanente, assegurando, respeitada a decadência quinquenal (LC 118/2005), a compensação do indébito, agregada a Selic, atendido o art. 170-A do CTN, sob o crivo do Fisco, atendida as normas de regência.

Condeno a ré a ressarcir as custas em ambos os feitos e a pagar honorários advocatícios de 5% da condenação na ação ordinária e, na ação rescisória, de 10% do valor da causa.

Autorizo a autora a, após o trânsito em julgado, levantar o depósito prévio.

É como voto.

## Primeira Turma

Numeração única: 0005421-76.2005.4.01.3800

Apelação Cível 2005.38.00.005481-5/MG

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques  
 Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
 Apelado: Ministério Público Federal  
 Procurador: Dr. Eduardo Morato Fonseca  
 Publicação: e-DJF1 de 10/12/2012, p. 11

## Ementa

*Apelação cível. Previdenciário e Processual Civil. Ação civil pública. Salário-maternidade. Previdenciário. Atividade rural como indígena. Qualidade de segurada especial. Benefício devido a partir dos 14 anos de idade. Cabimento.*

I. Em ação civil pública, pretende o Ministério Público Federal assegurar às índias Maxakali o reconhecimento da qualidade de seguradas especiais para fins de concessão do benefício previdenciário de salário-maternidade.

II. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de ser legítima a atuação do Ministério Público na defesa de direitos que, embora individuais, possuam relevante interesse social, pois os chamados direitos individuais homogêneos estariam incluídos na categoria de direitos coletivos abrangidos pelo art. 129, inciso III, da Constituição da República.

III. Para além de ser um direito social elencado (art. 6º) na Constituição Federal, a proteção à maternidade se constitui em um dos focos de atendimento da previdência social (art. 201, inciso II). E, mesmo que diretamente consista em prestação pecuniária, tem por escopo assegurar a dignidade da pessoa tanto da mãe quanto do filho, em período especialmente delicado, diante dos inúmeros cuidados exigidos para a proteção da saúde do novo indivíduo. Tal importância se sobreleva quando os afetados pertencem a minorias indígenas, às quais, por serem consideradas mais vulneráveis, a lei atribuiu especial atenção por parte do Estado.

IV. A teor do laudo antropológico juntado aos autos, as jovens índias Maxakali começam a exercer atividades rurícolas e domésticas desde muito cedo, as quais se iniciam com um caráter lúdico e educativo e, progressivamente, vão ganhando contornos de efetiva participação no trabalho familiar, se constituindo tal fato em parte do processo de socialização das crianças.

V. Na comunidade indígena Maxakali, não há um momento ritualmente demarcado para o casamento e somente o nascimento do primogênito é que consolida as uniões afetivas. Essa circunstância, associada ao fato de que a sociedade em questão não dispõe de formas de contagem de tempo semelhantes à do Ocidente, não havendo preocupação com idade, contribui para uma primeira gestação precoce, geralmente entre 13 (treze) e 16 (dezesesseis) anos de idade.

VI. Embora o art. 7º, XXXIII, da CF, proíba o trabalho de menores de 16 (dezesesseis) anos de idade, na hipótese, interpretar a norma em desfavor das índias Maxakali seria descabido. *A uma*, porque é próprio dos usos e costumes daquela comunidade o exercício de atividades laborativas desde cedo e o Estatuto do Índio prevê a adaptação das condições de trabalho dos índios à sua cultura. *A duas*, porque seria interpretar a Constituição Federal em sentido oposto à sua finalidade, vez que referida norma constitucional tem caráter protetivo, visando a coibir a exploração do trabalho das crianças e dos adolescentes, preservando o seu direito à educação, ao lazer e à saúde.

VII. A vedação do trabalho do menor de 16 anos não é absoluta, pois há possibilidade de desempenho de atividades a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz. Assim, a situação da indígena maior de 14 anos e menor de 16 anos que trabalha em atividades rurícolas, domésticas e de extrativismo pode ser equiparada à do aprendiz, pois ambos dão os primeiros passos para adquirir os conhecimentos e a habilidade necessários ao exercício de suas atividades.

VIII. Apelação a que se nega provimento.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação do INSS.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 08/11/2012.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Nunes:* — Trata-se de recurso de apelação interposto pelo INSS contra a sentença proferida pelo Juízo da 29ª Vara Federal de Belo Horizonte, em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, a qual julgou procedente o pedido, reconhecendo a idade mínima de 14 (quatorze) anos completos como suficiente para o recebimento do benefício previdenciário de salário-maternidade pelas índias Maxakali, habitantes do nordeste do Estado de Minas Gerais. Considerou-se que o limite de idade de 16 anos constante dos arts. 9 e 11 do Decreto 3.048/1999 é incompatível com as disposições constantes dos arts. 11 e 13 da Lei 8.213/1991 e com o contexto normativo advindo da Lei 6.001/1973, da Convenção 169 da OIT c/c os arts. 5º, § 2º, e 231, ambos da CF/1988, e, ainda, com as peculiaridades da cultura Maxakali.

Irresignado, o INSS, preliminarmente, argúi que: (I) o Juízo Federal de Belo Horizonte é incompetente para processar e julgar o feito, pois a localidade onde

residem os índios Maxakali está sujeita a outra jurisdição federal, em face da criação de novas varas federais no interior do Estado; que (II) a ação civil pública não seria a via adequada para se obter a declaração de nulidade de ato normativo por vício de inconstitucionalidade; e que (III) careceria legitimidade ao Ministério Público Federal para a propositura de tal ação, porquanto o bem jurídico tutelado teria natureza de meros direitos individuais disponíveis.

No mérito, alegou o apelante que (I) o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo, criando norma diferenciada para o povo Maxakali; que (II) a pretensão do MPF nega vigência ao caráter contributivo da previdência social e encontra óbice no art. 195, § 5º, da CF/1988, que prevê a necessidade de precedência da fonte de custeio; que (III) os arts. 25 e 39, ambos da Lei 8.213/1991, não podem ser considerados revogados pelos arts. 14 e 55, ambos da Lei 6.001/1973, os quais, respectivamente, proíbem tratamento discriminatório entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, e assegura aos indígenas a extensão do regime geral da previdência



social; que (IV) não há razão para um tratamento diferenciado das índias Maxakali; e que (V) o trabalho de menores de 16 anos é vedado constitucionalmente, não havendo filiação ao regime da previdência social antes dessa idade.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença, e o fez tanto em contrarrazões como na qualidade de *custus legis*.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: —*

*Preliminares.*

Cuida-se de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal, na qual se pleiteia que seja reconhecido às índias Maxakali o direito de perceber o benefício previdenciário de salário-maternidade a partir dos 14 (quatorze) anos de idade. Atualmente, o INSS somente reconhece esse direito às índias que já tiverem a idade de 16 (dezesseis) anos completos.

A União argúi que houve superveniente incompetência absoluta do juízo em que foi proposta a demanda, em razão de criação de nova vara da Justiça Federal com jurisdição sobre as terras habitadas pelos índios Maxakali.

Entendo que não é o caso de incompetência do juízo de base. Deve ser aplicado à hipótese o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, pois, tendo a competência sido fixada em conformidade com o art. 87, do Código de Processo Civil, é de se entender ter sido firmada a competência da vara federal do local onde foi proposta a ação. Nesse sentido, dispõe o art. 87 do Código de Processo Civil:

Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

Sendo assim, a superveniente alteração da competência pela criação de nova Vara Federal com jurisdição sobre a região habitada pelos índios Maxakali não atrai a competência para o processo e julgamento de ação já ajuizada, diante da prorrogação da competência territorial, que é relativa.

Ressalte-se que o caso em exame não se enquadra nas exceções previstas na parte final do supracitado artigo, quais sejam, extinção de órgão judiciário e alteração de competência em razão da matéria ou hierarquia. Nesse sentido, confirmam-se recentes julgados desta Corte:

*Processo Civil. Conflito negativo de competência. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Criação e instalação de nova vara federal. Princípio da perpetuatio jurisdictionis. Não alteração da competência territorial anteriormente firmada.*

I. O Código de Processo Civil, em seu artigo 87, baseia-se no princípio da perpetuatio jurisdictionis, segundo o qual o feito deve permanecer no juízo de origem, salvo quando for suprimido órgão judiciário ou for alterada a competência em razão da matéria ou da hierarquia. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal.

II. Fato superveniente relativo à criação e instalação de nova vara federal não tem o condão de deslocar a competência do Juízo em que proposta a ação, sob pena de restar violado o Princípio do Juiz Natural.

III. Em razão do princípio da perpetuatio jurisdictionis, a criação e instalação de vara federal não altera a competência territorial anteriormente firmada.

IV. Conflito de competência conhecido, para declarar competente o Juízo Federal de Palmas/TO. (CC 0032358-33.2012.4.01.0000/TO, rel. Des. Federal Tourinho Neto, Segunda Seção, e-DJF1, p. 12, de 26/09/2012).

*Processo Civil. Conflito negativo de competência. Ação por ato de improbidade administrativa. Criação e instalação de nova Vara Federal. Aplicação do princípio da perpetuatio jurisdictionis. Não alteração da competência territorial anteriormente firmada. Conflito de competência conhecido para declarar competente o MM. Juízo Federal suscitante.*

I. Tem aplicação à hipótese em comento o princípio da perpetuatio jurisdictionis, pois, tendo a competência sido fixada em conformidade com o art. 87, do Código de Processo Civil, é de se entender ter sido firmada a competência da Vara Federal do local onde foi proposta a ação. Precedentes jurisprudenciais do egrégio Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal.

II. Não tratando a hipótese dos autos das exceções previstas na parte final do acima transcrito art. 87, do Código de Processo Civil, pois não se constata, no caso, nem supressão de órgão judiciário, nem, tampouco, alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia, e considerando-se ainda a circunstância de que a ação civil pública por ato de improbidade administrativa foi ajuizada perante o MM. Juízo Federal da 8ª Vara Federal da

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Néviton Guedes e Ângela Catão.

Seção Judiciária do Estado de Goiás, verifica-se ser o caso de aplicação do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, pois o fato superveniente relativo à criação e instalação de nova vara federal não tem o condão de deslocar a competência do Juízo em que proposta a ação, sob pena de restar violado o Princípio do Juiz Natural.

III. Em face do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, a criação e instalação de vara federal não altera a competência territorial anteriormente firmada. [...]. (CC 0010737-77.2012.4.01.0000/GO, rel. Des. Federal I'talo Mendes, Segunda Seção, e-DJF1, p. 558, de 21/09/2012.)

A União questiona, ainda em sede preliminar, a legitimidade do Ministério Público para a propositura da presente ação civil pública, ao argumento de que o pleito de salário-maternidade para um específico e bem definido universo de pessoas tem natureza atinente a direitos individuais disponíveis. Também essa preliminar merece rejeição.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de ser legítima a atuação do Ministério Público na defesa de direitos que, embora individuais, possuam relevante interesse social, pois os chamados direitos individuais homogêneos estariam incluídos na categoria de direitos coletivos abrangidos pelo art. 129, inciso III, da Constituição da República (RE 163.231, rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 29/06/2001).

Ressalte-se, nesse sentido, o voto proferido pelo relator do Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário 472.489, Min. Celso de Mello, no qual se reconheceu o direito de segurados da Previdência Social à obtenção de certidão parcial de tempo de serviço e a legitimidade do Ministério Público para interpor ação com esse objetivo:

Na realidade, o que o Ministério Público postulou nesta sede processual nada mais foi senão o reconhecimento - e conseqüente efetivação - do direito dos segurados da Previdência Social à obtenção da certidão parcial de tempo de serviço. Nesse contexto, põe-se em destaque uma das mais significativas funções institucionais do Ministério Público, consistente no reconhecimento de que lhe assiste a posição eminente de verdadeiro 'defensor do povo' [...], incumbido de impor, aos poderes públicos, o respeito efetivo aos direitos que a Constituição da República assegura aos cidadãos em geral (CF, art. 129, II), podendo, para tanto, promover as medidas necessárias ao adimplemento de tais garantias, o que lhe permite a utilização das ações coletivas, como a ação civil pública, que representa poderoso instrumento processual concretizador das prerrogativas fundamentais atribuídas, a qualquer pessoa, pela Carta Política, '[...] sendo irrelevante o fato de tais direitos, individualmente considerados, serem disponíveis, pois o que lhes confere relevância

é a repercussão social de sua violação, ainda mais quando têm por titulares pessoas às quais a Constituição cuidou de dar especial proteção.

No mesmo sentido: *AgRg no RE-514.023*, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 05/02/2010; e *AgRg no ED no RE 470.135*, rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 29/06/2007.

No caso, não há como deixar de reconhecer o relevante interesse social que a questão apresenta. Para além de ser um direito social elencado (art. 6º) na Constituição Federal, a proteção à maternidade se constitui em um dos focos de atendimento da Previdência Social (art. 201, inciso II). E, mesmo que diretamente consista em prestação pecuniária, tem por escopo assegurar a dignidade da pessoa tanto da mãe quanto do filho, em período especialmente delicado, diante dos inúmeros cuidados exigidos para a proteção da saúde do novo indivíduo. Tal importância se sobreleva quando os afetados pertencem a minorias indígenas às quais, por serem consideradas mais vulneráveis, a lei atribuiu especial atenção por parte do Estado.

Outrossim, não procede a alegação de que os beneficiários da Previdência Social não se equiparam a consumidores, não incidindo na hipótese o art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor. Demonstrada a presença de interesse social relevante, ainda que não envolva relação de consumo, é cabível o ajuizamento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos. Nesse sentido, destaco a ementa de precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

*Recurso especial. Administrativo e Processo Civil. Ação civil pública. Benefício previdenciário. Ministério Público. Legitimidade. Alteração da jurisprudência da Sexta Turma acerca do tema, em consonância com recente precedente da Quinta Turma.*

I. É cabível o ajuizamento de ação civil pública, pelo Parquet, para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, ainda que não envolvam relação de consumo e não sejam indisponíveis, desde que demonstrada a presença de interesse social relevante. II. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública que veicule pretensões relativas a benefícios previdenciários, no caso relacionadas ao recebimento, ou à revisão, de benefícios de pensão por morte concedidos nos termos da Lei 9.528/1997 quando os óbitos tenham ocorrido anteriormente à sua vigência. Precedente da Quinta Turma. III. Recurso especial improvido. (REsp-946.533/PR, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJ de 13/06/2011.)

Já em relação à preliminar de inadequação da via eleita, verifico que, na hipótese dos autos, a declaração de inconstitucionalidade não figura no pedido, mas como mera causa de pedir, o que ensejaria somente declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, perfeitamente possível em sede de ação civil pública. Nesse sentido, registro acórdão do Superior Tribunal de Justiça cuja ementa fora assim redigida:

*Administrativo. Ação civil pública. Lei municipal. Nulidade de ato administrativo. Eleição de via adequada. Controle incidental de constitucionalidade. Possibilidade.*

I. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o Município de Duque de Caxias e contra algumas empresas de ônibus ao argumento de que o serviço de transporte coletivo vem sendo prestado pelas empresas mediante termo de compromisso e obrigações há mais de quarenta anos, sem respeito à Lei de Licitações e à Constituição Federal. Requer-se a nulidade de todos os instrumentos delegatários outorgados às empresas de ônibus sem a observância do procedimento licitatório e a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal 1469/69.

II. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior no sentido de que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir - e não de pedido -, uma vez que, neste caso, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental. Precedentes.

III. Como se observa, o Parquet pugnou pela nulidade de todos os instrumentos delegatários outorgados às empresas de ônibus sem a observância do procedimento licitatório. É evidente que o pedido de nulidade de todos os instrumentos delegatários outorgados às empresas de ônibus sem a observância do procedimento licitatório não incide na hipótese em que o objeto é da ação é a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Nesse caso, nada impede que, como fundamento para a decisão, ocorra o controle incidental de constitucionalidade.

IV. Recurso especial provido. (REsp-1.222.049/RJ, Min. Mauro Campell Marques, T2-Segunda Turma, DJ de 05/05/2011)

Superadas as preliminares, passo à análise do mérito.

O INSS vem reconhecendo os direitos previdenciários a indígenas na qualidade de segurados especiais, em razão de suas atividades rurícolas e de caça e pesca. Todavia, considera que um dos requisitos para filiação ao Regime de Previdência Social é ter a idade mínima de 16 anos, baseando-se para tanto no Decreto 3.048/1999, na Lei 8.213/1991 e no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal. A presente ação civil

pública, por sua vez, questiona a aplicação desse limite de idade a indígenas, especialmente para percepção do benefício de salário-maternidade, em face das peculiaridades da realidade, da cultura e da legislação aplicáveis àqueles povos.

Afirma o INSS que o referido limite de idade fixado na legislação previdenciária é reflexo direto da norma contida no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, segundo a qual é proibido qualquer trabalho a menor de 16 anos.

Tanto o Decreto 3.089/1999, como a Lei 8.213/1991 estabelecem o mesmo limite mínimo de idade para filiação ao Regime Geral de Previdência Social. A Lei 8.213/1991, antes das modificações promovidas pela Lei 11.718/2008, fixava idade mínima de 14 anos para filiação, mas, posteriormente, esse limite restou aumentado para a mesma idade no Decreto 3.089/1999, qual seja, 16 anos de idade.

O Regulamento Geral da Previdência Social dispõe sobre a matéria nos seguintes termos:

Art. 9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

VII - como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja ele proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

agropecuária em área contínua ou não de até quatro módulos fiscais; ou

de seringueiro ou extrativista vegetal na coleta e extração, de modo sustentável, de recursos naturais renováveis, e faça dessas atividades o principal meio de vida;

b) pescador artesanal ou a este assemelhado, que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de dezesseis anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas "a" e "b" deste inciso, que, comprovadamente, tenham participação ativa nas atividades rurais do grupo familiar.

Art. 11. É segurado facultativo o maior de dezesseis anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, na forma do art. 199, desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadre como segurado obrigatório da previdência social.

Em que pesem as disposições da legislação previdenciária e da norma constitucional insculpida

no art. 7º, XXXIII, o caso em questão deve ser apreciado com observância da legislação referente aos direitos indígenas e com importância às peculiaridades culturais e sociais da comunidade em questão.

Segundo a Lei 6.001/1973, que dispõe sobre o Estatuto dos Índios, a eles são extensíveis as condições do Regime Geral de Previdência Social, sem prejuízo de suas especiais condições sociais, econômicas, culturais e de trabalho. É o que se depreende dos artigos que seguem:

Art. 14. Não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social.

Parágrafo único. É permitida a adaptação de condições de trabalho aos usos e costumes da comunidade a que pertencer o índio.

Art. 55. O regime geral da previdência social será extensivo aos índios, atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas.

Importantes regras referentes ao trabalho e à previdência de grupos indígenas também constam da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais, que foi ratificada pelo Decreto Legislativo 143, de 20/06/2002. Segundo a Convenção, as atividades artesanais, indústrias rurais e atividades tradicionais deverão ser reconhecidas como fatores importantes para a manutenção da cultura dos povos indígenas e de sua auto-suficiência e os governos tomarão as medidas necessárias para garantir que essas atividades sejam incentivadas e fortalecidas. No referido diploma, também se dispõe que esquemas de seguridade social deverão ser progressivamente ampliados para beneficiar os povos interessados e disponibilizados a eles sem nenhuma discriminação.

Na hipótese dos autos, conforme demonstra o laudo antropológico juntado pelo MPF, as jovens índias Maxakali começam a exercer atividades rurícolas e domésticas desde muito cedo. Segundo o laudo, a inicialização nas atividades laborativas é parte mesmo do processo de socialização das crianças. As atividades se iniciam com um caráter lúdico e educativo e, progressivamente, vão ganhando contornos de efetiva participação no trabalho familiar.

Assim, embora o art. 7º, XXXIII, da CF, proíba o trabalho de menores 16 anos, na hipótese, interpretar a norma em desfavor das índias Maxakali seria absurdo. *A uma*, porque é próprio dos usos e costumes daquela comunidade o exercício de atividades laborativas desde

cedo e, conforme já citado, o Estatuto do Índio prevê a adaptação das condições de trabalho dos índios à sua cultura. *A duas*, porque seria interpretar a Constituição Federal em sentido oposto à sua finalidade, vez que referida norma constitucional tem caráter protetivo, visando a coibir a exploração do trabalho das crianças e dos adolescentes, preservando o seu direito à educação, ao lazer e à saúde não se coaduna, portanto, com a finalidade do aplicador da lei se valer dessa regra para negar direitos previdenciários aos trabalhadores com menor idade.

O Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o caráter protetivo da norma do art. 7º, XXXIII, da CF, considera, inclusive, possível a averbação de tempo de serviço prestado por menor de 14 anos, nos termos da ementa abaixo transcrita:

*Agravo regimental em recurso especial. Previdenciário. Averbação de tempo de serviço prestado por menor de 14 anos. Possibilidade. Condição de segurado anterior à Lei 8.213/1991. Irrelevância. Contribuição relativamente ao período de atividade rural. Desnecessidade.*

– Ainda que mereça todo o repúdio o trabalho exercido por crianças menores de 14 anos de idade, ignorar tal realidade, ou entender que esse período não deverá ser averbado por falta de previsão legal, esbarra no alcance pretendido pela lei. Ao estabelecer o limite mínimo de 14 anos, o legislador o fez em benefício do menor, visando a sua proteção, não em seu prejuízo, razão pela qual o período de trabalho prestado antes dos 14 anos deverá ser computado como tempo de serviço para fins previdenciários.

– “ A ausência da qualidade de segurado não inviabiliza o exercício do direito à contagem do tempo de serviço, porque não se confundem o direito ao benefício previdenciário, ele mesmo, e o direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço, que é de natureza subjetiva, enquanto relativo à realização de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direitos subjetivos outros, estatutário ou previdenciário, de que é instrumental. ” (EDcl no REsp 409.986/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 24.03.2003, p. 295) - Não há falar em necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, pois, compulsando os autos, verifica-se que o período a averbar é anterior à 1.991. Dessa forma, na égide da redação original do art. 11, II, da Lei 8.213/1991.

– Nego provimento ao agravo regimental. (AgRg no REsp-504.745/SC, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ de 21/03/2005.)

Com a mesma interpretação do art. 7º, XXXIII, da CF, segue julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que confere o direito à percepção de salário-maternidade por menor de 16 anos:

*Previdenciário. Apelação cível. Salário-maternidade. Segurada especial. Comprovação da maternidade e do exercício da atividade rural. Menor de 16 anos de idade. Art. 7º, inciso XXXIII, da CF de 1988. Norma protetiva.*

I. Demonstrada a maternidade e a qualidade de segurada especial, mediante início razoável de prova documental corroborada pela prova testemunhal, durante período equivalente ao da carência, é devido o salário-maternidade.

II. Não há falar em indeferimento do pedido de salário-maternidade, evocando a proibição do inciso XXXIII do art. 7º da Carta da República, pois esta norma é protetiva. (TRF4, AC 0010090-74.2012.404.9999, Sexta Turma, rel. Nefi Cordeiro, DE 04/10/2012.)

Ademais, a vedação do trabalho do menor de 16 anos não é absoluta, pois há a possibilidade de desempenho de atividades a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz. Assim, a situação da indígena maior de 14 anos e menor de 16 anos que trabalha em atividades rurícolas, domésticas e de extrativismo pode ser equiparada à do aprendiz, pois ambos dão os primeiros passos para adquirir os conhecimentos e a habilidade necessários ao exercício de suas atividades.

Para análise do caso, é imprescindível observar os costumes da comunidade indígena Maxakali em relação ao casamento e à primeira gestação. Ali, não há um momento ritualmente demarcado que pressupõe a passagem do estado de *solteiro* para o de *casado*, sendo que apenas o nascimento do primogênito consolida a união. De acordo com o laudo antropológico, o modo tradicional de casamento pressupõe a residência do jovem durante o período de aproximadamente um ano com o grupo da esposa, ou seja, na casa dos pais da noiva. Durante esse período, as relações são instáveis e muitas delas desfeitas. Somente com o nascimento do primeiro filho é que se consolida a união e o homem ganha o direito de levar sua esposa e seu filho para o seu próprio grupo familiar.

Quanto à idade em que se consumam as uniões afetivas e a primeira gestação, deve ser levada em consideração a informação – igualmente constante do laudo antropológico – de que a sociedade Maxakali não dispõe de formas de contagem de tempo semelhantes à do Ocidente, não havendo preocupação com a idade. A iniciação sexual começa cedo e o fato de o casamento somente se consumir com o nascimento do primeiro filho contribui para uma primeira gestação precoce, geralmente entre 13 (treze) e 16 (dezesseis) anos de idade.

Dentro dessa perspectiva, ressaí possível e razoável se construir uma interpretação em consonância à moldura constitucional, para reconhecer a condição de segurado especial aos membros da população indígena ora em análise, a partir dos 14 anos de idade, os quais, por suas características culturais e sociais, iniciam o trabalho na agricultura precocemente e têm filhos ainda no início da adolescência.

Em relação à gravidez precoce das índias Maxakali, ao contrário do alegado pelo INSS, não consigo vislumbrar identidade fática entre a situação delas e a de meninas de centros urbanos que vivem em bairros pobres e engravidam antes dos 16 anos de idade. Assim entender, seria o mesmo que considerar o trabalho por índios Maxakali menores de 16 anos exploração de trabalho infantil. Tanto o trabalho realizado desde cedo, como as relações afetivas e a gravidez precoce *são fruto das muito peculiares características culturais e sociais desse povo indígena*, e merecem especial proteção por parte do Estado. Não se trata, portanto, de uma consequência de mazelas urbanas, como a falta de acesso à educação ou à informação típica de comunidades pobres, mas de algo natural e característico dos costumes do povo Maxakali.

O INSS alega, também, que a pretensão do Ministério Público Federal encontra óbice no art. 195, §5º da Constituição Federal, o qual assim dispõe:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

O art. 195 da Carta da República, em seu § 5º, assenta o princípio da correlação entre custeio e benefício, segundo o qual a criação, a majoração ou a extensão de benefício ou serviço da seguridade social necessita da correspondente fonte de custeio total. Ocorre que o deferimento da pretensão em exame não implica em ofensa ao mencionado dispositivo constitucional, pelo simples fato de que não se requer a criação, a majoração tampouco a extensão de benefícios a determinados indivíduos, mas tão somente o reconhecimento de um direito pré-existente, amparado pelo ordenamento jurídico e que não vinha, contudo, sendo admitido pelo INSS.

E por considerar que o Poder Judiciário, ao deferir o pedido, estará criando novas regras previdenciárias, em especial para indígenas, o INSS alega ofensa ao princípio da separação dos Poderes, pois estaria sendo usurpada competência do Poder Legislativo. Conforme já exposto, o caso não é de criação de novas normas, mas de mera interpretação da legislação previdenciária à luz dos princípios constitucionais e da legislação reguladora dos direitos indígenas. Ademais, atuando o Judiciário no legítimo poder-dever de prestar jurisdição quando provocado, por óbvio que não há falar em violação do princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal).

No tocante à multa diária, verifico que está pacificado o entendimento no sentido de se admitir a sua fixação como meio coercitivo para obter o cumprimento de obrigação de fazer em face da Fazenda Pública. Nesse sentido, entre muitos, acórdão assim ementado do Superior Tribunal de Justiça:

*Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Obras de adequação do prédio do fórum de Santa Fé do Sul. Eliminação de barreiras de arquitetônicas. Acessibilidade de deficientes físicos. Antecipação de tutela cominação de multa diária. Astreintes. Obrigação de fazer. Incidência do meio de coerção. Ausência de violação do art. 461, § 4º, do CPC. Prequestionamento. Súmulas 282 e 356/STF.*

I. É cabível a cominação de multa diária (astreintes) em face da Fazenda Pública, como meio de vencer a obstinação quanto ao cumprimento da obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa, incidindo a partir da ciência do

obrigado e da sua recalcitrância. Precedentes do STJ [...]. (REsp-987.280, Min. Luiz Fux, DJ de 20/05/2009.)

No mesmo sentido: AgRg no REsp-951.072, Min. Og Fernandes, DJ de 30/03/2009; REsp-446.677, Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 11/12/2006; AgRg no REsp-644.488, Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 17/10/2005; AC-0000494-76.2004.4.01.3000, Des. Federal Selene Almeida, DJ de 27/08/2010; AG-0035794-78.2004.4.01.0000I, Des. Federal João Batista Moreira, DJ de 09/04/2010; AC-2002.34.00.025119-5, Des. Federal Fagundes de Deus, DJ de 24/08/2007.

Embora no julgamento de agravo de instrumento a fixação de multa tenha sido afastada, considero que os privilégios da Fazenda Pública se caracterizam em exceções e devem decorrer de expressa previsão legal, o que, no caso, não há, pelo que admito a fixação de multa contra a autarquia previdenciária no caso de descumprimento de prazo razoável para implantação de benefício previdenciário.

De outra parte, ao se admitir a possibilidade de fixação da multa, o foco da discussão entre as partes deve, naturalmente, se deslocar para a verificação da razoabilidade do prazo e para a proporcionalidade da multa, muito embora seja dado aos juízes, na execução, rever o seu valor, nos termos do art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil. Forte nas especificidades da hipótese dos autos, reputo correto o valor diário de R\$ 1.000,00 (um mil) reais fixado a título de multa.

Pelo exposto, nego provimento à apelação do INSS.

É como voto.

## Segunda Turma

Numeração única: 0000578-71.2001.4.01.4200

Apelação/Reexame Necessário 2001.42.00.000577-1/RR

Relator: Desembargadora Federal Neuza Alves  
 Apelante: União Federal (Aeronáutica)  
 Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero  
 Apelado: Carlos Henrique de Oliveira Ribeiro  
 Advogados: Dr. José Duarte Moura e outro  
 Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/RR  
 Publicação: e-DJF1 de 14/12/2012, p. 991

## Ementa

*CConstitucional, Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Irregularidades em licitação denunciadas pelo impetrado. Punições administrativas: violação ao devido processo legal.*

I. Não cabe ao Poder Judiciário adentrar o mérito das decisões administrativas, porém o princípio da tripartição dos Poderes lhe assegura o controle jurisdicional dos atos da Administração.

II. Aos litigantes em processo administrativo é assegurada a ampla defesa e o contraditório, no contexto constitucional do devido processo legal.

III. O impetrante denunciou graves irregularidades em licitações, não sendo elas apuradas como resultado, foi apenado com diversas punições, embora até ali fosse tido como um militar exemplar.

IV. As punições em questão não foram precedidas do devido processo legal, sendo que em uma delas, a sindicância foi conduzida por um dos membros da comissão de licitação denunciada.

V. Os pedidos de reconsideração foram todos rejeitados.

VI. A representação feita pelo militar à autoridade superior contra punições disciplinares aplicadas pelo comandante imediato, foi tida como abusiva e resultou na recomendação para a aplicação de nova punição.

VII. A condução dos fatos, desta forma, fere o princípio constitucional do devido processo legal e reclama intervenção do Poder Judiciário.

VIII. Correta a sentença ao conceder a ordem para obstar a aplicação de nova pena administrativa ao impetrante.

IX. Apelação e remessa oficial desprovidas.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial

2ª Turma do TRF 1ª Região – 21/11/2012.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — Carlos Henrique de Oliveira Ribeiro impetrou mandado de segurança preventivo com o objetivo de afastar a ameaça de punição disciplinar perpetrada pelo sr. comandante da Base Aérea de Boa Vista/RR (BABV).

Alega que vem sofrendo punições desde que resolveu denunciar irregularidades ocorridas em licitações na BABV, estas que sempre eram vencidas pela empresa de propriedade da esposa e da genitora de um sargento daquela Unidade, que gerenciava as empresas por procuração e era o encarregado da fiscalização das obras.

Irresignado com as punições sofridas e não tendo êxito nas impugnações no âmbito da BABV, representou contra seu Comandante perante a autoridade superior (o exmo. sr. comandante do Sétimo Comando Aéreo Regional – VII Comar). A representação foi tida por infundada (violando o art. 10, 37, do RDAEer, razão pela qual o comandante do VII Comar recomendou ao comandante da BABV a aplicação de nova punição disciplinar.

A sentença, afastando a alegação da União de ilegitimidade passiva *ad causam* do comandante da BABV, reconheceu que as punições disciplinares não observaram o devido processo legal e concedeu a

segurança para determinar àquela autoridade “*que se abstenha de aplicar qualquer punição ao Impetrante em decorrência da decisão do exmo. sr. comandante do VII Comar (fls. 56-57); e, caso já tenha aplicada, para anular seus efeitos*” (fl. 128).

Apela a União arguindo a ilegitimidade passiva do comandante da BABV, que seria mero executor da ordem do comandante do VII Comar.

No mérito, defende que a sentença viola a tripartição de poderes previstos na Constituição, em face de ser vedado ao poder judiciário adentrar o mérito das decisões administrativas.

Afirma que as punições administrativas foram impostas dentro dos limites e em observância aos preceitos do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica – RDAer, não havendo ilegalidade que reclame a interferência do Poder Judiciário.

Foram apresentadas contrarrazões.

Houve remessa oficial.

Regularmente intimado, o MPF opina pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

## Voto\*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: – O recurso é próprio e tempestivo, razão pela qual dele conheço.

Nos termos do art. 42, II, *a*, do RDAer, o oficial-general comandante de Comando Aéreo Regional, aos quais são subordinadas funcionalmente as Base Aéreas situadas no respectivo território, tem competência para a aplicação de penalidade disciplinar ao impetrante.

Assim, ao optar por não fazê-lo, e limitando-se a recomendar ao Comandante da BABV que o faça, está efetivamente a autoridade impetrada legitimada a compor o polo passivo desta ação mandamental, razão pela qual deve ser *rejeitada a preliminar de ilegitimidade* aventada pela União.

No mérito, como se viu dos autos, recorre a União contra sentença que concedeu a segurança para afastar ameaça de punição disciplinar que poderia vir a ser aplicada ao impetrante em razão de recomendação do exmo. senhor comandante do VII Comar (autoridade hierárquica imediatamente superior) ao Comandante da BABV, como decorrência de suposta violação ao item 37 do art. 10 do RDAer.

O direito de representação contra o superior hierárquico está disciplinado no Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, aprovado pelo Decreto 76.322/1975, que assim dispõe, no que interessa:

Art. 10. São transgressões disciplinares, quando não constituírem crime:

(...)

37 - representar contra o superior, sem fundamento ou sem observar as prescrições regulamentares;

(...)

Art. 62. O militar poderá representar contra ato de superior que considere injusto ou infringente das leis ou regulamentos militares e que:

1 - o atinja direta ou indiretamente; e

2 - atinja subordinado de quem seja chefe imediato.

Parágrafo único. Da solução de uma representação só cabe recurso perante a autoridade hierárquica seguinte na escala funcional, sucessivamente até o Ministro da Aeronáutica e, contra a decisão deste, só há o recurso de pedido de reconsideração à mesma autoridade.

Art. 63. O militar que representar contra o superior deverá observar as seguintes disposições:

1 - a representação deve, sempre que cabível, ser precedida de pedido de reconsideração do ato que lhe deu motivo;

2 - a representação, na esfera disciplinar, deve ser feita no prazo máximo de 15 dias corridos, a contar da data:

a) da solução do pedido de reconsideração;

b) do término do prazo regulamentar para solução do pedido de reconsideração, caso não tenha sido ainda solucionado; e

c) do ato motivador da representação, quando não for cabível o pedido de reconsideração.

3 - a entrega da representação deve ser precedida da comunicação, por escrito, do representador ao representado, em termos respeitosos dela constando apenas o objeto da representação.

4 - a representação é dirigida à autoridade imediatamente superior àquela contra a qual é feita;

5 - a representação não pode ser feita durante a execução do serviço, exercício ou ordem que lhe deu motivo, em durante o cumprimento da punição que tenha originado o recurso;

6 - a representação, redigida em forma de parte e em termos respeitosos, precisará o fato que a motiva sem comentários ou insinuações, podendo ser acompanhada de peças comprobatórias ou somente a elas fazer referência, quando se tratar de documentos oficiais;

7 - a representação não poderá tratar de assuntos estranhos ao fato e às circunstâncias que a determinam, nem versar sobre matéria capciosa, impertinente ou fútil.

Art. 64. Após comunicar que vai representar, não pode o representador deixar de fazê-lo.

Art. 65. A autoridade responsável pela solução da representação deve:

1 - afastar o representador da jurisdição do representado, logo que o serviço o permita;

2 - apreciar a representação, tomar as medidas regulamentares que se impuserem e publicá-las em boletim, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data do recebimento da representação.

Art. 66. Quando o pedido de reconsideração e a representação se referirem a assuntos administrativos e não a disciplinares, os prazos constantes dos artigos 59 e 60, do inciso 2 do artigo 63 e do inciso 2 do artigo 65, serão de 120 (cento e vinte) dias.

Do exame das peças acostadas aos autos verifica-se que efetivamente a parte autora procurou seguir todos os trâmites regulamentares ao insurgir-se contra as diversas punições disciplinares que lhe foram sistematicamente aplicadas, todas originadas das denúncias que fez sobre possíveis irregularidades em licitações na BABV.

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Murilo Fernandes de Almeida e Cleberson José Rocha (convocados).



Ao contrário do que alega a União, não se tem nos autos indicativos claros de que as punições e a ameaça de nova punição tenham observado o devido processo legal exigido pela Constituição Federal.

Pelo que se depreende, o impetrante, ao se tornar denunciante de irregularidades nas contratações da BABV, perdeu a condição de militar exemplar e passou a sofrer punições disciplinares em sequência, por meio de procedimentos, ainda que formal e aparentemente regulares, eivados de máculas.

Por isso, sua representação ao comandante do VII Comar não tem a pecha de irregularidade que lhe atribuiu a autoridade, imediatamente superior nem pode resultar em nova punição, como bem detectou o sentenciante de primeiro grau.

Digo mais, o provimento recorrido abordou os fatos de forma irrepreensível, merecendo destaque o seguinte trecho, *verbis*:

[...] conforme antecipei na liminar, o presente caso impressiona por vários aspectos.

O primeiro são os fortes indícios de *fraudes* na Comissão de Licitações da Base Aérea de Boa Vista, tendo em conta que sequer a Autoridade-Impetrada contesta a acusação de que algumas licitações naquela unidade militar estariam sendo vencidas por uma mesma empresa, curiosamente registrada em nome da esposa e da mãe, mas de fato gerenciada por um Sargento da Aeronáutica.

O segundo é a alegação, também não contestada, de que seria esse mesmo Sargento a pessoa encarregada de *fiscalizar* a realização dessas mesmas obras.

O terceiro é que o Impetrante era considerado de *comportamento exemplar* até que resolveu dar

conhecimento à Autoridade-Impetrada e depois ao Comandante do Comar VII, ante a alegada omissão daquele, das possíveis irregularidades (fls. 12, 13/14, 40 e 48/49). Daí em diante o comportamento atribuído ao impetrante foi sendo rebaixado na mesma medida em que era punido pela “insubordinação” de denunciar irregularidades.

O quarto é o fato de o encarregado da primeira sindicância – que resultou na primeira punição do impetrante, com bem lembrado pelo Exmo. Sr. Juiz Federal Clóvis Siqueira no Mandado de Segurança nº 2001.42.00.000257-5 – ser também integrante da Comissão de Licitações da Base Aérea de Boa Vista, exatamente um dos órgãos possivelmente envolvidos nas irregularidades.

O quinto é o fato de que as denúncias não mereceram as devidas apurações no âmbito administrativo, sendo arquivadas tanto ao nível da BABV quanto do Comar VII.

O sexto é que o impetrante foi surpreendentemente transportado da condição de *denunciante* para a de *infrator*.

O derradeiro e não menos importante é que tanto as punições já aplicadas, quanto a ameaça de punição, não observam o *devido processo legal*.

Não se tem, na hipótese, violação ao princípio da tripartição dos poderes, como insiste a União, mas simples controle jurisdicional de ato administrativo, atribuição constitucional do Poder Judiciário, da qual não pode ser afastado, mormente com alegações vazias, inconclusivas, meramente tangenciais.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial, acatando ainda as ponderadas razões expostas no parecer do MPF à fl.194.

É como voto.

## Terceira Turma

### Apelação Criminal 0001561-45.2011.4.01.3804/MG

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto  
 Apelante: Justiça Pública  
 Procuradora: Dra. Ludmila Junqueira Duarte Oliveira  
 Apelados: Lemos Parreira Empreendimentos Turísticos e Hoteleiros Ltda.  
 Maria das Graças Lemos Parreira  
 Advogados: Dr. Antônio Carlos Penzin Filho e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 05/10/2012, p. 1.410

## Ementa

*Penal. Processual Penal. Crimes contra o meio ambiente. Arts. 40 e 60 da Lei 9.605/1998. Parque Nacional da Serra da Canastra. Área de proteção ambiental de preservação permanente. Dano ocorrido em zona de amortecimento. Entorno do Parque Nacional. Dano evidenciado. Recurso provido.*

I. O art. 40 da Lei 9.605/1998, 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.

II. 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 99.274/1990, 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 Conama”.

III. O Parque Nacional da Serra da Canastra, unidade de conservação de proteção integral, foi criado pelo Decreto 70.335/1972 e tem área de 200.000ha, abrangendo a zona de amortecimento, que se constitui pelo “entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade”, consoante dispõe o art. 2º, XVIII, da Lei 9.985/2000.

IV. O fato de o Poder Público ainda não ter efetivado a regularização fundiária de toda a área de 200.000ha do Parque Nacional da Serra da Canastra não significa que as propriedades privadas abrangidas pela respectiva zona de amortecimento possam fazer uso incompatível do espaço, pois estão sujeitas a limitações ambientais e sociais. A questão ambiental não pode ser interpretada de modo meramente patrimonialista.

V. Evidenciada, pelo laudo pericial realizado, a existência de impacto ambiental negativo, causador de dano efetivo atual ou de repercussão futura à fauna, flora ou cursos de água da região na qual ocorreu o desmatamento, verifica-se não ser atípica a conduta das rés, tipificadas nos arts. 40 e 60 da Lei 9.605/1998.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso de apelação.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 24/09/2012.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, relator.

## Relatório

O Exmo Sr. Des. Federal *Tourinho Neto*: — 1. Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da Subseção Judiciário de Passos/MG, Élcio Arruda, que absolveu, sumariamente, as rés Lemos Parreira Empreendimentos Turísticos e Hoteleiros Ltda. e Maria das Graças Lemos Parreira da imputação da prática dos crimes dos arts. 40 e 60 da Lei 9.605/1998.

2. Narra a denúncia que (fls. 2A–2B):

[...] Em 27/06/2007, Agentes de Fiscalização do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) deslocaram-se até a “Fazenda Alvorada”, zona rural do município de Capitólio/MG, às margens do rio Grande (reservatório da UHE Furnas), onde funciona sem licença ambiental o empreendimento turístico potencialmente poluidor LEMOS PARREIRA EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS E HOTELEIROS LTDA., nome de fantasia OBBA COEMA VILLAGE HOTEL, administrado por MARIA DAS GRAÇAS LEMOS PARREIRA1.

No local, constataram ainda a existência de diversas construções não autorizadas em 1.200 m2 de área de preservação permanente (a menos de

100 metros da margem do reservatório: restaurante, casa de força, dois quiosques, muro de arrimo, via pavimentada de pedras, gramado, passeio, estaleiro), causando dano direto à Zona de Amortecimento do Parque Nacional da Serra da Canastra, em que localizado o complexo turístico (Laudo Técnico Ambiental nº 25/2008, fls. 86 a 89).

O empreendimento ocupa área total de 14,52 hectares e possui malha viária com canalização de águas pluviais, é servido por energia elétrica e serviços de recolhimento de resíduos sólidos, mas não possui rede de abastecimento de água e esgoto e nem tratamento de lixo (cf. anexo Relatório Técnico nº 043/2010, elaborado pela FEAM), estando situado em área rural para fins do art. 30, da Resolução CONAMA nº 302/02.

Quando da instalação do empreendimento turístico, no ano de 1999, o empreendimento submetia-se ao disposto no art. 2º da Resolução CONAMA nº 237/97 e, no âmbito estadual, vigia a Deliberação Normativa do COPAM nº 01, de 22/03/1990, que estabelecia:

Art. 8º - Para as atividades de pequeno porte, não listadas, cujas especificidades, a critério da FEAM, não exigirem a elaboração de estudos ambientais, o licenciamento competirá ao Secretário Executivo do COPAM, mediante apresentação pelo requerente do Formulário de Caracterização do Empreendimento - FCE, preenchido.

Assim, em 12/11/1990, foi apresentado FCE à Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM - fls. 172), ensejando a expedição da Certidão nº 029/2000 (fls. 171), indicando que, à época, o empreendimento não era passível de licenciamento.

Todavia, com a superveniência da Deliberação Normativa COPAM nº 74/2004, verifica-se que a Certidão nº 29/2000 perdeu a validade, visto que atualmente os complexos turísticos e de lazer com área acima de 10 hectares são passíveis de licenciamento no âmbito estadual (atualmente está enquadrado na classe 3, conforme item 1, do Anexo Único da Deliberação normativa. Cf. anexo Relatório Técnico nº 043/2010, elaborado pela FEAM). Assim, por ocasião da fiscalização realizada em 29/04/2010, foi lavrado por agentes da FEAM o Auto de Infração nº 011429/2010, determinando a suspensão das atividades e aplicando multa em razão da carência de licença de operação (cópia anexa).

Cabe ainda lembrar que, por estar situado na Zona de Amortecimento do PARNA Serra da Canastra, o funcionamento do OBBA COE.MA VILLAGE HOTEL carece de anuência da unidade de conservação, que até o momento não foi requerida<sup>4</sup>.

Ademais, em 12/08/2009 foi publicada a Deliberação Normativa COPAM nº 138, convocando ao licenciamento ambiental os empreendimentos, originalmente classificados em classe 1 e 2, localizados na zona de amortecimento das unidades de conservação de proteção integral.

Os dispositivos normativos mencionados demonstram a necessidade de os RÉUS promoverem o licenciamento ambiental corretivo do empreendimento hoteleiro.

Contudo, até julho/2010 o empreendimento não havia sido licenciado por falta de entrega de documentação pelos DENUNCIADOS, conquanto já emitido pelo órgão ambiental o pertinente formulário de orientação (FOBI). De acordo com o OF/COPAM/ASF/ASJUR 264/2010 e pesquisas realizadas no Sistema Integrado de Informação Ambiental (SIAM - cf. anexos), os DENUNCIADOS ainda não diligenciaram o andamento do necessário licenciamento ambiental.

Destarte, ao realizar intervenção, com vontade livre e consciente, em área de preservação permanente, sem a devida autorização do órgão competente, causando danos ambientais permanentes à Zona de Amortecimento do PARNA Serra da Canastra (cf. Laudo Técnico Ambiental nº 25/2008, fls. 84), os DENUNCIADOS praticaram o crime previsto no art. 40 da Lei nº 9.605/198.

Outrossim, considerando que os DENUNCIADOS, com vontade livre e consciente, fazem funcionar estabelecimento potencialmente poluidor (OBBA COEMA VILLAGE HOTEL) sem licença do órgão ambiental, praticam o crime do art. 60 da Lei 9.605/98, na forma do art. 69 do Código Penal. [...].

3. O MM. juiz *a quo* entendeu que os fatos imputados às rés são atípicos, haja vista que a área consolidada do Parque Nacional da Serra da Canastra

não inclui a área conhecida como Chapadão da Babilônia, de, aproximadamente, 130.000 hectares, onde se situa o empreendimento hoteleiro construído e explorado pelas acusadas, com edificações em 1.200 m<sup>2</sup> (mil e duzentos metros quadrados), no qual ocorreram os fatos, porque ela ainda não foi desapropriada com o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro aos proprietários. Afirmou que:

[...] Na espécie versada, as propriedades onde ocorreram os supostos delitos ambientais escapam aos limites do Parque Nacional da Serra da Canastra (71.525 ha). Nem mesmo se cuida de área não regularizada. Trata-se, sim, de zona de amortecimento (f. 16), propriedades particulares até mesmo estranhas ao plano de consecução do parâmetro estimado para a Unidade de Conservação (200.000 ha), ainda não expropriadas.

E juridicamente inexistente “unidade de conservação”, elemento objetivo-descritivo do tipo, sucumbe a imputação sob foco (art. 40), de pertinência adjungida à área do Parque efetivamente implantada (71.525 hectares) e consectários. [...].

Disse que a proteção ambiental (CF, art. 225) deve ser conciliada com o direito de propriedade (CF, art. 50, XXII e XXIV), pois ao proprietário privado ou cerceado de usar e usufruir o bem há de se assegurar prévia e justa indenização. Afirmou que o desafio de implementar o Parque Nacional da Serra da Canastra não pode permitir o descumprimento das regras do Estado de Direito.

No que concerne ao crime do art. 60 da Lei 9.605/1998, afirmou que não está presente a elementar de fazer funcionar estabelecimento potencialmente poluidor. Diante disso, absolveu, sumariamente, as rés (fls. 336–344).

4. Em apelação, o Ministério Público Federal alega que o art. 225, § 1º, III, da CF e a Lei 9.985/2000, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), dispõem que os parques nacionais são unidades de proteção integral. Alega que a criação de uma 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.

Diz que o Parque Nacional da Serra da Canastra remanesce com a área com que foi originariamente criado, assim como a zona do amortecimento definida no Plano de Manejo de 2005. Afirma que a existência de unidade de conservação não é incompatível com o regime de propriedade privada, tanto que a Lei 9.985/2000 prevê várias categorias de unidade de conservação de domínio privado, como os monumentos naturais (art. 12, §1º), as áreas de

proteção ambiental (art. 16, §1º), as reservas naturais do patrimônio particular (art. 21).

Diz que, no caso, o magistrado confundiu criação da unidade de conservação de domínio público com sua consolidação dominial, pois o fato de ainda não ter ocorrido a completa consolidação dominial da unidade de conservação não abala a obrigação do possuidor da área de observância da limitação administrativa imposta pela criação do espaço especialmente protegido.

Nesse sentido, aduz que o legislador não condicionou a criação de unidades de conservação à prévia desapropriação ou aquisição das áreas, pois a Lei 9.985/2000, nos arts. 8º, III, e 22, define com clareza os casos em que as unidades são de posse e domínio públicos. Portanto, é nítida a diferença entre a criação do espaço especialmente protegido e sua consolidação dominial. Assim, *a existência de unidade de conservação não é incompatível com o regime de propriedade privada*.

Aduz, subsidiariamente, que a conduta das recorridas provoca danos ao meio ambiente e à zona de amortecimento do Parna Serra da Canastra, pois a supressão de várias espécies nativas e sua substituição por construções do complexo de lazer implicam supressão de importante corredor ecológico de conexão com a unidade de conservação, configurando, assim, o crime do art. 40 da Lei 9.605/1998.

Diz que as recorridas praticaram o crime permanente do art. 60 da Lei 9.605/1998, porque, até o momento, o empreendimento carece da necessária licença ambiental. Requer o prosseguimento da ação penal pelos crimes previstos nos arts. 40 e 60 da Lei 9.605/1998 (fls. 346-353).

5. As rés, em contrarrazões, alegam, em síntese, que, como bem dito na sentença, a área, onde está o hotel, não pode ser considerada zona de amortecimento, porque não está nas adjacências da parte regularizada do Parque Nacional da Serra da Canastra, digna de proteção especial, reconhecida com a área de 71525 ha. Requerem o não provimento do recurso (fls. 356-370).

6. Nesta instância, o Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Blal Yassine Dalloul, manifesta-se pelo provimento do recurso (fls. 375-389).

7. É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — 1. Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal contra sentença que absolveu, sumariamente, as rés Lemos Parreira Empreendimentos Turísticos e Hoteleiros Ltda. e Maria das Graças Lemos Parreira da imputação da prática dos crimes dos arts. 40 e 60 da Lei 9.605/1998.

2. No caso, consta da denúncia que as rés causaram dano ao Parque Nacional da Serra da Canastra e à área de preservação permanente situada no seu interior, em razão da construção e exploração comercial de empreendimento hoteleiro potencialmente poluidor, desprovido de licença ambiental, com edificações em 1.200 m<sup>2</sup> (mil e duzentos metros quadrados) em área de preservação permanente (inciso I do art. 3º da Resolução Conama 302).

Constou, ainda, que o empreendimento é considerado potencialmente poluidor, porque se trata de complexo turístico e de lazer com área acima de 10 (dez) hectares, sendo exigível o licenciamento ambiental, razão pela qual foi lavrado o Auto de Infração 011429/2010 por agentes da Feam, determinando a suspensão das atividades e aplicando multa em razão da carência de licença de operação (fls. 319-327) por ocasião da fiscalização realizada em 29/04/2010.

Também, segundo a acusação, os fatos foram constatados durante fiscalização empreendida por agentes do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, no dia 27/06/2007 (Auto de Infração e Relatório de Fiscalização – fls. 4-13), sendo que, até hoje, não foi comprovada a regularização do empreendimento com a obtenção da licença ambiental, o que implica a permanência da prática dos crimes imputados.

2.1 Do crime previsto no art. 40 da Lei 9.605/1998

Na sentença, entendeu o magistrado que a propriedade onde ocorreram os supostos delitos ambientais é particular e não está dentro dos limites da área de proteção ambiental do Parque Nacional da Serra da Canastra, de modo que não se trata de zona de amortecimento, eis que está fora do plano de consecução do parâmetro estimado para a Unidade de Conservação. Assim, não existe a elementar *unidade de conservação*, para a configuração do tipo em comento.

Contudo, esse entendimento merece reforma.

O crime previsto no art. 40 da Lei 9.605/1998 dispõe que:

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro e Mônica Sifuentes.

Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, *independentemente de sua localização*:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 1º Entende-se por Unidades de Conservação de Proteção Integral as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e os Refúgios de Vida Silvestre. (Redação dada pela Lei nº 9.985, de 18.7.2000)

§ 2º A ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação de Proteção Integral será considerada circunstância agravante para a fixação da pena. (Redação dada pela Lei nº 9.985, de 18.7.2000)

§ 3º Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Esse crime trata de tipo remetido, pois o intérprete necessita de outra norma, específica, para interpretá-lo. Desse modo, ele precisará recorrer à legislação extra-penal para aplicar devidamente a norma, como a Lei 9985/2000, 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, bem como o Decreto 99.274/1990, que regulamenta as Leis 6.902/1981 e 6.938/1981, que dispõem, respectivamente, sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

É delito de perigo abstrato, pois o prejuízo ao meio ambiente é presumido caso a conduta seja praticada.

Em seu recurso, o Ministério Público Federal requer que os recorridos sejam processados e julgados pelo crime previsto no art. 40 da Lei 9.605/1998. Teceu considerações sobre a proteção ambiental conferida pela Constituição Federal ao meio ambiente, bem como sobre a definição das unidades a serem protegidas e a Lei 9.985/2000, que dispõe sobre as unidades de proteção integral, dentre elas os parques nacionais e as áreas contíguas, denominadas de zonas de amortecimento, a teor do art. 2º, XVIII, da Lei 9.985/2000.

O *Parquet* disse que o Parna Serra da Canastra, criado pelo Decreto 70.335/1972, tem área de 200.000ha, sendo que a carência de regularização fundiária e da consolidação territorial não significa desafetação e nem desvinculação da proteção especial, de modo que as áreas não indenizadas pela União, pertencentes à unidade de proteção integral, continuam protegidas, bem como as propriedades particulares que estão dentro dos limites da área de proteção ambiental do Parque Nacional da Serra da Canastra, denominadas de zona de amortecimento. Veja:

[...] 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 nº 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 dá 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 completa consolidação dominial da unidade de conservação não abala a obrigação de observância da limitação administrativa imposta pela criação do espaço especialmente protegido.

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 — o que anteriormente carecia de definição legal —, 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.*

*Assim, 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. [...].*

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. [...].

Continua o *Parquet*, afirmando que a área do Parna Serra da Canastra abrange a zona de amortecimento definida no Plano de Manejo de 2005, que se constitui pelo “*entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade*”, consoante o art. 2º, XVIII, da Lei 9.985/2000. Assim, com base nisso, disse que a existência de unidade de conservação, mesmo que não regularizada, impõe restrições que devem ser observadas no exercício da propriedade privada.

Com base nisso, esclareceu que, diversamente do que consta na sentença, a proteção da zona de amortecimento não depende da desapropriação de imóveis, visto que estes permanecem sob o domínio privado, mas sujeitos às limitações impostas para minimizar os impactos negativos sobre a unidade. Veja:

[...] Assim, tendo em vista o interesse público maior na proteção do meio ambiente, é mister a reforma da decisão de absolvição sumária 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.

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 nº 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, o exercício do direito de propriedade incorpora as limitações trazidas pela instituição da unidade de conservação, que passam a configurar 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.

Segundo o disposto no art. 28 da Lei no 9.985/2000 e seu parágrafo único, enquanto não houver a regularização fundiária da unidade de conservação de proteção integral, caso do PARNA Serra da Canastra, devem ser asseguradas às populações residentes no local, apenas, as condições e os meios necessários para a satisfação

de suas necessidades materiais, sociais e culturais, sendo vedadas quaisquer alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os seus objetivos, como a ocorrido no caso em tela.

No caso em tela, demonstrada a efetiva existência da unidade de conservação e, conseqüentemente, da respectiva zona de amortecimento, o exercício do direito de propriedade nos imóveis por ela abrangidos devem observar as limitações impostas pela criação do espaço especialmente protegido.

*Cabe destacar que a zona e amortecimento é o “entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade” (art. 2º, XVIII, da Lei nº 9.985/2000), sendo que, mesmo nos casos de unidades de posse e domínio públicos, não é prevista a desapropriação dos imóveis localizados na zona de amortecimento. Ou seja, diversamente do asseverado na sentença, a existência da zona de amortecimento não depende de desapropriação de imóveis, visto que estes permanecem sob domínio privado, apenas sujeitos às limitações impostas para minimizar os impactos negativos sobre a unidade. [...].*

Nesse diapasão, de acordo com as bem lançadas razões do *Parquet*, que são suficientes para dirimir a questão colocada em Juízo e não merecem reparos, o empreendimento hoteleiro onde ocorreram os fatos é particular e está localizado no Entorno do Parque Nacional da Serra da Canastra, denominada de zona de amortecimento, que é área de proteção ambiental permanente, conforme o disposto no art. 225, § 1º, III, da CF e na Lei 9.985/2000, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), que afirmam que os parques nacionais são unidades de proteção integral.

Essa proteção, portanto, não se restringe somente ao Parque Nacional da Serra da Canastra, mas, também, aos bens particulares situados na zona de amortecimento, que também é área de proteção federal, por se tratar de área contígua à aludida unidade de conservação.

Nesse sentido, a 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, veja:

Art. 15. A Área de Proteção Ambiental é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como

objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais. (Regulamento)

§ 1º A Área de Proteção Ambiental é constituída por terras públicas ou privadas.

Além disso, o Decreto 99.274/1990, que dispõe sobre Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, disciplina, 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 Conama”.

Nesse diapasão, a Fazenda Campo de Cima/ São Sebastião do Paraíso, Município de Delfinópolis-MG, está situada na zona de amortecimento dentro dos limites da área de proteção ambiental do Parque Nacional da Serra da Canastra, que também é área de proteção federal, por se tratar de área contígua à aludida unidade de conservação. Também está situada em área circundante da unidade de conservação porque a plantação foi realizada a 4 (quatro) metros da margem do reservatório da Usina Hidrelétrica de Mascarenhas de Moraes.

Portanto, incide na espécie o disposto no art. 40 da lei, que define crime “causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação [...]”.

A propósito, manifesta-se a jurisprudência:

[...] 2. Delito em tese cometido no interior de área de proteção ambiental localizada no Entorno do Parque Nacional do Itatiaia, criado pelo Decreto 1.713/37, floresta contígua à aludida unidade de conservação, o que faz incidir na espécie o disposto no art. 9º da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), verbis: as florestas de propriedade particular, enquanto indivisas com outras, sujeitas a regime especial, ficam subordinadas às disposições que vigorarem para estas.

3. Logo, tendo em vista que a área na qual houve o prejuízo ambiental é vizinha a outra submetida a regime especial (bem da União), compete à Justiça Federal processar e julgar o feito, nos termos do art. 109, inciso IV, da Carta Magna.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal do Juizado Especial de Resende - Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

(STJ, CC 92.722/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 24/3/2010, DJe 19/4/2010.)

[...] o Parque Nacional da Serra da Canastra foi criado por meio do Decreto n.º 70.355, de 3 de abril de 1972, com uma área total de aproximadamente 200.000ha (duzentos mil hectares), sendo que apenas

71.000ha (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.º 9.985/2000.”

(TRF 1ª Região, AI 2007.01.00.046563-1, rel.: Des. Federal Selene Almeida no julgamento, e-DJF1: 10/10/2007, Quinta Turma)

[...] I - “À época dos fatos, o local onde o crime teria sido cometido pertencia ao Município de Blumenau/SC; entretanto, posteriormente, passou a fazer parte do Parque Nacional da Serra de Itajaí, administrado pelo IBAMA, responsável por sua manutenção e preservação, nos termos do art. 4º do Decreto Presidencial de 04.06.04, que criou a referida área de proteção ambiental permanente; assim sendo, configurado o interesse público da União, desloca-se a competência para a Justiça Federal.” (STJ, CC 88013/SC, Terceira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, in DJe de 10/03/2008) II - “A jurisprudência vem se posicionando no sentido de que os delitos ambientais que afetem, de alguma forma, os interesses, bens e serviços da União, devem ser julgados na Justiça Federal. À questão ambiental não se pode dar interpretação meramente patrimonialista, calcada, apenas, na titularidade dos bens tutelados. O art. 15, parágrafo 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. Não se pode definir a competência da Justiça Federal pelo simples critério de propriedade do bem, já que a mesma não se restringe somente aos casos de bens da União, mas, também, aos bens particulares situados em áreas de proteção federal. A preservação ambiental é matéria atinente à Justiça Federal, independentemente de quem seja o titular do imóvel. Recurso em sentido estrito provido.” (Ap 2008.38.06.001613-8/MG, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma do TRF 1ª Região, unânime, e-DJF1 de 24/04/2009, p. 49) III - Assim, o crime de destruição da flora em área de preservação permanente, ainda que em terras particulares, previsto na Lei 9.605/98, atrai a competência da Justiça Federal. Precedentes do STJ e do TRF 1ª Região. III - Recurso provido.

(TRF 1ª Região, RSE 2008.38.06.001580-4/MG; rel.: Des. Federal Assusete Magalhães, Terceira Turma, e-DJF1, p. 28, de 31/07/2009.)

## 2.2 Do crime do art. 60 da Lei 9.605/1998

Afirmou o magistrado, na sentença, que não está presente a elementar de fazer funcionar estabelecimento potencialmente poluidor para a

caracterização do delito do art. 60 da Lei 9.605/1998, que dispõe:

Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

No caso, as apelantes construíram um empreendimento hoteleiro, com 1.200 m<sup>2</sup> em área de preservação permanente e com área de lazer acima de 10 (dez) hectares, que está em operação desde 2002, sem terem obtido, até o momento, licença ambiental.

A propósito, o Ministério Público Federal transcreveu em seu parecer que:

[...] Destarte, sem razão o Juiz a quo ao sustentar que não há real e concreta probabilidade de causação de poluição, pois as edificações existentes “parece[m] se postar ao largo do espectro de proteção da norma penal em apreço” (f. 344).

*Data venia*, a mera opinião do julgador sobre a potencialidade lesiva do empreendimento não se sobrepõe à legislação em vigor e à análise técnica dos órgãos ambientais.

Como apontado na inicial, na esteira do art. 225, §1º, IV, da Constituição Federal/1988, foi editada a Resolução CONAMA nº 237/97, que já indicava no Anexo I - Atividades ou Empreendimentos sujeitos ao Licenciamento Ambiental os “complexos turísticos e de lazer, inclusive parques temáticos e autódromos” como empreendimento potencialmente poluidor, passível de licenciamento ambiental (2º, §1º).

No âmbito estadual, a partir da Deliberação Normativa COPAM nº 74/2004, os complexos turísticos e de lazer com área acima de 10 hectares estão obrigados ao prévio licenciamento ambiental, classificados na classe 3, conforme item 1, do Anexo Único da Deliberação normativa. É o que se extrai do quesito 2.1 do Relatório Técnico nº 043/2010, elaborado pela FEAM (f. 322- 323). Assim, por ocasião da fiscalização realizada em 29/04/2010, foi lavrado por agentes da FEAM o Auto de Infração nº 011429/2010, determinando a suspensão das atividades e aplicando multa em razão da carência de licença de operação (f. 324-327), Cabe ainda lembrar que, por estar situado na Zona de Amortecimento do PARNA Serra da Canastra, o funcionamento do OBBA COEMA VILLAGE HOTEL carece de anuência da unidade de conservação, que até o momento não foi requerida.

Ademais, em 12/08/2009 foi publicada a Deliberação Normativa COPAM nº 138, convocando ao licenciamento ambiental os empreendimentos, originalmente classificados em classe 1 e 2,

localizados na zona de amortecimento das unidades de conservação de proteção integral.

Os dispositivos normativos mencionados demonstram a necessidade de os APELADOS promoverem o licenciamento ambiental corretivo do empreendimento hoteleiro, que é considerado potencialmente poluidor. Logo, carece de fundamento a decisão objurgada, que foi baseada na mera opinião judicial de que o empreendimento não apresenta potencialidade poluidora. [...].

Ora, tenho que até o momento não há elementos suficientes para descaracterizar os indícios de que as apelantes fazem funcionar estabelecimento potencialmente poluidor, no caso, o Obba Coema Village Hotel, sem licença do órgão ambiental, ou de que essa conduta é atípica.

Desse modo, deve-se privilegiar o princípio *in dubio pro societate*, e permitir a realização da instrução processual para se provar a certeza desse crime, de modo que subsiste a imputação pela prática do crime do art. 60 da Lei 9.605/1998.

### 3. Justa causa

Por fim, entendo que, para que a denúncia seja aceita, e não considerada inepta, é necessário que sejam observados os requisitos dispostos no art. 41 do Código de Processo Penal, consistentes na prova inequívoca da materialidade do crime e na presença de indícios de autoria, que restaram corroborados por outras provas durante a instrução criminal.

A caracterização do tipo previsto no art. 40 da Lei 9.605/1998 depende da ocorrência de efetivo dano à unidade de preservação permanente. Assim, evidenciada, pelo laudo pericial realizado, a existência de impacto ambiental negativo, causador de dano efetivo atual ou de repercussão futura à fauna, flora ou cursos de água da região na qual ocorreu o desmatamento, verifica-se não ser atípica a conduta dos réus.

Diante disso, tenho que há justa causa para que as recorridas sejam processadas pela suposta prática de crime contra o meio ambiente, pois vislumbro a existência de materialidade, consistente na prova pericial inicial de que houve dano efetivo à fauna ou à flora (Laudo Ambiental de fls. 86-89), e indícios de autoria do delito, sendo que no curso do processo será valorado o conjunto fático ou probatório, bem como confirmada ou não a perícia realizada e a autoria.

4. Ante o exposto, *dou provimento ao recurso de apelação* para que os recorridos sejam processados e julgados pelos crimes previstos nos arts. 40 e 60 da Lei 9.605/1998.

### 5. É o voto.



## Terceira Turma

Numeração única: 0002947-05.2009.4.01.3603

Apelação Criminal 2009.36.03.002962-5/MT

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto  
 Apelante: Justiça Pública  
 Procuradora: Dra. Analícia Ortega Hartz  
 Apelante: Rosane Prates de Amorim Gutjahr  
 Advogados: Dra. Gabriela Nehme Bemfica e outros  
 Apelado: Joseph Lepore  
 Apelado: Jan Paul Paladino  
 Advogados: Dr. Francisco Pereira de Queiroz e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 14/12/2012, p.1.230

### Ementa

*Penal. Processual Penal. Atentado contra a segurança de transporte aéreo. Colisão aérea. Caso Gol. Voo 1907. Razões recursais da assistência em segundo grau. Culpa. Desligamento do transponder. Negligência. Instrumento anticolisão desligado. Dosimetria. Agravante. Inobservação de dever inerente à profissão. Substituição da pena privativa de liberdade. Medida insuficiente.*

- I. O assistente da acusação pode oferecer razões recursais em segundo grau.
- II. A ausência das razões não impede o conhecimento da apelação. O Tribunal deverá apreciar o que foi posto nas alegações finais.
- III. Descabe aludir litigância de má-fé, quando a defesa exerceu seu direito como considerou apropriado, sem extrapolar a razoabilidade dos pedidos.
- IV. É admissível a culpa inconsciente, quando o agente não prevê o resultado, embora este seja previsível. Se o agente não assume o risco de produzir o resultado, mas tão só age com negligência ou imprudência, há culpa e não dolo eventual. O dolo eventual exige que o agente haja consentido no resultado.
- V. Desligamento do instrumento essencial à navegação segura – *transponder* – (imprudência, prática de ato perigosa) e negligência (falta de precaução) subsequente no monitoramento do painel de instrumentos, mormente quanto ao sinalizador de possíveis colisões (TCAS) que se encontrava igualmente desligado, comprovam a conduta culposa e dão suporte à condenação. Culpa inconsciente.
- VI. Penas-base aplicadas de forma exagerada, próximas ao máximo cominado no tipo incriminador, desconsiderando o art. 59 do Código Penal.
- VII. Tratando-se de acusados primários, de bons antecedentes, com personalidades normais e condutas sociais sem qualquer mácula e o comportamento das vítimas terem sido desinfluentes para a prática do crime, a pena-base, ainda assim, pode ficar superior ao mínimo cominado ao crime, se presente negativamente qualquer circunstância judicial (CP, art. 59).
- VIII. O motivo que impede a redução da pena-base aquém do mínimo legal cominado no tipo incriminador (Enunciado 231 da Súmula do STJ) é o mesmo que veda a elevação dessa sanção acima do máximo previsto (precedente STF – HC 100.371/CE).
- IX. Inaplicável a agravante prevista no art. 61, II, *g*, do Código Penal, uma vez que o verbo ali descrito é *violar*, cujo sentido é de ofensa voluntária, dolosa, não se coadunando com a conduta culposa descrita na denúncia, motivo da condenação.
- X. Incidência da causa de aumento contida no § 4º do art. 121 do Código Penal, se o homicídio culposo resulta de *inobservância* de regra técnica de profissão. Inobservância e não falta.

XI. As consequências do crime não podem ser sopesadas para efeito de vedação à substituição da pena privativa de liberdade, diante da proibição de interpretação da lei penal *in pejus* e porque o legislador penal, no inciso III do art. 44, diferentemente do art. 40, não incluiu essa circunstância judicial no rol a ser examinado pelo juiz antes de conceder ou negar o benefício.

XII. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ainda que a política criminal moderna caminhe no sentido de evitar ao máximo o encarceramento e o crime tenha sido culposos com pena de detenção, o que recomendaria a troca, pode não ser aplicada na medida de que seja insuficiente na espécie, diante da culpabilidade gravíssima e das circunstâncias graves relativas aos réus.

XIII. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não deve ser aplicada se não preenche os requisitos de prevenção individual e geral, positiva e negativa do crime.

## Acórdão

Decide a Turma, por maioria, vencida, em parte, a Des. Federal Mônica Sifuentes, dar parcial provimento às apelações dos réus, da assistência da acusação e do Ministério Público Federal.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 15/10/2012.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: —*

1. Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal, Rosane Prates de Amorim Gutjahr, representante da Associação de Familiares e Amigos das Vítimas do Voo 1907, na condição de assistente da acusação, Jan Paul Paladino e Joseph Lepore, cidadãos americanos, contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal Substituto Murilo Mendes, na ocasião atuando na Vara Única da Subseção Judiciária de Sinop/MT, que  *julgou procedente a denúncia e condenou os réus às penas individuais de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de detenção, em regime semiaberto, pelo crime tipificado no art. 261 (atentado contra a segurança de transporte aéreo) c/c o art. 263 (na forma qualificada) c/c o art. 258 (sanção aumentada em um terço, por aplicação da pena do homicídio culposo, no caso de morte) c/c o art. 121, § 3º (homicídio culposo), todos do Código Penal. As penas privativas de liberdade foram substituídas por duas restritivas de direitos para cada um, consubstanciadas em prestação de serviço comunitário e proibição do exercício de profissão.*

Jomarclo Fernandes dos Santos, Lucivando Tibúrcio de Alencar, Leandro José Santos de Barros e Felipe Santos dos Reis, controladores de voo do Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo – Cindacta 1, foram igualmente denunciados nestes autos. Houve o desmembramento do processo em relação aos quatro, em virtude da decisão de fl. 3.024 dos autos 0050156-11.2011.4.01.0000.

2. O *Parquet* ofereceu denúncia, primeiramente, contra todos os réus nos autos 2007.36.03.002400-5 (numeração atual 0050156-11.2011.4.01.0000), em 25/05/2007, cujo recebimento ocorreu em 19/06/2007 (fls. 990–1.003). Deduziu pretensão segundo a qual Joseph Lepore e Jan Paul Paladino conduziram a aeronave Embraer/Legacy 600, prefixo N600XL, de propriedade da empresa americana Excel Air Service, a partir do Aeródromo de São José dos Campos/SP em direção ao Aeroporto Eduardo Gomes, na cidade de Manaus/AM, *“equivocadamente e em desconformidade com o plano de voo [...], mantendo nível de cruzeiro reservado para o sentido de deslocamento contrário àquele que seguiam”*, fato que resultou em uma colisão a 37.000 pés de altitude, no início da noite de 29 de setembro de 2006, precisamente às 19:56:54 UTC, no espaço aéreo correspondente ao norte de Mato Grosso, próximo ao Município de Peixoto de Azevedo, do *winglet* (spoiler vertical na extremidade da asa) do Legacy com a aeronave Boeing 737-800, prefixo PR-GTD, voo 1907, de propriedade da empresa Gol Linhas Aéreas, que voava em sentido oposto, causando danos irreversíveis na estabilidade desta, projetando-a em vertiginosa queda, matando todos os seus 154 (cento e cinquenta e quatro) ocupantes.

Os réus conseguiram manter a aeronave Legacy em voo, mesmo estando avariada, e pousaram-na na Base Aérea da Serra do Cachimbo, sul do Estado do Pará. O acidente teria ocorrido também, consoante a acusação, porque ambos os réus

[...] *desativaram por imperícia o transponder [aparelho que interage com os radares secundários do controle aéreo e outros transponders, interrogando e fornecendo informações, principalmente sobre a posição e o deslocamento de aeronaves], que nesse estado só permaneceu porque também negligenciaram sua conferência e a dos diversos sinais de desligamento exibidos no painel [o Traffic Alert and Collision Avoidance System – TCAS estaria na posição off - sistema de alerta de colisões desligado]”. [Teriam falhado, ainda, na comunicação, porquanto] trabalharam durante toda a jornada em conjunto, mediante repartição de funções e responsabilidades [e] competia a [Jan Paul Paladino], [...] tomar as precauções regulamentares [verificação e monitoramento do transponder, após longo período sem comunicação com o centro de controle e depois de mal sucedidas tentativas nesse sentido, em outras frequências]. Não o fez. Joseph Lepore, todavia, omitiu-se na sequência, eis que, sendo informado do acontecido, quedou-se inerte.*

Posteriormente, em 27/05/2009, outra denúncia foi oferecida pelo Ministério Público Federal, somente contra Joseph Lepore e Jan Paul Paladino, a qual foi recebida no dia 08/06/2009 (fls. 718–719), dando início aos autos 2009.36.03.002962-5 (numeração atual 0002947-05.2009.4.01.3603 2009.36.03.002962-5). O motivo seria a falta de comunicação obrigatória de ambos a respeito da condição da aeronave de não estar aprovada para voo RVSM (Reduced Vertical Separation Minimum – espaço em que o controle de tráfego aéreo – ATC (Air Traffic Control) – separa verticalmente as aeronaves por um mínimo de 1.000 pés entre os níveis de voo – FL (Flight Level) 290 e fl. 410, inclusive),

[...] *desde o primeiro contato com o Serviço de Solo de São José dos Campos, quando solicitaram a autorização para dar partida nos motores; logo após quando contataram a Torre de Controle, seguido pelo contato com o Controle de Saída e, finalmente, todos os contatos com o controle de Brasília, [fazendo com que este assumisse] que a informação prestada no Plano de Voo e não suplementada pela tripulação estava correta”, [tratando] a aeronave como se aprovada para voar em condições RVSM fosse.*

No ato de recebimento da segunda peça acusatória, ficou assentado que ela seria admitida não como aditamento à primeira, mas como nova ação penal, em razão de a ação penal 2007.36.03.002400-5 já se encontrar em fase avançada.

3. O juiz *a quo* prolatou uma única sentença, em 16/05/2011, para os dois processos a fls. 3.880–3.922-v dos autos 0050156-11.2011.4.01.0000, cuja cópia integral se encontra a fls. 1.1171.159-v dos autos 0002947-05.2009.4.01.3603 2009.36.03.002962-5.

Deu como incerta, diante dos dados apresentados, a obrigação dos pilotos de contestarem a informação que lhes foi passada pela torre de São José dos Campos/SP de voarem no nível 370 até o Aeroporto Eduardo Gomes, em Manaus/AM, apesar de o plano de voo ter sido elaborado mostrando o nível 370 até Brasília, nível 360 de Brasília até o fixo Teres e nível 380 deste até Manaus/AM. Considerou como fundamento da condenação, que “*os pilotos não cumpriram o seu dever de checar com regularidade o equipamento*”, porquanto “*o transponder foi desligado às 19:01:53, [e] a colisão ocorreu às 19:56:54. Quase uma hora desligado.*” Asseverou que a falha de comunicação dos acusados com o Centro de Controle, após 12 tentativas frustradas utilizando frequências que, “*embora listadas na carta de rota, não estavam programadas no console do controlador de voo*”, não os obrigava a acionarem o transponder no código 7600, porque “*ninguém soube dizer, no curso da instrução, em que momento exato se pode considerar uma aeronave – ou um centro de controle – em falha de comunicação*”.

Assentou que,

[...] *à falta de prova pericial idônea, deve ser desconsiderada, para todos os fins, a alegação de que o TCAS (Traffic Alert and Collision Avoidance System – equipamento para detecção de possíveis colisões) nunca esteve ligado, pois essa afirmação encontra amparo apenas em prova fornecida por perito não oficial. [Ao fim, reputou prejudicada a acusação] de que os pilotos não reportaram ao Centro a expressão NON/RVSM [Reduced Vertical Separation Minimum], [porquanto], se não se podia exigir (...) que duvidassem da informação de que a aeronave estava autorizada a voar RVSM, parece lógico que eles, tendo acreditado na informação, não fizessem qualquer inserção no plano sob a condição NON/RVSM ou não comunicassem ao Centro a respeito da restrição existente. Se eles tivessem comunicado, aliás, seria a prova de que sabiam.*

4. Rosane Prates Amorim Gutjahr opôs embargos de declaração à sentença (fls. 3.940–3.944 dos autos 0050156-11.2011.4.01.0000 ou fls. 1.161–1.165 dos autos 0002947-05.2009.4.01.3603 2009.36.03.002962-5), os quais foram rejeitados pela decisão a fls. 3.933–3.934-v dos autos 0050156-11.2011.4.01.0000 ou 1.167/1.167-v dos autos 0002947-05.2009.4.01.3603 2009.36.03.002962-5.

5. O *Parquet* sustenta litigância de má-fé por parte dos réus, porque, embora tenham arrolado somente sete testemunhas, consideradas imprescindíveis pela defesa (número inferior ao permitido), atrasaram a ação penal em mais de sete meses, com

[...] *gastos públicos advindos desse período de trâmite processual, que incluiu diversos ofícios e contato*

*entre magistrado/Justiça Federal e Departamento de Cooperação Internacional, expedição de cartas rogatória e precatória, além do desmembramento do processo, mediante fotocópia integral da ação, que conta com mais de 38 volumes, entre principais, apensos e anexos.*

Aduz ser necessária a fixação de valor mínimo para reparação dos danos, com base no art. 387, IV, do Código de Processo Penal.

Pugna, também, pela aplicação sobre as penas da causa de aumento prevista no § 4º do art. 121 do Código Penal [elevação de 1/3 (um terço), se o homicídio é culposo e decorre de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício], pois “a norma visa punir com mais severidade aquele mata outrem durante o exercício de alguma profissão”. Por derradeiro, volta-se contra a substituição das penas privativas de liberdade, tendo em vista que

*[...] definitivamente não se mostram suficientes para retribuir o grande mal causado à sociedade, tampouco [...] trazer algum conforto às vítimas, em especial as dezenas de famílias que foram destruídas pelo trágico acidente aéreo de 29 de setembro de 2006.*

Requer a reforma da sentença (fls. 3.957–3.963 dos autos 0050156-11.2011.4.01.0000 ou fls. 1.177–1.183 dos autos 0002947-05.2009.4.01.3603 2009.36.03.002962-5).

6. Contrarrazões dos acusados a fls. 3.970–3.980 dos autos 0050156-11.2011.4.01.0000 ou 1.204/1.226 dos autos 0002947-05.2009.4.01.3603 2009.36.03.002962-5, pugnando pela manutenção da sentença.

7. Rosane Prates de Amorim Gutjahr sustenta, em síntese, que a sentença merece reforma, em virtude de os réus não terem observado, com o devido cuidado, as informações constantes do plano de voo, o que determinou sua realização em altitude diversa da constante do plano; por terem desligado, por imperícia, o *transponder*; por não terem acionado o código de falha de comunicação (negligência), o que teria colocado o *transponder* em modo de operação, evitando o acidente; por terem informado que a aeronave estava apta a realizar voo em condição de separação vertical reduzida – RVSM, quando, na verdade, faltava-lhe a devida autorização para esse tipo de operação; por não terem acionado o sistema anticollisão denominado TCAS; e por considerar que a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos é medida insuficiente para reprovação e prevenção do crime (fls. 3.995–4.059 dos autos 0050156-11.2011.4.01.0000 ou fls. 1.228–1.292 dos autos 0002947-05.2009.4.01.3603 2009.36.03.002962-5).

8. Contrarrazões dos acusados a fls. 4.264–4.337 dos autos 0050156-11.2011.4.01.0000 ou 1.336/1.410 dos autos 0002947-05.2009.4.01.3603 e 2009.36.03.002962-5, pugnando, em preliminar, pelo não recebimento das razões, haja vista terem sido enviadas fora do prazo. No mérito, pedem o desprovemento do recurso da assistente da acusação.

9. A defesa de Joseph Lepore e Jan Paul Paladino, às fls. 4.166–4.203 dos autos 0050156-11.2011.4.01.0000, sustenta que, ao contrário de alusões da acusação acerca da inexperiência de ambos, são pilotos de grande experiência e sem histórico de incidentes, e o Brigadeiro Jorge Kersul Filho, chefe do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aéreos – Cenipa à época do acidente informou não haver subsídio para a afirmação de inexperiência, fator considerado indeterminado pelo relatório final.

Considera a prova existente demonstrativo de que ambos cumpriram “rigorosamente os procedimentos estabelecidos pelas normas e que o acidente ocorreu por falhas de terceiros”.

Afirma que a existência de aviso permanente (TCAS off) nos painéis de cada piloto do Legacy está no campo das hipóteses, ante a inexistência de provas nesse sentido, e que a resposta de Jan Paul Paladino à pergunta formulada por Joseph Lepore imediatamente após o choque das aeronaves (*Dude, you have the TCAS on? – Yes, the TCAS is off*) não teve o sentido de demonstrar que o instrumento anticollisão estava desligado, senão o de que inexistia aviso de tráfego conflitante na tela do MFD (Multi-Function Display). Diz não haver prova cabal de que os avisos apareceram de fato no *cockpit* do Embraer Legacy 600, cujo histórico demonstra defeitos relacionados à ausência de sinais de desligamento do TCAS na cabine. Considera mera suposição a afirmação de que a volta do sinal do *transponder* teria ocorrido pela ação dos pilotos, porquanto uma das explicações possíveis para este fato estaria na deficiência do sistema de radar na região Amazônica, cujos relatos dão conta da existência de *buracos negros* [zonas de difícil ou nenhuma comunicação], tendo em vista que o sinal reapareceu no momento da colisão e o do Boeing desapareceu no mesmo instante da tela do controle.

Diz que a responsabilidade primária pelo monitoramento do *transponder* é do controle de tráfego aéreo, e que o acidente não teria ocorrido se os controladores tivessem cumprido as normas de segurança, pois

*o transponder estava operante quando o Legacy cruzou o ponto em que a descida para 36 mil pés era prevista e assim permaneceu por 7 minutos, uma eternidade em aviação, sem que o controlador*

*tomasse qualquer medida preventiva*". [Afirma que o TCAS] *umenta as condições de segurança do voo, mas não é essencial para a mesma, e não se pode atribuir peso desproporcional à importância do TCAS em função das peculiaridades deste acidente.*

Crê imprescindível a prova técnica relativa ao funcionamento do sistema TCAS Primus II, da fabricante Honeywell, a demonstrar a falta de confiabilidade do equipamento, atestada pelo Engenheiro Aeronáutico John Nixon.

Pede a defesa a absolvição dos réus ou, na hipótese de manutenção da condenação, postula a reforma da sentença, para que nova dosimetria seja feita, em razão de equívocos na análise de circunstâncias judiciais e pelo fato de o sentenciante ter aplicado a causa de aumento decorrente do art. 61, alínea *g*, do Código Penal, elevando a pena final acima do máximo legalmente previsto.

10. Contrarrazões de Rosane Prates de Amorim Gutjahn a fls. 1.412–1.444 e do Ministério Público Federal a fls. 1.455–1.465, autos 0002947-05.2009.4.01.3603 2009.36.03.002962-5, ambos pugnando pelo desprovimento da apelação dos acusados.

11. O Ministério Público Federal requereu a juntada de parecer emitido pelo ilustre Professor René Ariel Dotti, a pedido da assistência da acusação (fls. 1.517–1.562 dos autos 0002947-05.2009.4.01.3603 2009.36.03.002962-5), a respeito da substituição das penas privativas de liberdade.

12. O parecer da lavra do Procurador Regional da República Osnir Belice sugere o não provimento da apelação dos réus e o provimento das apelações do *Parquet* e da assistente da acusação (fls. 1.468–1.515 dos autos 0002947-05.2009.4.01.3603 2009.36.03.002962-5426).

13. Processo não sujeito a revisão por força do art. 290 do RITRF/1ª Região.<sup>1</sup>

14. É o relatório.

### Voto \*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: —

1. Os fatos

<sup>1</sup> *Tratando-se de apelação interposta de sentença em processo de contravenção ou de crime a que a lei comine pena de detenção, feita a distribuição, será tomado o parecer do Ministério Público Federal em cinco dias. Em seguida, os autos serão conclusos ao relator, que, em igual prazo, determinará a inclusão do feito em pauta para o julgamento.*

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro e Mônica Sifuentes.

Joseph Lepore e Jan Paul Paladino eram, respectivamente, piloto e copiloto da aeronave Embraer Legacy 600 que se chocou em altitude incompatível de voo, no início da noite de 29/09/2006, com o Boeing 737-800, prefixo PT-GDR, pertencente à empresa Gol Transportes Aéreos S/A, voo 1907, cuja queda matou todos os 154 (cento e cinquenta quatro) ocupantes. Foram condenados às penas individuais de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de detenção, em regime semiaberto, e as sanções de privação de liberdade foram substituídas por duas restritivas de direitos para cada um.

### 2. Das preliminares

2.1 *De apresentação das razões recursais pela assistência da acusação na segunda instância, sem o conhecimento do seu teor pela defesa*

Os réus suscitam suposta violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, haja vista a assistência da acusação ter arrazoadado o recurso em segundo grau sem que tivessem conhecimento do teor. Sustentam que o Ministério Público Federal apresentou as razões no Juízo *a quo*, e a lei processual penal é taxativa ao prever que a assistência deverá fazê-lo em um prazo máximo de 3 (três) dias, contados a partir do concedido ao *Parquet*, situação inócurrenente *in casu*.

É manifesta a controvérsia a respeito da possibilidade de a assistência da acusação arrazoar em segunda instância. Eduardo Silveira Melo Rodrigues, com arrimo em Mirabete, sustenta:

[...] o parágrafo [4º] acrescentado ao artigo 600 fala em apelante, sem restringir, e o assistente pode apelar, todos o sabem.

Em apoio a tal tese podemos acrescentar, ainda, que não se confunde a desnecessidade do órgão da acusação, que é o Ministério Público, com a do advogado que adere à acusação, e que pode beneficiar-se da medida, com vantagem para os que o constituíram.

Por isso que a negativa da faculdade, a nosso ver, configura, sim, e ao contrário do venerando acórdão trazido à colação (veja-se abaixo), cerceamento de defesa. No processo penal, sabe-se, o mais das vezes, o ofendido também se defende, e é nessa acepção ampla de defesa que se deve considerar o dispositivo constitucional. É direito cívico, de agir. [...]²

<sup>2</sup> *In: O excepcional arrazoamento de recurso em segunda instância: o art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal. Artigo extraído em 28/05/2012, de <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/>*

Em oposição a este entendimento, temos o seguinte precedente apresentado pelo autor do artigo, que foi adotado pela defesa dos réus:

[...] Não se poderá equiparar a figura do assistente daquela que encarna o Defensor do réu. Este, por força de mandamento constitucional, inerente à garantia individual da ampla defesa; aquele, meramente facultativo e substituto do titular da ação penal, em casos específicos que a lei disciplina. Dessarte, a falta de razões do recurso do assistente do Ministério Público não pode ser equiparada à faculdade dada ao réu de apresentá-las em 2ª Instância. A permitir que ocorresse a faculdade do assistente arrazoar em 2ª Instância estaríamos, isto sim, cerceando o direito de defesa, por isso que esta só saberia no Tribunal ad quem qual o posicionamento da acusação. (RJTJESP 102/392). [...]

Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, concorda com este ponto de vista, ensinando:

Arrazoado do assistente da acusação: deverá ser apresentado no prazo de três dias, após tê-lo feito o representante do Ministério Público. Saliente-se, no entanto, que é preciso juntar aos autos o alegado pelo Ministério Público, seja a título de razões, seja de contra-razões, para, depois, intimar-se o assistente. Logo, o prazo começa a correr da intimação e não da juntada das alegações do Ministério Público.

[...]

Apresentação das razões na superior instância: *trata-se de faculdade concedida somente à defesa*, pois o promotor responsável pelo processo deve apresentar as razões em primeiro grau. Não haveria sentido que os autos do processo subissem ao Tribunal para que, então, fosse aberta vista à acusação, saindo o representante do Ministério Público de sua Comarca e dirigindo-se à Corte somente para protocolar as razões. Por outro lado, não seria viável que um Procurador de Justiça o fizesse, em seu lugar, uma vez que sua função não é arrazoar recursos do Ministério Público, mas sim oferecer um parecer imparcial sobre o tema. E, por fim, se o promotor da Comarca de origem invocasse o dispositivo e não ficasse responsável pela apresentação das razões, haveria o Procurador-Geral de Justiça de designar um outro promotor para essa tarefa, o que somente conturbaria a carreira. A defesa, por seu turno, pode pleitear neste sentido, pois nada impede que exerça a advocacia em qualquer Comarca, motivo pelo qual, torna-se até mais fácil, caso o escritório do defensor seja na Capital, onde está situado o Tribunal, que o oferecimento das razões seja feito na superior

instância e não na Comarca do Interior, onde foi prolatada a sentença. (sublinhei)

Dispõem o inciso I do art. 593, o *caput*, e os §§ 1º e 4º do art. 600, ambos do Código de Processo Penal:

Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

I- das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;

[...]

Assinado o termo de apelação, o apelante e, depois dele, o apelado terão o prazo de oito dias cada um para oferecer razões, salvo nos processos de contravenção, em que o prazo será de três dias.

§ 1º Se houver assistente, este arrazoará, no prazo de três dias, após o Ministério Público.

[...]

§ 4º Se o apelante declarar, na petição ou no termo, ao interpor a apelação, que deseja arrazoar na superior instância, serão os autos remetidos ao tribunal ad quem onde será aberta vista às partes, observados os prazos legais, notificadas as partes pela publicação oficial.

Com efeito, o art. 600 Código de Processo Penal demonstra ausência de proibição a qualquer das partes de arrazoamento da apelação em segunda instância, pois tanto o *caput* quanto o § 4º empregam o termo *apelante*, sem especificarem o destinatário da norma. Assim, a despeito de haver entendimento no sentido de que o *Parquet* só pode oferecer as razões em primeiro grau, ao meu juízo, não pode o magistrado interpretar o § 4º *in pejus*, de modo a inviabilizar a pretensão do assistente. A apresentação das razões tanto pode dar-se na primeira instância como no segundo grau, à míngua de norma expressa proibindo a apresentação no Tribunal.

De acordo com entendimento da Quinta Turma do STJ, o assistente da acusação detém legitimidade recursal supletiva. Veja-se precedente nesse sentido:

O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer quando o Ministério Público abster-se de fazê-lo, como na hipótese dos autos, ou ainda, quando o seu recurso for parcial, não abrangendo a totalidade das questões discutidas. Precedentes desta Corte.

(REsp 828.418/AL, rel. Min. Laurita Vaz; 5ª Turma, DJ de 23/04/2007, p. 304.)

Na espécie, a apelação ministerial visa à reforma de somente parte da sentença, fato em tese autorizador do recurso por parte da assistência da acusação, que pretende a rediscussão de toda a matéria, inclusive no tocante à indenização pelos danos causados.

Tendo em vista a manifestação de Rosane Prates Gutjahr, em 25/05/2011, expressando o desejo de apelar (fl. 3.939 dos autos 0050156-41.2011.4.01.0000), reivindicando, porém, a apresentação de suas razões na segunda instância com base no permissivo legal, houve decisão favorável do juiz substituto nesse sentido (fl. 3.946) e o *Parquet* requereu a intimação do advogado da assistente da acusação para cumprimento do mister aqui neste Tribunal (fls. 3.985–3.986), pleito atendido por meio do despacho que proferi a fls. 3.987–3.988. As razões estão datadas de 14/09/2011 (fl. 4.059).

Já o Ministério Público Federal expressou o desejo de apelar da sentença em 21/06/2011 (fl. 1.171 dos autos 0002947-05.2009.4.01.3603 2009.36.03.002962-5), e as razões foram apresentadas no dia 11/07/2011, ainda na primeira instância.

A defesa, por sua vez, interpôs apelação em 20/05/2011 (fl. 3.931 dos autos 0050156-41.2011.4.01.0000), cujas razões foram protocoladas no dia 24/10/2011 (fl. 4.066), e apresentou as contrarrazões ao recurso da assistente da acusação em 25/10/2011 (fl. 4.263).

Portanto, à vista do entendimento unânime da Terceira Turma deste TRF 1ª Região segundo o qual a não apresentação das razões pelo assistente da acusação implica:

Intempestividade que se caracteriza como mera irregularidade, sem prejuízo ao conhecimento da apelação.

(ACR 2003.33.00.006868-9/BA; rel. Juiz Federal César Jatahy Fonseca (convocado); e-DJF1, p. 46, de 12/02/2010.)

Rejeito, assim, a preliminar.

### 2.2 Litigância de má-fé

O *Parquet* pretende a condenação dos réus por esse motivo porque, malgrado tenham arrolado somente sete testemunhas, consideradas imprescindíveis pela defesa (número inferior ao permitido), atrasaram a ação penal em mais de sete meses, com [...]

*gastos públicos advindos desse período de trâmite processual, que incluiu diversos ofícios e contato entre magistrado/Justiça Federal e Departamento de Cooperação Internacional, expedição de cartas rogatória e precatória, além do desmembramento do processo, mediante fotocópia integral da ação, que conta com mais de 38 volumes, entre principais, apensos e anexos.*

O juiz a quo afastou o argumento asseverando (fl. 3.890):

[...] O Ministério Público Federal formula pedido objetivando a condenação dos réus por litigância de má-fé. Não vejo como acolher o pedido. A defesa diz que não atuou de modo a protelar o andamento processual. Cita, como exemplo, o fato de ter arrolado testemunhas em menor número do que a lei permite. Esse argumento é forte. De fato, tivesse a defesa a intenção de “eternizar” o curso da demanda, indicaria um número maior de testemunhas. Não me ocorre outro fato que possa ser havido como atitude protelatória. Quando deferi a oitiva de testemunhas no exterior, procedi desse modo pelas seguintes razões. Primeiro, para assegurar o direito de defesa, que seria inevitavelmente violado se o pedido fosse indeferido. Um processo penal em que o juiz indefere depoimentos de quase todas as testemunhas de defesa é processo flagrantemente nulo. Segundo, como decorrência do que foi dito, assegurei a pretensão da defesa também para evitar nulidade insanável. Depois, em um contexto em que se já definira o interrogatório por videoconferência, a defesa optou por apresentar declarações escritas. Não houve grande atraso processual por causa disso. Nada que impedisse que se chegasse ao julgamento ainda no mês de maio – para afastar a tão temida prescrição levantada insistentemente pela assistência da acusação, sempre nos meios de comunicação e quase nunca no processo – que eu me recorde, nenhuma vez. [...]

O pequeno atraso no julgamento do processo, como revela o magistrado de primeiro grau, decorreu do respeito ao princípio da ampla defesa, elemento integrante do devido processo legal, de caráter constitucional, para evitar nulidades insanáveis. A defesa dos réus exerceu seu direito como considerou apropriado, sem extrapolar a razoabilidade dos pedidos. Ademais, os autos demonstram o extremo cuidado do Juízo quanto aos procedimentos processuais. Por isso, não teria ele permitido qualquer ação que tivesse por intuito *prolongar* indefinidamente o curso processual.

Além do mais, a preocupação com a possível prescrição do crime naquele momento foi sanada com a sentença.

Rejeito, também, esta preliminar.

### 3. Mérito.

Primeiramente, nem dolo eventual nem culpa consciente podem ser atribuídas aos réus sem que isso implique, necessariamente, reconhecimento de que ambos, naquele fatídico momento, malgrado não quisessem o resultado *colisão aérea*, assumiram o risco de produzi-lo ou, mesmo prevendo-o, confiaram que não aconteceria. Tudo isso sem qualquer cuidado com as próprias vidas e as dos outros passageiros sob sua responsabilidade, além, obviamente, das 154 vítimas do voo 1907. Caso fosse adotado este entendimento,

estar-se-ia partindo do pressuposto de que os dois tinham consciência de que percorriam a aerovia no sentido Brasília/Manaus no nível errado e mesmo assim se mantiveram inertes em alterá-lo, jogando com a sorte. Isso definitivamente não parece o ocorrido, a menos que estivessem passando por problemas muito graves de ordem psicológica, com intenção deliberada de se matarem, fato não evidenciado nos autos.

Os acusados foram taxados de inexperientes pela acusação. Mas ninguém voa equipamento movido a propulsão a jato, comercial e internacionalmente, durante anos, sem possuir experiência comprovada. Que empresário contrataria uma pessoa descapacitada para assumir o comando de uma aeronave em uma atividade onde segurança é palavra de ordem? Há de se convir que a Empresa Brasileira de Aeronáutica - Embraer seria absolutamente irresponsável, caso entregasse um avião de US\$ 25 milhões de dólares nas mãos de pessoas inabilitadas para tal, sabendo dos riscos inerentes a um voo sobre o território nacional e sobre o espaço aéreo de outros países.

À fl. 4.170 dos autos 0050156-41.2011.4.01.0000 MT colhe-se a informação:

[...] *Joseph Lepore* nasceu em 27/06/64. Em 1987, graduou-se no Instituto de Tecnologia da Flórida, com especialização em Gerenciamento de Aviação. Começou a pilotar em 1982, possui certificados da FAA<sup>3</sup> e licenças como piloto de transporte em linha aérea, piloto de aviões com uma ou mais turbinas e de instrutor de voo credenciado. Estava licenciado para voar aeronaves G1159, CE500 e Embraer 145. Trabalhou na American Tissue Corporation, Eastway Aviation, Business Express Airlines, voando aviões Citation C550, BA e Jetstream 41. Em 2001, foi contratado pela ExcelAire, onde havia trabalhado com aeronaves Citation II, Gulfstream II e Gulfstream III. Possuía, na época, cerca de 9300 horas de voo. Trabalha na empresa ExcelAire.

*Jan Paul Paladino* nasceu em 08/04/1972. Graduou-se em Ciência Aeronáutica pela Universidade Aeronáutica Embry-Riddle, com estudos em prevenção de acidentes. Possui certificados do FAA e licença como piloto de transporte em linha aérea, avião multiturbinas, aeronaves dos tipos BAE 3100 e Embraer 145, além de certificado de engenharia de voo para Boeing 727. Foi capitão do Embraer 145 da American Eagle Airlines. Trabalhou mais de 4 anos na American Airlines como primeiro oficial de aeronaves série MD-80. Foi engenheiro de voo de Boeing

727, voando na América Central, do Sul e no Caribe. Foi capitão e co-piloto da Atlantic Coast Airline, pilotando um Jetstream 3100. Foi contratado pela ExcelAire em 2006. Possuía cerca de 6300 horas de voo. Trabalha na American Airlines. (...)

Não custa lembrar, os dois são cidadãos americanos e os Estados Unidos da América são reconhecidamente rígidos no tocante ao cumprimento de regras, sobretudo as referentes a controle de voo e do espaço aéreo, principalmente após 11/09/2001.

Dentro desse prisma, atendo-me tão somente à acusação de desligamento do *transponder* por imperícia e a subsequente negligência quanto ao cuidado de observação constante dos instrumentos, sobretudo do TCAS – *Traffic Collision Avoidance System* (Alerta de Tráfego e sistema anticollisão), que resultou nas condenações, pois ela é motivo de inconformismo tanto dos réus, no sentido da absolvição, quanto da assistência da acusação. Explico: o exame dos demais tópicos da denúncia em nada contribuirá para formar uma compreensão diferente acerca da culpa dos réus, no sentido de alterar-lhes as penas *in pejus*; implicará, ao final, manutenção ou apenas diminuição das sanções impostas ou, ainda, as absolvições, uma vez que as penas-base foram fixadas pelo juiz *a quo* em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de detenção, quase o máximo de três anos cominado no preceito secundário do § 3º do art. 121 do Código Penal<sup>4</sup>, considerando que se trata de réus primários e de bons antecedentes, apesar desse motivo, *per se*, não ensejar a fixação da sanção no mínimo legal.

Ademais, o julgador não é obrigado a analisar ponto-a-ponto os quesitos levantados pelas partes, bastando que fundamente a decisão diante da convicção formada a partir das provas existentes nos autos, em consonância com o princípio do livre convencimento motivado (CF/1988, art. 93, IX).

A assistência da acusação afirma que

[...] o que a caixa de voz da aeronave registra é uma completa falta de atenção, um total despreparo para operar o equipamento Legacy, assim como um absoluto desprezo pelas normas de segurança na navegação aérea.

A defesa, por sua vez, alega que a existência de aviso permanente (TCAS *off*) nos painéis de cada piloto do Legacy está no campo das hipóteses, ante a inexistência de provas nesse sentido, e que a resposta

<sup>3</sup> Entidade governamental dos Estados Unidos da América responsável pelos regulamentos e todos os aspectos da aviação civil nos Estados Unidos. (Fonte: Wikipédia)

<sup>4</sup> § 3º Se o homicídio é culposo:  
Pena - detenção, de um a três anos.



de Jan Paul Paladino à pergunta formulada por Joseph Lepore imediatamente após o choque das aeronaves (*Dude, you have the TCAS on?* (Cara, o TCAS estava ligado?). – *Yes, the TCAS is off* (Sim, estava desligado) não teve o sentido de demonstrar que o instrumento anticolisão estava desligado, senão o de que inexistia aviso de tráfego conflitante na tela do MFD (*Multi-Function Display*).

Sustenta, também, não haver prova cabal de que os avisos apareceram de fato no *cockpit* (Cabine de pilotagem, situada na frente de um avião, onde os pilotos o controlam) do Embraer Legacy 600, cujo histórico demonstra defeitos relacionados à ausência de sinais de desligamento do TCAS na cabine. Considera mera suposição a afirmação de que a volta do sinal do *transponder* – dispositivo de comunicação eletrônico complementar de automação e cujo objetivo é receber, amplificar e retransmitir um sinal em uma frequência diferente ou transmitir de uma fonte uma mensagem pré-determinada em resposta à outra pré-definida *de outra fonte* – teria ocorrido pela ação dos pilotos, porquanto uma das explicações possíveis para este fato estaria na deficiência do sistema de radar na Região Amazônica, cujos relatos dão conta da existência de *buracos negros* [zonas de difícil ou nenhuma comunicação], tendo em vista que o sinal reapareceu no momento da colisão e o do Boeing desapareceu no mesmo instante da tela do controle.

Afirma, ainda, que a responsabilidade primária pelo monitoramento do *transponder* é do controle de tráfego aéreo, e que o acidente não teria ocorrido se os controladores tivessem cumprido as normas de segurança, pois

[...] o *transponder* estava operante quando o Legacy cruzou o ponto em que a descida para 36 mil pés era prevista e assim permaneceu por 7 minutos, uma eternidade em aviação, sem que o controlador tomasse qualquer medida preventiva;

Aduz, ao fim, que o TCAS

[...] aumenta as condições de segurança do voo, mas não é essencial para a mesma; [e] não se pode atribuir peso desproporcional à importância do TCAS em função das peculiaridades deste acidente.

Está consignado na sentença:

(2ª) O *transponder* é um aparelho que interage com os radares secundários do controle de tráfego aéreo e com outros *transponders*, interrogando e fornecendo informações, principalmente sobre a posição e o deslocamento da aeronave. A interação com os radares secundários é essencial para que o controle do tráfego aéreo possa aquilatar, com

razoável confiabilidade, a *altitude da aeronave*. O segundo tipo de interação é com equipamentos semelhantes instalados nas outras aeronaves. O *transponder* funciona de forma integrada com o TCAS. Em situações críticas, quando o risco de colisão é iminente, o TCAS emite resoluções de manobras evasivas capazes de garantir uma distância segura. Diz a denúncia que o *transponder* foi desligado, pontualmente, às 19h01m53, quando os pilotos exercitavam alguns sistemas e equipamentos da aeronave, com o fito de aprender e aprimorar o manuseio deles. Por não estarem afeiçoados ao funcionamento de alguns itens, acabaram desativando acidentalmente o *transponder*.

(3ª) A essa momentânea imperícia ativa, sustenta a acusação que seguiu-se uma longa negligência omissiva dos denunciados, pois deixaram de dispensar a devida e contínua atenção ao funcionamento do equipamento, em que pesem os avisos de desligamento que ficaram permanentemente expostos a cada um deles. Quatro deles do painel exibiram, desde a desativação, o aviso “TCAS off” – TCAS desligado.

É indiscutível, [afirma o juiz a quo] que o *transponder* parou de funcionar durante o voo. Parou de funcionar tão-logo o avião passou pelo Centro de Brasília e só entrou novamente em funcionamento momentos após a colisão. Os trabalhos periciais não deixam qualquer espécie de dúvida a respeito. Tampouco as partes questionam o fato. O que pende de esclarecimento no processo é saber se o desligamento deu-se por falha do sistema ou por obra humana – por ação dos pilotos, que o teriam desligado por imperícia, segundo a tese da acusação.

[...]

O laudo do Instituto de Criminalística, no entanto, afastou qualquer dúvida que pudesse existir: “A análise dos dados obtidos mostra que a aeronave N600XL manteve uma altitude de cruzeiro de 37.000 pés, desde o término de sua manobra de subida até o momento da colisão... Após a colisão, a aeronave iniciou uma manobra de descida até o momento da aterrissagem. *Durante o voo em cruzeiro, a aeronave manteve seu piloto automático acionado, com a altitude selecionada de 37.000 pés, de modo que não se verifica nenhum desvio significativo em sua altitude*” (fl. 878).

Quanto ao desligamento do *transponder*, convém, inicialmente, deixar expressamente consignado na sentença o seguinte excerto do laudo: “Deve-se ressaltar que o espaço disponível para armazenar parâmetros em um dispositivo FDR é finito, de modo que muitos parâmetros não são armazenados, incluindo vários que poderiam ser de interesse ao presente apuratório. *Em particular, o FDR das aeronaves Embraer Legacy 600 não armazena estado de operação do transponder ou do TCAS, a frequência sintonizada no sistema de radiocomunicação e nem o código transponder programado no equipamento*” (fl. 880).

Parece-me [continua o juiz a quo] extremamente relevante, para a análise da questão posta à apreciação judicial, a informação de que não há, nas aeronaves Legacy, sistema destinado a armazenar informações relacionadas com operações do transponder e do TCAS. Dessa informação se pode deduzir, com tranqüilidade, que o desligamento do transponder foi verificado não por análise direta do equipamento – que não o registrou –, mas em decorrência de verificações feitas em outros equipamentos. Realizou-se, desse modo, uma espécie de prova pericial indireta. De fato, diz o laudo que “a conclusão de que o transponder e, conseqüentemente, o TCAS da aeronave N600XL estavam inoperantes no momento da colisão deve fundamentar-se em outras evidências, tais como: ausência de TAs ou RAs nas cabines de ambas as aeronaves, posto que o TCAS da aeronave PR-GTD [voo 1907] sabidamente encontrava-se em funcionamento; ausência de contato do transponder da aeronave N600XL com os radares do ACC-BS e ACC-AZ, enquanto as demais aeronaves eram detectadas normalmente; áudio da cabine; diálogo transcrito” (fl. 881).

Assim situado o problema, registre-se que o desligamento do transponder e o horário em que ele ocorreu foram detectados pela perícia oficial depois de visita feita pelos técnicos ao CINDACTA I (Centro de Controle de Brasília). Foi ali, analisando os equipamentos utilizados pelos controladores (consoles), que os técnicos chegaram à seguinte conclusão: “A partir das 19:01:53, o alvo da aeronave N600XL deixou de apresentar o círculo que significa contato com o radar secundário. Ao mesmo tempo, a etiqueta de dados passou a apresentar o símbolo “Z”, indicando que a altitude apresentada era fornecida pelo radar primário do ACC-BS. Embora o contato do radar secundário com o transponder da aeronave N600XL tivesse sido perdido, o mesmo não ocorreu com as demais aeronaves apresentadas na tela radar. *Como o radar secundário do ACC-BS permaneceu recebendo os sinais dos transponders das demais aeronaves do setor, conclui-se que esse sistema radar não apresentava mau-funcionamento e que a perda do contato com o transponder do N600XL deveu-se ao fato do equipamento a bordo não estar em operação*” (fl. 869). A perícia descartou a possibilidade de falha no “sistema”, pois as demais aeronaves que sobrevoavam o Centro estavam perfeitamente identificadas no console, emitindo os sinais respectivos, de modo que atribuiu a perda de contato entre o Legacy e o Centro de Controle, pelo radar secundário, ao fato de equipamento de bordo não estar em operação.

Já se afastou, com base em afirmação constante da perícia, a teoria de que os pilotos tivessem desligado o transponder com a intenção de realizarem manobras experimentais, e assim não serem flagrados pelo sistema de controle aéreo. O Ministério Público Federal e a assistência de acusação sustentam, todavia, que foram descartadas

todas as possibilidades de falha técnica, de modo que a única possibilidade de desligamento ficaria por conta de falha humana. Advertem também – a acusação e a assistência – para o fato de que os pilotos não estavam suficientemente familiarizados com equipamento da aeronave, sendo que faziam consultas ao Manual para melhor poderem operá-la.

Quanto a esse último ponto [afirma o juiz a quo], é imprescindível que se contextualize o problema, tomando por base afirmações e conclusões tiradas do próprio trabalho pericial.

Os peritos, em dado momento, se preocuparam em levantar, afinal, uma hipótese que explicasse o desligamento do transponder por força de erro ou mesmo imperícia dos pilotos – uma vez que a tese do desligamento doloso jamais foi aventada.

Analisando os diálogos constantes da “caixa-preta”, verificaram [os peritos] que os pilotos, a certa altura do voo, estavam preocupados em efetuar cálculo de consumo de combustível. Após dizer que os pilotos planejavam o voo do dia seguinte, o laudo consigna que “das 19:04:09 às 19:04:18, observa-se que o piloto faz referência à tela de inicialização de performance, a qual aparece no FMS sob o comando *Perf Init*, e também ao comando *Next*, disponível na referida tela, sugerindo que encontrava-se, nesse momento, operando tais comandos”. *A hipótese construída foi, então, a seguinte: se os pilotos, para fazerem os cálculos de combustível necessário à viagem do dia seguinte, operavam o FMS e se nesse momento o transponder foi desligado, o desligamento muito possivelmente seria devido a um erro – imperícia – na operação do equipamento.*

A hipótese foi posta à prova pelos próprios peritos que a formularam. O resultado foi o seguinte: “De acordo com a página 6-107 do Manual de Operação do Piloto, o FMS pode ser utilizado para ajustar a frequência de operação do radiocomunicador da aeronave, bem como o código transponder acionado. *Entretanto, o manual não faz nenhuma menção à possibilidade de utilizar o FMS para desativar o transponder. Os peritos ainda procederam a uma análise in loco do FMS instalado na aeronave ERJ-145 pertencente ao Departamento da Polícia Federal, que possui funcionamento análogo ao da aeronave Legacy 600. Não foi possível desativar o transponder da aeronave através do uso do FMS*” (fl. 914).

Levando-se em consideração a afirmação de que não é possível, pelo simples manuseio do FMS, desligar o transponder, perde em consistência o argumento de que teriam sido descartadas todas as possibilidades de falhas técnicas e só restaria a possibilidade de falha humana culposa.

De fato, se é verdade que a falha humana culposa, descartada a falha técnica, existe como uma possibilidade plausível, e por isso não pode ser descartada, também não se pode esquecer nem

descartar a hipótese segundo a qual, no momento do desligamento do transponder, os pilotos operavam o FMS, equipamento cujo manuseio, de forma errada que seja, não permite, de acordo com a conclusão do Instituto de Criminalística, o desligamento do aparelho – transponder.

A análise da prova feita pela acusação e pela assistência de acusação leva em conta apenas o primeiro ponto, não fazendo menção ao segundo. Mas o fato é que as afirmações da perícia, no ponto em que analisa o contexto em que ocorreu o desligamento do transponder, põem em xeque a conclusão geral de que só por falha humana ele poderia ser desligado, pois naquele momento e naquela situação específica, em que os pilotos operavam o FMS, ainda que se pudesse admitir a falha como uma hipótese concreta, a ocorrência dela não teria aptidão para realizar o resultado – disso dando conta, de modo inequívoco, a perícia realizada.

Poder-se-ia, por meio de um exercício um tanto quanto forçado, admitir que os pilotos simulassem estar mexendo no FMS, quando em verdade estavam operando o RMU (este, sim, um aparelho cuja operação pode resultar no desligamento do transponder – mais precisamente, pressionando-se, *por duas vezes*, o botão localizado ao lado do modo de operação - fl. 912), mas aí já se estaria no campo da mais completa especulação. Seja lá como for, ainda que se quisesse seguir por esse caminho e imaginar que os réus estivessem em verdade manuseando o RMU para com ele melhor se familiarizar, não há como explicar como não tivessem percebido o desligamento depois de acionar duas vezes o botão respectivo. O painel reproduzido na perícia contém signos bem claros e destacados, de modo que o desligamento seria facilmente percebido, ainda mais em se partindo do pressuposto lógico de que ninguém que queira familiarizar-se com um equipamento vá deixar de olhar para a função respectiva após efetuar o comando. Se é que se quer admitir a teoria da “familiarização”, deve-se admitir também que eles estariam conferindo o resultado de cada operação, na base do “aciona um comando e verifica o resultado”. E, em conferindo, teriam naturalmente percebido, pois o botão está, no painel, exatamente ao lado do espaço indicativo das funções.

O laudo do CENIPA submeteu o painel a testes de campo e de laboratório. Foram propostas e realizadas diversas situações que pudessem de algum modo levar à falha do transponder. “A proposta de teste”, consigna o relatório, “tinha como principal objetivo fazer com que todas as investigações e barramentos digitais entre as unidades TCAS, RCZ e RMU fossem exaustivamente testadas, incluindo diversas situações normais e anormais. A proposta incluiu, também, exercitar todas as situações imagináveis que, de alguma forma, pudessem causar a mudança do Transponder

para Stand-by ou provocar a interrupção dos sinais do Transponder”.

Depois de concluído o trabalho, verificou-se que, submetido às situações indutoras de falhas (“provocação de um comportamento anormal não previsto”, nas palavras do relatório), o aparelho não apresentou defeitos: “Após a realização de todos os testes na aeronave N600XL, bem como os testes de bancada e integração das unidades, não foi encontrada nenhuma evidência factual para explicar a interrupção da emissão do sinal do transponder, em termos de falha ou comportamento anormal do sistema do N600XL” (fl. 32).

Chama a atenção o proposital comedimento no uso da linguagem. O laudo não faz uma afirmação categórica, do tipo “não houve falha no equipamento”, por exemplo, antes se referindo à inexistência de “evidência factual para explicar a interrupção da emissão do sinal”. O máximo que se pode extrair dessa afirmação do relatório [afirma o juiz a quo], depois de realizada perícia, é, quando muito, a conclusão de que, testado o equipamento *depois do acidente*, com adoção de práticas que fossem inclusive situações de anormalidade, verificou-se que ele (equipamento), *naquela situação e momento específicos*, não apresentou falha. Mas o laudo não diz que o desligamento não se deu por falha do sistema N600XL. Afirmar que não há evidências que expliquem o desligamento do transponder não é o mesmo que afirmar que não ocorreu falha no equipamento. Entende-se a limitação do trabalho pericial. Tivesse a aeronave Legacy sistema de armazenamento de dados do transponder, a possibilidade de elucidação desse fato controvertido estaria mais facilmente ao alcance dos peritos.

O que se pode tirar da conclusão do laudo do CENIPA, do ponto de vista da técnica processual, no que ela cuida da matéria probatória, é que há um “forte indício” de que não houve falha no equipamento, indício a que se pôde chegar depois da realização de prova pericial indireta. “Considera-se indício”, dispõe o Código de Processo Penal, “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outras ou outras circunstâncias” (art. 239 do CPP). Desconsiderando-se a rejeição que boa parte da doutrina e da jurisprudência nutre pela possibilidade de condenação com base em indícios, o certo é que, segundo a letra da lei, para que se possa configurar validamente um indício é necessário ao menos que a primeira circunstância esteja “provada”. Só a partir da prova cabal da primeira circunstância é que pode chegar a juízo de relativa certeza sobre a segunda. E o que se tem no presente caso? Tem-se um indício apenas (forte que seja) sobre a primeira circunstância: “nenhuma evidência factual” que pudesse dar conta de explicar a falha no equipamento. Se dessa afirmação se pudesse tirar imediatamente a conclusão de que “só pode ter havido falha humana”, o raciocínio assim

elaborado teria contra si o fato de estar fundamentado em “indício de indício”. A menos que se queira tomar como prova a expressão “evidências”, o que não estaria de maneira alguma de acordo com o que defende a doutrina majoritária. Entre “evidências” e prova há uma considerável distância semântica, ainda mais em se tratando de matéria penal.

Há outro dado que indica que a possibilidade de falha no equipamento não foi totalmente descartada, e que se está, portanto, ainda no campo das “evidências”.

Quando ainda tramitava o inquérito, a defesa dos pilotos apresentou memoriais dirigidos ao ilustre Delegado que o instaurara. Em certo trecho da peça encaminhada à autoridade policial, faz a defesa menção a uma consulta ao banco de dados do FAA, que dava conta da ocorrência de “nove casos de falha no TCAS e/ou transponder durante a operação de aeronave 135/145 da Embraer”, sendo que “em três dos nove acidentes, a manutenção não conseguiu encontrar nenhum defeito no TCAs e/ou transponder” (fl. 85 do apenso IX). Em seguida, a defesa arrolou os casos a que se referia. Essa informação, ao que se vê do relatório final, não foi tomada em consideração na linha de investigação definida pelo Instituto de Criminalística. Pelo menos não se encontra no documento final nada que se pareça com uma simples resposta que seja aos questionamentos formulados pela defesa. Está certo que o ordenamento não garante o contraditório e a ampla defesa no inquérito. Mas isso não significa que a autoridade policial deva abandonar argumento da defesa quando ela comparece espontaneamente ao inquérito e quando formula pedido cuja pertinência com a prova que está sendo produzida é inegável. Houve falhas em equipamentos similares? E, se houve, é verdadeira a afirmação de que o motivo das falhas não foi detectado pela manutenção? Era lícito desconsiderar esses fatos, deixando-se de levar em conta, quando menos, o ineditismo do caso? É bom lembrar, aliás, que o Instituto de Criminalística, quando quis saber se era possível desligar o transponder a partir do manuseio do FMS, analisou, por conta própria, equipamento similar que tinha sob guarda. Nada custava pedir à Embraer informações sobre a alegação de defeitos em aparelhos utilizados em outras aeronaves. Mas esse, afinal, é um argumento de acréscimo. Suponho já ter explicado suficientemente as razões pelas quais não se pode afirmar, com a certeza exigida em matéria penal, que não houve falha no equipamento do Legacy.

Cumpra, a propósito, transcrever precedente da Suprema Corte:

[...]

*Cabe, ao contrário, ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado* (HC 83947/AM, rel. Min. Celso de Mello, 07/08/2007).

O que se pode dizer, depois de consulta ao trabalho pericial, é que no mínimo faltou um aprofundamento das investigações. A linha de investigação adotada concluiu que, operando o FMS, os pilotos não teriam condições de desligar o transponder. E os dados tudo indica (sic) que eles estavam, de fato, manuseando o FMS. Os dados concretos recolhidos do material analisado dão sustentação à formulação da tese.

A defesa, quanto a este fato, expõe os seguintes argumentos: (1) a existência de aviso permanente (TCAS off) nos painéis está no campo das hipóteses; (2) a pergunta *Dude, you have the TCAS on?* revela que não havia aviso sobre tráfego conflitante na tela do MFD de Paladino; (3) a resposta de Lepore (*yes, the TCAS is off*) não significa que o botão estivesse desligado, mas sim a ausência de aviso de tráfego colidente; (4) não faz sentido acreditar na teoria conspiratória de que os pilotos tivessem omitido comentário sobre o desligamento do TCAS para não serem gravados; (5) a expressão *So much for TCAS* é a demonstração de que, na percepção do piloto, o sistema estava em operação, mas não funcionou; (6) o diálogo estabelecido com o Comandante do CINDACTA, após a colisão, bem esclarece a questão, assim como os depoimentos prestados no inquérito; (7) em ambiente RVSM, sem transponder, o Centro tinha obrigação de instruir o Legacy a manter a altitude em nível 350 ou nível 390, pois o transponder é uma ferramenta de regulação do fluxo do tráfego aéreo; (8) a declaração juramentada do senhor John Nixon dá conta de ocorrência de falhas no equipamento transponder Primus II, da Honeywell.

O primeiro ponto das alegações é totalmente inconsistente. Essa tese de que não há, no painel do Legacy, sinais indicativos de desligamento foi levantada no começo da ação penal, quando os advogados dos pilotos apresentaram a defesa preliminar. Naquela oportunidade, a defesa disse que não haveria, de qualquer modo, meio de os pilotos tomarem conhecimento do desligamento do transponder, pois a afirmação de que o painel emitiria sinais ostensivos não passava de especulação do Ministério Público Federal. No interrogatório, a teoria da inexistência dos tais sinais ostensivos foi abandonada pelos próprios réus. De fato, perguntado a respeito, o senhor Lepore afirmou categoricamente que, se o equipamento estivesse funcionando regularmente, ele veria o sinal no painel (fls. 3414, 35:00). Só não viu porque o sistema estava inoperante – ou não emitiu o sinal, como se queira. Surpreso com a resposta, fiz ver a ele [o juiz a quo] que a defesa técnica havia alegado, no processo, que o painel do Legacy não emite sinais em caso de eventual desligamento. Quis saber dele se a defesa havia formulado o argumento por conta própria ou por informação obtida junto aos pilotos. O senhor Lepore, então, me respondeu que não havia falado aos advogados nada que tivesse relação com a teoria deduzida em juízo. Depois da explicação do

r eu, depois que ele mesmo admite nunca ter havido desconfiança em relação à possibilidade de o painel não emitir os sinais respectivos, me parece fora de propósito que o tema volte a ser discutido. Mesmo porque, após as considerações expressas que o r eu fez a respeito, a defesa não manifestou nenhuma espécie de contrariedade, dando a entender que a tese estava sendo abandonada naquele exato momento. E não é apenas com esse argumento que dou por encerrado o tema. Mais adiante terei a oportunidade de provar que o sistema emite, sim, sinais indicativos de problemas, entre os quais se inclui o desligamento.

O enfrentamento da segunda alegação requer uma contextualização da situação em que foi pronunciada a frase *Dude, you have TCAS on?* Precisamente às 19h56m54s, ocorreu a colisão entre as aeronaves (horário UTC). Os pilotos começam a falar sobre o “estruendo”, pronunciando, para o que interessa ao exame desse fato, as seguintes frases: “Que diabos foi isso?”; “Tudo bem, somente piloto o avião, cara”; “Somente piloto o avião”; “A gente bateu em alguém”. E por aí vai a conversa, até que, às 19h59m13s, Paladino pergunta a Lepore: “Dude, you have TCAS on? (Cara, você está com o TCAS ligado?)”, sendo que Lepore responde *yes, the TCAS is off* (sim, o TCAS está desligado) – as transcrições traduzidas encontram-se no volume II da ação penal 2007.2400-5.

A defesa diz que a pergunta “revela que não havia aviso sobre tráfego aéreo conflitante na tela do MFD de Paladino”. Pura especulação [afirma o juiz sentenciante]. Especulação por especulação, posso dizer que a pergunta revela que, no MFD de Paladino, o sinal era de que o TCAS estava off, e ele, para se certificar, perguntou a Lepore se por acaso no seu MFD o equipamento também estaria desligado. Posso dizer que Paladino, dada a tensão no momento da colisão, não conseguiu olhar direito a tela do seu MFD, preocupado com a condução da aeronave em situação crítica, e pediu então a Lepore que fizesse a verificação na sua tela. Posso dizer muitas outras coisas. S  não posso ignorar a pergunta feita: “Cara, você está com o TCAS ligado?”. E não posso ignorar que quem pergunta desse modo quer, afinal de contas, saber se o aparelho está ligado ou desligado. E, em se tomando em consideração que a pergunta surge depois da batida, a melhor explicação é aquela segundo a qual Paladino já estaria buscando entender o motivo da colisão – que só ocorre, em espaço aéreo, ainda que nada funcione, quando o TCAS esteja desligado. E a interpretação que a defesa d    frase também não faz sentido, pois se ela significava que, para Paladino, não havia indicação, no seu MFD, sobre tráfego conflitante, é mais que natural que ele fizesse referência a esse dado. Diria a Lepore algo como meu equipamento não indica nenhum problema, e o seu? A defesa quer, em verdade, desconsiderando o que realmente foi dito, preencher as lacunas com a sua interpretação dos fatos. “Cumpra evitar”, diz Carlos Maximiliano,

discorrendo sobre critérios de hermenêutica jurídica, “não são o demasiado apego   letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o *de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto idéias apenas existentes no próprio cérebro*” (Hermen utica e Aplicação do Direito, Forense: 1988, p. 103). Essa li o destinada à análise de textos legais aplica-se, guardada as devidas proporções, evidentemente,   interpretação de diálogos, frases, expressões ou qualquer outro sinal, enfim, de manifestação oral em determinado contexto. Como regra, deve-se dar às palavras e às expressões o sentido que elas naturalmente possuem, e s  como exceção se deve adotar procedimento interpretativo diverso, e sempre no pressuposto de que os fatos e a situação analisada autorizariam o raciocínio incomum.

O terceiro argumento diz respeito à resposta de Lepore. Somente com a adoção de exegese forçada – como diz Carlos Maximiliano –   que se poderia chegar   conclusão de que a resposta de Lepore (*yes, the TCAS is off*: sim, o TCAS está desligado)   pergunta que lhe fez Paladino significaria que o aviso de colisão estava fora (off) do painel, indicando a ausência de aviso de tráfego colidente, e não que o TCAS estivesse desligado. Aqui a defesa está novamente dando   expressão um sentido que não lhe   próprio, um sentido que não lhe é natural, sem que existam elementos que dêem sustentaa  o ao raciocínio. Em se tratando de funcionamento de aparelho – mecânico ou eletrônico que seja – a expressão off tem o significado de *not connected or functioning* (Oxford Advanced Learner’s Dictionary).

A versão da defesa não combina com os fatos. A defesa, ao mesmo tempo em que faz referência ao contexto de tensão para justificar essa ou aquela imprecisão ling stica, quer fazer crer que o senhor Lepore, ao dizer que o TCAS estava desligado, não queria dizer que ele estava desligado. Quer fazer crer que Lepore, na situação de emergência, olhou para o equipamento, viu que o painel indicava sinal de funcionamento, mas não relatou esse fato a Paladino. Naquela fração de segundo, ele desconsiderou o que havia visto – o sinal indicando funcionamento –, esqueceu-se do que havia deduzido (o sinal indicava funcionamento, mas o equipamento não funcionou) e, então, depois de observar e perceber esses aspectos relevantes, limitou-se a responder a Paladino que o TCAS está desligado. Lepore teve condições, desse modo, naquele exiguu espaço de tempo, de verificar o painel e rapidamente formular uma hipótese, para tanto raciocinando normalmente, apesar do estado de emergência e tensão, mas o raciocínio lhe faltou, no entanto, na hora em que formulou a frase endereçada ao seu companheiro de voo? A pergunta é meramente retórica. A pergunta, para ser bem claro, é a própria afirmação de que a versão foi construída, de que não tem lógica, de que briga insistentemente com os fatos.

Há mais a dizer sobre a versão apresentada. A teoria de que o TCAS estava com sinal que indicava funcionamento, mas não funcionou surge, em verdade, de uma conversa que o piloto manteve com o Comandante do CINDACTA (fls. 905–906). O diálogo telefônico ocorreu às 22h35m, mais de duas horas e meia após a colisão. O Comandante pergunta a Lepore, primeiramente, sobre a altitude. Lepore responde – F370. Depois o Comandante pergunta: “O sistema estava ligado?”. Resposta de Lepore: “Não”. “Não?”, insiste o Comandante. “Não, ele não estava”, responde Lepore. “Sem TCAS?”, mais uma vez quer saber o Comandante. Resposta: “TCAS estava desligado... O TCAS estava ligado”. No que o piloto titubeou, o Comandante, não se sabe por que razão, emendou do outro lado da linha: “OK, estava ligado, mas nenhum sinal foi emitido, não foi?”. “Não nós não tivemos nenhum alerta, não”, assentiu Lepore. Demorou bastante até que Lepore dissesse, *expressamente*, que o sistema estava ligado, mas nenhum sinal foi emitido. Se no momento da colisão ele tinha a desculpa – e eu não acredito, pelo contexto, que tivesse (entendimento do magistrado sentenciante) – de que estava agindo sob pressão e pode ter omitido da resposta que deu a Paladino esse dado importante, às 22h35m, depois de ter conseguido pousar com vida, não se explica que não dissesse ao Comandante aquilo que, segundo a defesa, passou pela sua cabeça quando verbalizava a resposta para a pergunta feita pelo seu companheiro. Demorou bastante! E a verdade é que Lepore só respondeu desse modo depois de induzido a fazê-lo pelo Comandante, propositadamente ou não – isso nem vem ao caso. A versão que a defesa apresentou como se fosse perfeitamente natural apenas aparece quando transcorridas duas horas e meia desde o acidente, e ainda assim sem nenhum vestígio de espontaneidade. A teoria segundo a qual o painel indicava funcionamento, sendo que o aparelho não funcionou, começa a aparecer dois dias depois do acidente, no depoimento à Polícia Civil e é reafirmada durante a investigação realizada pelo CENIPA, em depoimento prestado em Nova York, ocasião em que argumentaram, segundo termos tirados dos memoriais, que “se houvesse aviso no painel, um dos dois teria visto”. À medida que o tempo passou a expressão TCAS off perdeu o sentido natural (desligado) e passou a designar equipamento que não emite sinal de alerta.

É natural que esse assunto fosse abordado no interrogatório. E foi. Solicitado a explicar o que quis efetivamente dizer quando pronunciou a frase, o senhor Lepore, depois de idas e vindas, depois de algumas respostas evasivas e outras sem a objetividade necessária, acabou por afirmar que a expressão TCAS off significava que o aparelho estava com problemas (fls. 3414, 04:01:00). Não admitiu expressamente que a expressão significasse “aparelho desligado”. E é natural que não admitisse, pois essa afirmação destoaria da tese firmada perante a polícia e perante as autoridades que elaboraram o laudo do CENIPA. Mas referiu-se expressamente

a aparelho com problema. Em certo momento, a audiência teve que ser suspensa. Depois o tema foi retomado. E aí o réu voltou à tese inicial, sustentando que a expressão TCAS off significava, em verdade, que não houve emissão de sinal no painel [...] Mesmo na audiência, portanto, depois de alguns questionamentos e depois de se entrevistar com o seu advogado brasileiro e com o patrono americano, o réu acabou revelando que não estava tão seguro a respeito da teoria dos sinais não emitidos.

Analisando agora as expressões *so much for TCAS* (“foi demais para o TCAS”) tudo bem, somente preste atenção no tráfego. A expressão *so much for TCAS* é, segundo a defesa, a demonstração de que, na percepção dos pilotos, o equipamento estava em operação, mas não funcionou. Nesse ponto, sou obrigado a admitir que a expressão pode mesmo ter esse sentido. Quem afirma foi demais para o TCAS está, em outras palavras, dizendo que o aparelho não resistiu, que não agüentou, que falhou, enfim, na sua função precípua de evitar colisões. Essa interpretação seria verossímil e deveria ser necessariamente tomada em consideração se não existisse a frase anterior (TCAS is off), a frase pronunciada espontaneamente por Lepore tão logo perguntado se o aparelho estava ligado. Se fosse essa a expressão utilizada por Lepore para responder à pergunta de Paladino, a interpretação seria outra, e talvez não fosse legítimo dela deduzir que o piloto constatou o desligamento do aparelho. Mas a frase anterior é tão categórica que a versão para essa expressão, que aparece depois, perde em consistência.

E há outro ponto que não pode ser esquecido.

Os pilotos, em seus memoriais finais, fazem menção a vários excertos do relatório produzido pelo CENIPA, quando o tema lhes é conveniente – o que é mais que natural, pois esse é mesmo o papel da defesa. Pois o relatório, no que diz respeito à matéria agora em questão, põe em dúvida o trabalho de transcrição. No documento produzido pelo CENIPA, está consignado que o piloto, às 19h59m53s, “disse algo como *so much for TCAS* ou *What’s with TCAS?* ou ainda *Watch your TCAS*” (não se trata, pois, de problema de tradução, mas de transcrição, uma vez que não se consegue identificar o que realmente foi dito no início da frase). Das três expressões sugeridas, a que tem menor relação com aquela utilizada por Lepore para responder à pergunta de Paladino é seguramente a primeira. Sim, porque, no contexto, é muito mais verossímil uma frase que revele preocupação com o TCAS do que uma que expresse o entendimento de que “o aparelho não funcionou”.

Quanto à expressão tudo bem, somente preste atenção no tráfego, embora ela possa, examinada isoladamente, traduzir comentário de otimismo, como quer a defesa, não me parece que, no contexto, fosse esse o seu significado. “Tudo bem”, naquela situação crítica, mais parece indicar

resignação, tomada de consciência da gravidade do problema e da necessidade de resolvê-lo da melhor maneira possível. É como se um piloto dissesse para o outro: já que é assim (tudo bem), então cuide do tráfego. Que manifestação de otimismo, afinal, seria esta se os pilotos – tivessem ou não percebido o desligamento – encontravam-se em situação de extrema dificuldade? Que diferença fazia para eles naquele momento a origem do problema, se o que tentavam fazer era encontrar a melhor maneira de pôr aeronave no solo? Como entender que em situação de tal gravidade surgisse espaço para manifestações de otimismo?

A defesa dos pilotos sustenta também, com base na legislação de regência (ICA 100-12), que a responsabilidade primária de monitoramento do transponder é do Controle de Tráfego Aéreo. Que o Centro tem obrigação de controlar o funcionamento do transponder ninguém mais duvida. Os dispositivos indicados nos memoriais, aliás, não deixam dúvida a respeito. Mas esse não é ponto.

Em matéria criminal, a culpa de um agente não anula a culpa de outro, se ambas concorrerem para o crime. Esse é princípio básico, consagrado, que dispensa qualquer espécie de transcrição doutrinária. Responsabilidade do controlador é responsabilidade do controlador. Responsabilidade do piloto é responsabilidade do piloto. É assim que funciona o ordenamento penal. Essa argumentação que pretende isentar de culpa os pilotos e responsabilizar apenas os controladores, de resto, me faz lembrar o depoimento do senhor Sérgio Salles, trazido pela defesa como testemunha. O senhor Sérgio Salles, em dado momento da inquirição, sustentou que o sinal indicativo de desligamento do transponder é um aviso branco, como tal não dirigido aos pilotos, mas apenas ao serviço de manutenção das aeronaves. A testemunha quis dizer o seguinte: se o piloto verifica que o transponder está desligado, não cumpre a ele nenhuma providência, a não ser reportar à manutenção o problema quando estiver em solo. O senhor Ronaldo Jenkins, que veio depor como testemunha do juízo, refutou a afirmação do senhor Salles com muita presença de espírito. Após advertir que a navegação aérea é sempre uma atividade compartilhada, disse o senhor Jenkins que todas as informações constantes no painel são dirigidas primeiramente aos pilotos. Caso contrário, disse ele, o piloto vira passageiro (fls. 3273, arquivo 2, 07:15). O absurdo da afirmação feita pelo senhor Salles ficou evidenciado inclusive na audiência de interrogatório. A tese é tão esdrúxula que mesmo os pilotos ficaram com vergonha de assumi-la. O senhor Lepore, perguntado a respeito, respondeu que, se percebesse o TCAS desligado, teria ligado o transponder. Nenhum dos participantes do interrogatório esperava resposta diversa.

Não fosse suficiente para refutar a teoria da não-emissão de sinais tudo o que se disse até agora, a menção a um dado fundamental constante do laudo do Instituto de Criminalística acaba por

legitimar plenamente, examinando-se os fatos em conjunto, a interpretação segundo a qual Lepore afirmou que o equipamento estava desligado porque viu o sinal respectivo na tela. Refiro-me ao fato de o transponder ter sido acionado, segundos após a constatação do desligamento. A afirmação o TCAS está desligado é feita às 19h59m13s, e o acionamento dá-se logo em seguida, precisamente às 19h59m50s. Trinta e sete segundos depois! “O radar secundário do ACC-AZ fez contato com o transponder da aeronave às 19:59:50”, está dito no laudo do Instituto de Criminalística (fl. 849).

Os pilotos tentaram, na audiência, explicar essa incrível coincidência valendo-se de várias hipóteses, a principal delas afirmando que o retorno à situação de normalidade deu-se por causa do impacto. Mais ou menos como dizer que a colisão provocou um sacolejo do Legacy, e nisso o aparelho desligado voltou a funcionar. Outra possibilidade levantada foi a alteração de temperatura, uma vez que o avião estava em procedimento de descida. Enfim, conjecturas lançadas com o propósito de pôr dúvida onde dúvida não há. Nada mais que isso. Assim como a expressão *so much for TCAS* (expressão cuja transcrição foi posta em dúvida pelo CENIPA) faria algum sentido se não houvesse o diálogo que se seguiu à colisão, essas hipóteses levantadas poderiam ter algum fundamento apenas se fosse possível desconsiderar os fatos anteriores.

Para que não se alegue contradição do juízo, é preciso explicar o que ficou dito sobre a prova indiciária quando analisada a acusação que imputa aos pilotos responsabilidades pelo desligamento do transponder. Discorreu-se ali sobre os elementos da prova indiciária, que requer uma circunstância provada. Lá não ficou provada de modo inequívoco a inexistência de falha técnica. De maneira que não se poderia deduzir que houve falha humana. Aqui, ao contrário, há prova suficiente de que o piloto verificou que o transponder estava desligado. A controvérsia apenas se instaurou porque a defesa criou uma versão para dar ao vocábulo desligado um sentido que ele naturalmente não tem.

O fato incontroverso – prova, portanto – é que a expressão o TCAS está desligado foi pronunciada. Ninguém a inventou. Ela aparece no processo porque foi pronunciada por Lepore e porque ficou devidamente registrada na “caixa-preta”. *E seu aparecimento no contexto da colisão autoriza a conclusão de que Lepore a pronunciou porque viu o aparelho desligado.* Não se está fazendo nenhuma espécie de exercício de dedução, especulação, conjectura ou coisa que o valha. Nada disso [diz o juiz sentenciante]..

[...]

Por fim, devo dizer que o dever de verificação periódica dos equipamentos é algo que se mostra tão intuitivo que não precisaria estar escrito em nenhuma norma de aviação. Volto às palavras mais que esclarecedoras do senhor Ronaldo Jenkins: “O piloto não é um passageiro. O piloto tem que

acompanhar tudo que o sistema de navegação dela [aeronave] está fazendo. Se não, ele vira passageiro. Ele tem que comandar. Embora o automatismo execute, quem tem que supervisionar o automatismo é o piloto. Ele está ali na cabine para isso. Se não, não precisa de piloto, deixa o sistema automático fazer tudo. Então o piloto tem que acompanhar tudo que ele mesmo colocou no automatismo e *verificar constantemente o que está acontecendo com a sua navegação*” (arquivo 2 – 06:12).

O que a prova diz, inequivocamente, é que os pilotos não cumpriram o seu dever de checar com regularidade o equipamento. O transponder foi desligado às 19:01:53, a colisão ocorreu às 19:56:54. Quase uma hora desligado. Uma hora, no tempo da aviação, é uma enormidade. É que como se, em um voo de Porto Alegre a São Paulo, os pilotos não fizessem procedimentos de verificação, de checagem, comportando-se como se passageiros fossem – para utilizar a expressão pedagógica do senhor Jenkins. [...] (destaques do original).

A análise feita pelo juiz sentenciante, Murilo Mendes, está perfeita.

Partindo da premissa incontestável (nenhuma das partes se voltou contra ela) de que o *transponder* deixou de funcionar logo após a aeronave Legacy ter sobrevoado Brasília em direção a Manaus e assim permaneceu durante quase uma hora, até o choque entre as aeronaves, quando voltou ao módulo de operação, não há como dar razão à defesa diante do pronunciamento de frase tão incisiva como a proferida por Joseph Lepore acerca do funcionamento do TCAS, como bem asseverou o magistrado de primeiro grau.

Está claro que a informação passada a Jan Paul Paladino no instante do acidente, em meio ao susto e extrema tensão, ante a possibilidade concreta de queda também do Legacy, tem sentido direto, denotativo, indicando que o sistema anticolisão da aeronave estava desligado. À pergunta: *“Dude, you have TCAS on? (Cara, você está com o TCAS ligado?)*, obteve a resposta: *Yes, the TCAS is off (sim, o TCAS está desligado)*.

A interpretação da defesa de que a informação significava que *não havia aviso sobre tráfego aéreo conflitante na tela do MFD de Paladino*, com a devida *venia*, serve apenas como tentativa de afastamento desta tese da acusação. A palavra *on* no idioma inglês tem diversas funções, entre as quais a de adjetivo com o sentido de ‘ligado, em funcionamento’<sup>5</sup>. Seu antônimo é *off*. São os equivalentes da língua portuguesa para *ligado e desligado*.

Pode-se imaginar, sem qualquer esforço, o tipo de situação em que se encontravam os réus quando tiveram o *winglet* do Legacy (parte grande da extremidade da asa do avião, componente estabilizador), arrancado subitamente a uma velocidade de aproximadamente 2.000 km por hora (sabe-se que as velocidades se somam em se tratando de vetores com sentidos opostos).

Estaria Jan Paul Paladino preocupado naquela fração de tempo, naquele caos momentâneo em consultar o colega a respeito do MDF deste, malgrado tivesse um igual diante de si, para saber se havia tráfego demonstrado na tela daquele equipamento ou em saber se o aparelho anticolisão estava ligado, enquanto se concentrava na pilotagem tentando conduzir a aeronave para pouso emergencial em razão da batida em algo? A segunda hipótese é a mais plausível, exatamente porque se deram conta de que o TCAS estava desligado, uma vez que a transcrição da conversa na cabine revela a surpresa no seguinte diálogo: *“Que diabos foi isso?”; “Tudo bem, somente pilote o avião, cara”; “Somente pilote o avião”; “A gente bateu em alguém”*.

Como asseverou o sentenciante, *“não se pode afirmar, com a certeza exigida em matéria penal, que não houve falha no equipamento do Legacy”*. Poder-se-ia, por outro lado, em virtude dessa conclusão, dar crédito à versão dos réus de que o aparelho falhou, justificando-a em função da expressão *“so much for TCAS”* (foi demais para o TCAS). Com efeito, *so much* contempla, também, o significado de que o sistema anticolisão poderia estar ligado, mas não aguentou, não funcionou no instante necessário. Todavia, essa é uma interpretação convenhamos forçada, cujo fundamento encontra-se exclusivamente na conversa mantida por Joseph Lepore com o comandante do Cindacta duas horas e meia após o choque das aeronaves, conforme asseverou o Juiz *a quo*.

Concordo com a conclusão da sentença nesse aspecto. A frase *“o TCAS está desligado”*, pronunciada em meio à enorme apreensão causada pelo impacto, a meu ver não comporta o significado pretendido pela defesa. Não vislumbro otimismo dos réus na expressão *“tudo bem, somente preste atenção no tráfego”*, senão uma observação tensa de um para outro na tentativa de voltarem à normalidade do voo. O contexto em que foi dita não autoriza outra conclusão.

Observe-se, ainda, que 37 (trinta e sete) segundos depois de Joseph Lepore ter afirmado que o TCAS estava desligado (*off*), o *transponder* voltou a funcionar (fato registrado no laudo pericial do Instituto de

<sup>5</sup> Michaelis.



Criminalística), e este réu disse em juízo que se tivesse percebido o TCAS desligado teria ligado o *transponder*. Como ficou comprovado, o painel do Legacy emite sinais ostensivos de desligamento dos instrumentos, tanto que a tese contrária a isso foi abandonada pela defesa.

Não me convenço, também, de que o TCAS não é essencial à navegação segura, exatamente porque se estivesse funcionando, provavelmente teria evitado o choque, alertando os dois acusados de que alguma coisa estava errada. Ademais, se não tivesse essa característica de instrumento indispensável, qual a razão das empresas o utilizariam nos aviões diante dos custos elevadíssimos de produção?

Por conseguinte, é insustentável a tese defendida pelos acusados. Faltou aos dois, primeiramente, perícia ao terem desligado o *transponder* (atestado pela prova indireta), aparelho essencial à navegação segura, que permaneceu inativo até o desastre, por quase uma hora, verdadeira eternidade em termos de aviação, e, na sequência, negligência no cuidado necessário de monitoramento constante do equipamento. Afinal, como bem disse a testemunha do juízo, Ronaldo Jenkins, *piloto não é passageiro*.

Atenção constante nos instrumentos de voo é atitude inerente à pilotagem de aeronaves. Para usar uma expressão comum do jargão aeronáutico: *está no sangue*, faz parte da profissão. Ambos causaram a trágica morte de 154 (cento e cinquenta) pessoas e a destruição de muitas famílias. A culpa de ambos, a meu ver, está provada e independe de comprovação do que os controladores de voo tenham feito. Afinal, em direito penal, a culpa de um não exime a do outro.

Considero a sentença irrepreensível na análise dos fatos, no particular. O Magistrado *a quo*, Murilo Mendes, repito, bem analisou todos os elementos existentes. Lembro que esta é uma prova essencialmente técnica, em razão de se cuidar de um acidente aéreo, e houve o cuidado em se buscar, inclusive, o auxílio de pessoa experiente, piloto aviador, Ronaldo Jenkins, como testemunha do juízo, para esclarecimentos de diversos pontos específicos que serviram à formação da convicção.

Assim, a condenação dos acusados está calcada em provas que permitem concluir pelo acerto com que se houve o magistrado de primeiro grau.

#### 4. A dosimetria da pena

Os três recorrentes mostraram inconformismo com o cálculo penal.

Trago à colação o excerto da sentença nessa parte:

Aplicação da pena do acusado *Jan Paul Paladino*

O Código Penal, quando trata da pena cominada ao crime do art. 261, faz remissão ao artigo 258, que está assim redigido:

“Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de 1/2 (metade); se resulta morte, é aplicada em dobro.

No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de 1/2 (metade); se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de 1/3 (um terço)”.

Primeira Fase:

Considero imprescindível, para fins de dosimetria da pena, deter-me na análise de pelo menos ao menos duas (2) das oito (8) circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, seguindo a orientação de que “não é obrigado o juiz a analisar exaustivamente cada uma das circunstâncias judiciais, bastando fixar-se nas reputadas decisivas para a dosagem” (STF, HC 67.063, Min. Octávio Galotti).

Culpabilidade

O Ministério Público Federal observa, nos seus memoriais, que a culpabilidade acentuada dos agentes dever ser levada em conta na dosagem da pena. De fato, a culpabilidade, entendida como reprovação da conduta, justifica que se proceda a um aumento da pena-base. Ficou dito na fundamentação que os pilotos ficaram quase uma hora sem verificar o painel, sem efetuar as checagens necessárias, sem exercer com diligência a função de monitoramento da aeronave. Durante uma hora foram passageiros! Tempo aproximado de uma viagem de Porto Alegre a São Paulo. Tempo em que se pode percorrer a extensão de um país. É muito. Tivesse decorrido um período de dez minutos entre o desligamento e a percepção, talvez não se pudesse censurar demasiadamente a conduta nessa fase. Mas não. Uma hora, no tempo da aviação, é uma eternidade. Está plenamente justificado, portanto, o aumento. O contexto indica que a culpabilidade foi além do que seria normal e, se é que não se pode considerá-la gravíssima, não há exagero algum em reputá-la grave.

Consequências:

As conseqüências do crime foram gravíssimas. Cento e cinquenta e quatro pessoas morreram em decorrência do acidente – e isso já diz quase tudo. Mas ainda não diz tudo. A jurisprudência, em caso de morte de em decorrência de crime, manda que se tome em consideração não apenas o falecimento, mas os reflexos negativos dele na situação moral e psicológica dos familiares da pessoa vitimada.

Não me sinto confortável para fazer considerações maiores sobre a dor dos familiares - quanto a esse tema só me cabe dizer que tenho extremo respeito pelo sentimento de todos, que compreendo o que isso possa significar, e que foi com muito pesar que acompanhei o acidente. “A dor é minha só, não é de mais ninguém” (Arnaldo Antunes).

Há um precedente sobre a matéria que deve, pela similaridade, servir de parâmetro para o aumento da reprimenda em decorrência da gravidade das conseqüências do delito. Trata-se do “caso Bateau Mouche”. Naquele acidente, morreram 55 pessoas e outras tantas ficaram feridas. A Justiça Estadual do Rio de Janeiro considerou negativas duas das oito circunstâncias judiciais e aumentou a pena-base em um ano e meio. Partiu do mínimo (um ano) e chegou, ainda na primeira fase da dosimetria, a dois anos e meio.

A defesa chegou ao Supremo. Expôs, em suma, o seguinte argumento no HC impetrado: “a pena base (sic) calculada em dois anos e meio, numa escala penal entre um e três anos, não encontra amparo nas diretivas fixadas pelo art. 59 do Código Penal”. O relator do HC em questão (70362-3/RJ) foi o Ministro Sepúlveda Pertence. O Ministro inicia o seu voto com a seguinte reflexão: “A quantificação da pena – que, por isso mesmo, Zaffaroni diz ser o capítulo mais interessante da psicologia judicial, é tema no qual, malgrado esforços de racionalização da doutrina, jamais se logrou eliminar a parcela inextirpável de subjetivismo dos critérios pessoais do juiz do caso concreto”. Logo em seguida transcreve lição de Zaffaroni: “Todas las reglas de cuantificación de penas no pueden ser más que tablas ejemplificativas. La cuantificación de penas, por tabulados mecánicos es, al menos de momento, imposible e crea el embuste de un criterio objetivo”. Abonou, por fim, o critério adotado no cálculo da pena com a seguinte observação: “essa atribuição aos acusados de gravíssima culpabilidade no evento, somadas às dimensões, também incomuns das conseqüências fatais da concretização do perigo criado, são dados que guardam irrecusável congruência lógica e jurídica com a severíssima quantificação da pena base”.

Demais circunstâncias:

As demais circunstâncias do artigo 59 do CP não têm qualquer influência, no caso concreto, para a quantificação da pena. “Parece óbvio que o silêncio da sentença com relação a esta ou aquela conotação objetiva ou subjetiva do fato há de dar-se o significado de que não tiveram influência na eleição ou no quantum da sanção aplicada, *porque reputada sem peso suficiente a alterar a determinação da pena resultante da ponderação conjugada dos elementos nomeadamente considerados*” (STF, HC citado, Sepúlveda Pertence).

Estabelecido como parâmetro o acórdão do Supremo que cuidou caso Bateau Mouche, considero perfeitamente razoável acrescer à pena mínima

um (1) ano e nove (9) meses, tendo em conta que as conseqüências foram, neste caso, “em números frios”, três vezes maiores que as decorrentes do acidente ocorrido no Rio de Janeiro.

Fixou, assim, o juiz sentenciante a pena-base em dois anos e nove meses. Passou, em seguida, a análise da segunda e terceira fases.

#### Segunda Fase

Na segunda fase, aumento em seis (6) meses a pena, considerando aplicável ao caso a agravante prevista no artigo 61, g, do Código Penal, que trata do crime cometido “com abuso de poder ou violação do dever inerente a cargo, ofício, ministério ou *profissão*”.

#### Terceira Fase

Na terceira fase, aplico a causa de aumento prevista no artigo 258 do Código Penal – um terço.

Deixo de aplicar a causa de aumento prevista no parágrafo quarto do artigo 121 do Código Penal, porque aquela circunstância tem aplicação específica ao delito de homicídio culposo. Quando o artigo 258 manda que se aplique a pena do homicídio culposo aumentada de um terço, assim o faz levando em conta a pena do caput, e não a todo o regime punitivo do crime de homicídio culposo. Esse é o meu entendimento. Não me sinto autorizado a concluir que legislador da década de 40 quisesse incluir uma causa de aumento surgida em 2003 – Lei 10.741/2003.

*A pena definitiva ficou em 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de detenção.*

Quanto ao regime de cumprimento da pena, estabeleceu o semiaberto (art. 33, parágrafo segundo, b, do CP).

Substituiu a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, dizendo:

O artigo 44 do Código Penal diz que as penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, que, “aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, *qualquer que seja a pena aplica, se o crime for culposo*”. A esse critério geral a lei impõe outros, de natureza específica, sendo necessário que: (a) o réu não seja reincidente em crime doloso (inciso II), (b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que a substituição seja suficiente (inciso III).

Desde logo, cumpre dizer que não há nada que comprove ser o réu reincidente em crime doloso. A restrição que consta do inciso II do artigo 44 do CP está, portanto, afastada.

Quanto ao que dispõe o inciso III do artigo 44 do CP, o que se tem é que, entre os elementos ali

apontados, não se encontra a conseqüência do crime. O inciso em questão não reproduz, como parece à primeira vista, todas as circunstâncias do artigo 59 do CP. Das oito circunstâncias judiciais, o legislador reproduziu, no artigo 44 do CP, somente seis. E isso tem especial significado, pois em matéria penal – e as regras de substituição de pena têm indiscutível caráter penal – vigora o princípio da interpretação estrita, da vedação da analogia em desfavor do réu. E é por causa disso que o STJ vem reputando ilegítima – e isso em crime de conseqüências graves – a negativa de substituição quando ela tenha por fundamento a gravidade da conseqüência do crime. De fato, ao comentar o dispositivo de que se cuida, o Ministro Jorge Mussi sustenta que “o legislador optou por deixar ao arbítrio do julgador, dentro do seu prudente critério, a deliberação sobre a possibilidade ou não de ser converter a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito, contudo não se trata de discricionariedade livre, mas vinculada, já que dever ter por base as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, à exceção, como bem observado pela impetrante, das conseqüências do delito e do comportamento da vítima, não reproduzidas no inciso III do art. 44 do CP”. E depois, atendo-se ao caso concreto, disse que “as razões expendidas pelo sentenciante, e confirmadas pelo Tribunal impetrado, para manter a negativa de substituição da reprimenda por penas alternativas mostram-se insuficientes para vedar a permuta, posto que fundadas unicamente nas conseqüências da ação criminosa, que, embora realmente graves, já que, em razão da conduta imprudente, houve falecimento de quatro pessoas e a ocorrência de lesões corporais graves em duas outras, não deveriam ser levadas em conta para a análise da suficiência da medida, especialmente em se considerando que se tratam de crimes culposos” (HC 123.373/RJ). Está bem claro no acórdão, portanto, que as conseqüências do crime – ainda que graves, ou gravíssimas que sejam – não podem ser levadas à conta de fundamento utilizado para negar a substituição da pena.

Bem, mas se avaliei negativamente a culpabilidade, então a vedação encontra amparo no inciso III do artigo 44 do CP. Em princípio, sim. Mas há de se analisar os requisitos do inciso tendo presente que eles surgiram no contexto de reforma penal que começa em 1995 (Lei nº 9.099) e se estende ainda aos dias de hoje, reforma esta orientada pelo princípio da despenalização das condutas, e cuja diretriz principal está alicerçada no entendimento de que a pena de prisão deve ser imposta apenas como última alternativa. Não precisa ir longe. Institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo são marcados por essa nota característica. Diria mais. Esses dois institutos atuam ainda em uma fase anterior, evitando não apenas a prisão, mas a formação mesma do processo criminal (transação penal) ou sua suspensão quando esteja ele em curso (suspensão condicional). E são de uso universal: valem tanto para crimes dolosos quanto

para delitos culposos. Esse contexto não pode ser ignorado.

E a redação do inciso III do artigo 44 do Código Penal não autoriza a conclusão imediata de que, valoradas negativamente aquelas circunstâncias ali indicadas, o juiz não deve substituir a pena. A lei, após apontar as circunstâncias a serem consideradas, autoriza o juiz a promover a substituição se elas “indicarem que essa substituição seja suficiente”. Aqui está a margem de atuação juiz concedida propositalmente pelo legislador, a que faz referência o Ministro Jorge Mussi no precedente citado. E como não há uma relação direta de causa e efeito entre o momento da aplicação da pena e de sua eventual substituição, disso decorre que não haverá necessariamente incongruência se o juiz considerar tal e qual aspecto desfavorável em um primeiro estágio (dosimetria) e admitir, em outra etapa (substituição), que, nada obstante as considerações negativas que fez, a situação recomenda a substituição. Olhe-se o inciso II, por exemplo. Aquele dispositivo, do modo como redigido, afasta qualquer espécie de atuação discricionária do juiz. Se o réu for reincidente em crime doloso, não terá lugar a substituição – critério eminentemente objetivo. Veja-se, a propósito do tema, o que diz Rogério Greco: “A fim de encontrar a pena-base para o delito cometido pelo agente, deverá o juiz analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Ao final das três fases, estabelecido o regime prisional, concluindo-se pela aplicação da pena não superior a quatro anos, não sendo o sentenciado reincidente em crime doloso, o juiz deverá reavaliar as circunstâncias judiciais, à exceção das conseqüências do crime e do comportamento da vítima” (*Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 113). A explicação para o aparecimento no texto do eminente doutrinador do verbo reavaliar é a própria afirmação de que o juiz, ao decidir sobre a substituição, não deve ater-se apenas às circunstâncias que já valorou para a fixação de pena, antes devendo reavaliá-las conjuntamente com outros princípios do sistema, entre os quais – e principalmente – aquele que situa a pena de prisão como alternativa derradeira – última ratio.

Vista desse modo a questão, sendo consistente o fundamento jurídico para a substituição da pena, não vejo como não possa conceder o benefício. Os réus não são reincidentes, não há notícia que tenham falhado gravemente nas viagens que fazem há muito tempo como profissionais de condução de aeronaves, nada lhes desabona a conduta social, nada recomenda, enfim, que não se lhes aplique o princípio que vem orientando a política criminal mais recente, que deixa a pena de prisão relegada para os casos em que legislação, já pelo quantitativo da pena, indica que ela é necessária – crimes hediondos e delitos afins – ou para as situações em que o contexto processual demonstre que o réu “não vai se emendar”.

O parágrafo segundo do artigo 44 do Código Penal que “*se a pena for superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos*”.

O caso recomenda a aplicação de duas penas restritivas de direitos, sendo a primeira delas prestação de serviço comunitário e a segunda a proibição do exercício de profissão.

Quanto à prestação de serviço comunitário, tenho que a solução que melhor atende aos princípios informadores do instituto da substituição é aquela que imponha aos réus o cumprimento da pena no seu país de origem. Não faria sentido substituir a pena privativa de liberdade por uma sanção que talvez fosse até mais grave do que a própria prisão – no caso de o réu ser forçado a viver em outro país. Uma decisão assim tomada contrariaria, de modo inequívoco, os princípios inspiradores do instituto da substituição da pena, que foi feito em benefício do réu, e não para predicá-lo. Quando o parágrafo terceiro do art. 46 do Código Penal diz que o serviço comunitário deve ser feito “de modo a não prejudicar a jornada de trabalho” do condenado, fica claro que se deve compatibilizar, tanto quanto possível, os interesses deste (condenado) com o da justiça criminal. A prestação de serviço comunitário dar-se-á, portanto, nos Estados Unidos da América, mas em uma repartição brasileira, a ser fixada, no momento oportuno, pelo juiz da execução.

A proibição do exercício de profissão é aplicação direta do comando inscrito no inciso II do artigo 47 do Código Penal, que inclui, entre as penas de interdição temporária, a “*proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público*”. A apreensão dos documentos necessários ao exercício da profissão será feita pelo juiz da execução depois do trânsito em julgado (art. 154 da LEP).

Vejamos, agora, a aplicação da pena do acusado *Joseph Lepore*.

O Código Penal, quando trata da pena cominada ao crime do art. 261, faz remissão ao artigo 258, que está assim redigido: “*Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de 1/2 (metade); se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de 1/2 (metade); se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de 1/3 (um terço)*”.

#### Primeira Fase

Considero imprescindível, para fins de dosimetria da pena, deter-me na análise de pelo menos ao menos duas (2) das oito (8) circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, seguindo a orientação de que “não é obrigado o juiz a analisar exaustivamente cada uma das circunstâncias

judiciais, bastando fixar-se nas reputadas decisivas para a dosagem” (STF, HC 67.063, Min. Octávio Galotti).

#### Culpabilidade:

O Ministério Público Federal observa, nos seus memoriais, que a culpabilidade acentuada dos agentes deve ser levada em conta na dosagem da pena. De fato, a culpabilidade, entendida como reprovação da conduta, justifica que se proceda a um aumento da pena-base. Ficou dito na fundamentação que os pilotos ficaram quase uma hora sem verificar o painel, sem efetuar as checagens necessárias, sem exercer com diligência a função de monitoramento da aeronave. Durante uma hora foram passageiros! Tempo aproximado de uma viagem de Porto Alegre a São Paulo. Tempo em que se pode percorrer a extensão de um país. É muito. Tivesse decorrido um período de dez minutos entre o desligamento e a percepção, talvez não se pudesse censurar demasiadamente a conduta nessa fase. Mas não. Uma hora, no tempo da aviação, é uma eternidade. Está plenamente justificado, portanto, o aumento. O contexto indica que a culpabilidade foi além do que seria normal e, se é que não se pode considerá-la gravíssima, não há exagero algum em reputá-la grave.

#### Consequências:

As consequências do crime foram gravíssimas. Cento e cinquenta e quatro pessoas morreram em decorrência do acidente – e isso já diz quase tudo. Mas ainda não diz tudo. A jurisprudência, em caso de morte de em decorrência de crime, manda que se tome em consideração não apenas o falecimento, mas os reflexos negativos dele na situação moral e psicológica dos familiares da pessoa vitimada. Não me sinto confortável para fazer considerações maiores sobre a dor dos familiares - quanto a esse tema só me cabe dizer que tenho extremo respeito pelo sentimento de todos, que compreendo o que isso possa significar, e que foi com muito pesar que acompanhei o acidente. “A dor é minha só, não é de mais ninguém” (Arnaldo Antunes).

Há um precedente sobre a matéria que deve, pela similaridade, servir de parâmetro para o aumento da reprimenda em decorrência da gravidade das consequências do delito. Trata-se do “caso Bateau Mouche”. Naquele acidente, morreram 55 pessoas e outras tantas ficaram feridas. A Justiça Estadual do Rio de Janeiro considerou negativas duas das oito circunstâncias judiciais e aumentou a pena-base em um ano e meio. Partiu do mínimo (um ano) e chegou, ainda na primeira fase da dosimetria, a dois anos e meio.

A defesa chegou ao Supremo. Expôs, em suma, o seguinte argumento no HC impetrado: “a pena base calculada em dois anos e meio, numa escala penal entre um e três anos, não encontra amparo nas diretivas fixadas pelo art. 59 do Código Penal”. O relator do HC em questão (70362-3/RJ) foi o Ministro Sepúlveda Pertence. O Ministro inicia o

seu voto com a seguinte reflexão: “A quantificação da pena – que, por isso mesmo, Zaffaroni diz ser o capítulo mais interessante da psicologia judicial, é tema no qual, malgrado esforços de racionalização da doutrina, jamais se logrou eliminar a parcela inextirpável de subjetivismo dos critérios pessoais do juiz do caso concreto”. Logo em seguida transcreve lição de Zaffaroni: “Todas las reglas de cuantificación de penas no pueden ser más que tablas ejemplificativas. La cuantificación de penas, por tabulados mecánicos es, al menos de momento, imposible e crea el embuste de um critério objetivo”. Abonou, por fim, o critério adotado no cálculo da pena com a seguinte observação: “essa atribuição aos acusados de gravíssima culpabilidade no evento, somadas às dimensões, também incomuns das conseqüências fatais da concretização do perigo criado, são dados que guardam irrecusável congruência lógica e jurídica com a severíssima quantificação da pena base”.

Demais circunstâncias:

As demais circunstâncias do art. 59 do CP não têm qualquer influência, no caso concreto, para a quantificação da pena. “Parece óbvio que o silêncio da sentença com relação a esta ou aquela conotação objetiva ou subjetiva do fato há de dar-se o significado de que não tiveram influência na eleição ou no quantum da sanção aplicada, *porque reputada sem peso suficiente a alterar a determinação da pena resultante da ponderação conjugada dos elementos nomeadamente considerados*” (STF, HC citado, Sepúlveda Pertence).

Estabelecido como parâmetro o acórdão do Supremo que cuidou caso *Bateau Mouche*, considero perfeitamente razoável acrescer à pena mínima um (01) ano e nove (09) meses, tendo em conta que as conseqüências foram, neste caso, “em números frios”, três vezes maiores que as decorrentes do acidente ocorrido no Rio de Janeiro.

Fixou, assim, o juiz sentenciante a pena-base em dois anos e nove meses. Passou, em seguida, à análise da segunda e a terceira fases.

Na segunda fase, aumento em seis (06) meses a pena, considerando aplicável ao caso a agravante prevista no artigo 61, g, do Código Penal, que trata do crime cometido “com abuso de poder ou violação do dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão”.

Na terceira fase, aplico a causa de aumento previsto no artigo 258 do Código Penal – um terço.

Deixo de aplicar a causa de aumento prevista no parágrafo quarto do artigo 121 do Código Penal, porque aquela circunstância tem aplicação específica ao delito de homicídio culposo.

Quando o artigo 258 manda que se aplique a pena do homicídio culposo aumentada de um terço, assim o faz levando em conta a pena do caput, e não a todo o regime punitivo do crime de homicídio

culposo. Esse é o meu entendimento. Não me sinto autorizado a concluir que legislador da década de 40 quisesse incluir uma causa de aumento surgida em 2003 – Lei 10.741/2003.

A pena definitiva em 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de detenção.

O regime de cumprimento da pena foi o semi-aberto (art. 33, § 2º, b, do Código Penal).

Este foi o dispositivo da sentença:

Diante do exposto, reconhecida a negligência quanto à conduta de falta de verificação do funcionamento do transponder/TCAS, *Julgo Procedente* a pretensão punitiva do Estado deduzida na denúncia contra os réus *Joseph Lepore*, estrangeiro dos Estados Unidos da América (EUA), titular do passaporte 210435882, casado, piloto de aeronave, natural de Bari/Itália, nascido aos 27/07/1964, filho de Antonio Lepore e de Anna Lepore, residente em 3 Ventura Lane, Bay Shore, New York 11206, EUA, e *Jan Paul Paladino*, estrangeiro dos EUA, titular do passaporte 018060940, casado, piloto de aeronave, natural do Brooklyn, New York/EUA, nascido aos 08/04/1972, filho de Hector Paladino e de Isabel Paladino, residente em 297, Westhampton Beach, New York 11978, EUA, *Condenando-Os* às sanções do art. 261, § 3º, c/c art. 263, com pena cominada pelo art. 258, c/c art. 121, § 3º, do Código Penal.

#### 4.1 Análise da dosimetria da pena

A sentença adotou o precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro referente ao caso *Bateau Mouche*, também de triste e dolorosa lembrança, para fixação das penas-base dos acusados acima do mínimo legal.

A natureza dos crimes nos dois casos é a mesma (atentado contra a segurança de transporte), assim como o resultado trágico em ambos. Contudo, no caso *Bateau Mouche*, os condenados eram os proprietários e gerentes da empresa de turismo e da embarcação, estavam presentes na hora da saída, sabiam da má conservação e dos furos no casco achatado do barco que acabara de ser reformado com a autorização deles e que o deixaram ainda mais suscetível a um acidente (instalação de um número maior de mesas, inclusive com tampos de mármore, todas soltas; instalação de duas caixas d’água no convés superior que tiraram o equilíbrio do barco). Além disso, os coletes salvavidas estavam guardados em local de difícil acesso e não havia nenhum bote para emergências. Por tudo isso eram capazes de prever o perigo a que estariam expostos seus convidados, mas confiaram que nenhum acidente aconteceria. A sentença foi veemente ao afirmar que agiram com culpa consciente, beirando o dolo eventual. Pior ainda, o lucro, puro e simples, foi o

motivo do crime, tanto que em sede de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal o Ministro Sepúlveda Pertence manteve o entendimento de primeiro grau de torpeza dos réus por essa razão, mesmo se tratando de crime culposo.

Na presente hipótese isso não acontece. As penas foram afastadas do mínimo legal de 1 (um) ano de detenção, sofrendo acréscimo de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de detenção em virtude das consequências do crime, consideradas gravíssimas pela morte de 154 (pessoas, além da culpabilidade, tida por grave, dado o desligamento imperito do *transponder* e a subsequente falta de verificação e monitoramento do painel da aeronave, mormente o TCAS.

A defesa se opõe e esse aumento. Entende que o resultado morte “já foi objeto de reprimenda pelo legislador, ao cominar pena em abstrato mais elevada no art. 263, não podendo ser critério para fixação de aumento de pena-base [...]”.

Qualificadoras, consoante Nucci, *são circunstâncias legais que estão jungidas ao tipo penal incriminador, aumentando [...] a pena obrigatoriamente, dentro de um mínimo e um máximo previsto pelo legislador.*

Continua o doutrinador, esclarecendo:

[...] quando a circunstância agravante fizer parte do tipo derivado, como qualificadora, não será utilizada como tal, ou seja, o juiz não a levará em conta como circunstância legal. A providência é necessária para evitar a dupla punição pelo mesmo fato (*bis in idem*).<sup>6</sup>

De fato, o resultado morte é um qualificador do delito de atentado contra a segurança de transporte aéreo, motivo de elevação da sanção pelo legislador. Se não é uma qualificadora no sentido próprio do termo, que eleva os patamares mínimo e máximo de pena em abstrato no sentido de refletir resposta inicial mais severa ao comportamento delitivo, tanto no art. 263 quanto no art. 258 do Código Penal, dispositivos aplicáveis *in casu*, o legislador, de forma expressa, aludiu à natureza de qualificadoras. Assim, sua valoração uma segunda vez para agravar a pena-base é inviável sem que isso implique *bis in idem*. Precedente do Superior Tribunal de Justiça confirma esse entendimento:

Não pode o julgador majorar a pena-base com fundamento em elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, destituídas de fundamentação

concreta para respaldar a exasperação da reprimenda. (HC 203880/SP; rel. Min. Laurita Vaz; 5ª Turma; unânime; DJe de 29/06/2012) Destaquei.

4.1.1 Outro tópico a merecer análise se refere ao fato de as demais circunstâncias judiciais serem favoráveis aos dois acusados e isso não ter sido considerado na sentença. Dos autos exsurge a primariedade de ambos, os antecedentes sem mácula, as personalidades normais e a boa conduta social, a despeito de as duas primeiras qualidades pessoais acima referidas não servirem, por si sós, de passaporte para a fixação da sanção inicial no mínimo legal, consoante remansosa jurisprudência. Veja-se, a propósito:

Ainda que o acusado seja primário e possua bons antecedentes, se há outra circunstância judicial desfavorável ao apelante, justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal. (ACR 2001.34.00.020526-4/DF; rel. Juiz Tourinho Neto; 3ª Turma; unânime; e-DJF1 de 08/08/2008, p. 21)

É entendimento jurisprudencial pacífico o fato de, não obstante seja o réu primário e apresentar bons antecedentes, é perfeitamente cabível a fixação da pena-base acima do mínimo legal, dada à valoração negativa de tão-somente uma circunstâncias judicial como justa resposta à gravidade do delito cometido. (ACR 2005.32.00.001733-8/AM; rel. Juiz Hilton Queiroz; 4ª Turma; unânime; e-DJF1 de 24/02/2012, p. 367)

Embora não haja impedimento à determinação de sanção máxima ou próxima desse limite já de início, porque elas, obviamente, estão previstas nos dispositivos incriminadores, considero esse tipo de medida repressiva, no atual estágio do direito penal, reservada ao delinquente contumaz, com extensa ficha criminal, cujo meio de vida é a atividade criminosa, e não a pessoas que têm na inculpação veiculada na denúncia a única mácula em suas vidas, apesar da conduta dos dois ter sido desastrosa. Pena, afinal, não é sinônimo de vingança, senão o resultado da gradação feita pelo sentenciante em consonância com as três fases do sistema adotado pelo Código Penal.

O princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI)<sup>7</sup> é o limitador do exagero, da arbitrariedade judicial e, por consequência, da violência estatal, e o princípio da dignidade da pessoa humana, uma diretriz constitucional do Estado Democrático de Direito, proteção do indivíduo contra a humilhação causada pela aplicação de penas desproporcionais.

<sup>6</sup> In: *Código Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, pp. 448 e 477.

<sup>7</sup> A lei regulará a individualização da pena [...]

4.1.2 Há um outro equívoco na sentença. Refiro-me ao fato de que, na segunda fase, o Juiz *a quo* aplicou a circunstância agravante, prevista no art. 61, alínea *g*, do Código Penal (violação do dever inerente à profissão), em montante que elevou a sanção para 3 (três) anos e 3 (três) meses de detenção, acima da pena máxima em abstrato prevista em lei. Considerando o Enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual “*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”, *contrario sensu* é de se entender que a incidência da circunstância agravante não pode conduzir à exasperação da pena acima do máximo legal. O Supremo Tribunal Federal reconhece como acertado este ponto de vista. Veja-se:

Circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas, tais como a confissão espontânea, examinadas na segunda fase do método trifásico de aplicação da pena, não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal ou aumentá-la em patamar superior aos limites previstos na lei penal. Precedentes: HC 100.371/CE, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 27/04/2010, HC 93.946/RS, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento em 19/08/2008, HC 94.409/RS, rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, Julgamento em 17/06/2008. (HC 99266/SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, unânime; DJe-221 de 22/11/2011).

4.1.3 O Ministério Público Federal, por sua vez, pugna pela aplicação da regra constante do § 4º do art. 121 do Código Penal<sup>8</sup>. Asseverou o juiz *a quo* a respeito:

[...] Deixo de aplicar a causa de aumento prevista no parágrafo quarto do art. 121 do Código Penal, porque aquela circunstância tem aplicação específica ao delito de homicídio culposo. Quando o art. 258 manda que se aplique a pena do homicídio culposo aumentada de um terço, assim o faz levando em conta a pena do caput, e não a todo o regime punitivo do crime de homicídio culposo. Esse é o meu entendimento. Não me sinto autorizado a concluir que legislador da década de 40 quisesse incluir uma causa de aumento surgida em 2003 – Lei 10.741/2003. [...].

A causa de aumento em tela não surgiu em 2003, com o advento da Lei 10.741, como entendeu o sentenciante. Pavia o texto original do § 4º do art. 121 do Código Penal:

Art. 121 [...] §4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.<sup>9</sup>

Nesse particular, o Ministério Público Federal aduziu (fl. 1.181-v, autos 2009.36.03.002962-5):

[...] Segundo a hermenêutica tradicional, um código não pode ser interpretado “aos pedaços” ou dividido entre redação original e reformas segundo ganha vida própria, desvinculando-se do pensamento daqueles parlamentares que a criavam e evoluindo na tentativa de acompanhar as inovações sociais, políticas, morais e tecnológicas da civilização. Nesse sentido, a lição de José Adércio Leite Sampaio em A constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional (Belo Horizonte: Del Rey, 2002, os. 778 e ss), pertinente à hermenêutica constitucional mas plenamente aplicável na interpretação infraconstitucional. Fosse de outra forma, não poderia ser punido o furto mediante fraude ou o crime contra a honra cometido em meio eletrônico, uma vez que, por razões óbvias, o legislador da década de 40 sequer cogitava que esses crimes pudessem ocorrer da forma como atualmente ocorrem.

No presente caso, mostra-se mais adequada uma interpretação teleológica, de modo a buscar qual é exatamente a finalidade do § 4º do artigo 121 do Código Penal. Não resta outra conclusão senão a que a norma visa punir com mais severidade aquele que mata outrem durante o exercício de alguma profissão. [...]

Na espécie, a pena exsurge da seguinte conjugação de dispositivos:

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.

Art. 263 - *Se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.*

Art. 258 - *Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a*

<sup>8</sup>Elevação de 1/3 (um terço), se o homicídio é culposo e decorre de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício.

<sup>9</sup>Fonte: Senado Federal.

*pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço. (destaquei)*

A parte final do art. 258 do Código Penal contém comando penal remetido, ou seja, depende de outro para ser integralmente compreendido, que se encontra no § 3º do art. 121 do Código Penal:

Art. 121 [...] § 3º Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos.

A causa de aumento decorrente dessa modalidade de criminosa está consignada no § 4º do dispositivo:

Art. 121 [...] § 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício [...]

Por outro lado, o art. 61, II, alínea *g*, do Código Penal dispõe:

*São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:*

[...]

II - ter o agente cometido o crime:

[...]

*g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão. (destaquei)*

Em tese, por se tratar de uma agravante, a alínea *g* é menos onerosa para o acusado por incidir na segunda fase de fixação da pena, haja vista a causa de aumento (§ 4º) atingir todo o *quantum* na terceira fase, podendo elevar a sanção acima do máximo cominado em lei. Entretanto, é preciso fazer uma distinção pertinente *in casu*. O legislador utilizou na alínea *g* o verbo *violar*, enquanto no § 4º, a ação é *inobservar*<sup>10</sup>. Há uma diferença enorme entre uma conduta e outra.

*Violar*, consoante o léxico, tem sentido de transgressão das normas de forma ofensiva. O verbo denota uma ação comissiva, dolosa, de desobediência intencional de uma ordem, regra ou que o valha. *Inobservar*, por sua vez, é deixar de olhar com atenção, não vigiar as próprias ações. É agir desligadamente, muitas vezes em razão de uma exagerada autoconfiança.

Os autos demonstram que os réus simplesmente deixaram de observar as regras referentes à profissão. Não violaram o dever profissional, até porque, se assim fosse, estariam arriscando conscientemente as próprias

vidas. Portanto, a conduta não se ajusta à agravante, uma vez que o elemento subjetivo essencial, o dolo, a vontade de transgredir o dever inerente à profissão não está presente na espécie.

Incide sobre a pena, por isso, o § 4º que, aliás, é causa especial de aumento da pena pela circunstância gravíssima do resultado morte, em consequência da falta de observação de dever inerente a profissão. O legislador pretendeu, como se viu, somar maior período de tempo à sanção em virtude disso.

Desse modo, apesar de se tratar de crime de atentado contra a segurança de transporte aéreo que pela via indireta tem a mesma sanção prevista para o do homicídio culposo direto, tal fato não é elemento apto a afastar a incidência da referida causa de aumento, ao meu juízo. Ora, havendo homicídio culposo, não importa se direta ou indiretamente, nada mais natural a aplicação do § 4º do art. 121 do Código Penal sobre a pena, se o crime resultar da inobservância de dever de profissão.

#### 4.1.4 Reparação dos danos

No tocante ao tema, asseverou o juiz *a quo*:

O Ministério Público Federal postulou que a sentença eventualmente condenatória não deixasse de ficar uma quantia devida a título de reparação de danos, embasando o seu pedido no que dispõe o art. 387, IV, do CPP – “o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

O pedido não pode ser acolhido. Embora os termos do artigo sejam categóricos quanto trata da reparação dos danos na sentença (o juiz fixará), é evidente que o cumprimento do comando legal não prescinde da análise de outros comandos normativos do sistema, principalmente aqueles de natureza constitucional. Para que o juiz possa fixar o valor, primeiro deve haver nos autos elementos que lhe permitam chegar a uma estimativa. A parte final do inciso, quando determina que se observe “os prejuízos sofridos pelo ofendido”, diz tudo. Diz, implicitamente que seja, que se o magistrado não tem no processo elementos que lhe permitam a apuração do valor mínimo, não pode, por impossibilidade material, dar cumprimento à ordem legal. Mas a simples existência nos autos de elementos idôneos para uma estimativa do prejuízo não é, por si mesma, bastante para a fixação do dano. Não se pode admitir que juiz, na hora da sentença, surpreendendo completamente o destinatário da decisão, diga-lhe que ele tem que pagar isso e aquilo, tal e qual quantia, sem que no curso do processo ele tenha sido chamado a se pronunciar sobre o tema. “Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação de danos causados pela infração penal”, ensina Guilherme de Souza Nucci,

<sup>10</sup> Palavra inexistente no nosso idioma, conforme o Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa - Volp.



“é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender a produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver pedido formal e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa” (Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: RT, p. 691).

Não houve pedido no momento oportuno. Não houve instrução específica quanto ao tema. Não houve indicação de valor pela parte requerente. Não há no processo documentos, dados, cálculos, nada, enfim, que pudesse dar suporte a um exercício de estimativa de dano. Dano moral? Quem pede dano moral deve indicar o valor. Se o Ministério Público não sabe o valor, se não formulou pedido certo sobre o tema, por que razão o juiz deveria saber? Aqui, sendo matéria de natureza eminentemente cível, aplicam-se quanto ao pedido as regras do Código de Processo Civil, especialmente aquela que exige que seja ele claramente formulado - certo e determinado (art. 286 do CPC). [...]

Malgrado a sentença esteja datada de 2011, ou seja, é posterior à Lei 11.719/2008, não houve manifestação da assistência da acusação e do Ministério Público Federal, durante a instrução, no sentido da reparação do dano, providência sem a qual se torna impossível o arbitramento de um valor. Ademais, à míngua de elementos concretos acerca do total objetivado pelos recorrentes, poderia este Magistrado estar infligindo aos acusados uma perda patrimonial desproporcional, isso sem contar que ambos teriam o direito de se oporem ao montante em uma discussão antes de ser prolatado o *decisum*.

## 5. Novo cálculo da pena

### 5.1 Joseph Lepore

A conduta merece severa reprovação. Seu comportamento foi de encontro a um dos mais elementares princípios da aviação. Não há exagero em resumir o quão negativa foi a ação do réu na afirmação de que a aeronave Legacy não tinha piloto no trecho entre Brasília e o ponto de colisão. Sua *culpabilidade*, por isso, é muito elevada; os *bons antecedentes* atestam a primariedade; sem *personalidade* desviada para a criminalidade, possui *conduta social* compatível com a de cidadão amplamente integrado à sociedade (ocupa-se licitamente da profissão de piloto aviador); nada a

dizer quanto ao *motivo do crime*; as *circunstâncias* são muito graves.

A defesa fez questão de demonstrar a experiência deste acusado no comando de aeronaves. Isso tem relevância na imposição da pena, pois, de seu currículo, extrai-se a informação de ser possuidor de cerca de 9.300 horas de voo. Mas não é só isso. Há de se destacar, sobretudo, sua condição de instrutor de voo. Portanto, não se trata de uma pessoa incipiente na aviação, que poderia estar manejando os instrumentos da aeronave de forma inadequada. Quem ensina a voar já passou por todas as fases de aprendizagem e continua aprendendo todos os dias. Sua responsabilidade é ainda maior no sentido de transmitir o conhecimento adquirido, mormente os relativos à segurança de voo, procedimentos treinados à exaustão. Assim, diante de sua comprovada capacidade profissional, é inaceitável que tivesse comportamento diametralmente oposto na ocasião do acidente, tal como um amador. Mais grave ainda, não estava sozinho. Errou em dupla. Expôs o espaço aéreo a sua volta a um perigo desnecessário, causando a queda do voo 1907 da empresa GOL, assim como poderia ter causado a de qualquer outro que tivesse o infortúnio de cruzar sua rota. Ninguém duvida que o corpo humano, embora seja uma máquina, é imperfeito. Desatenção momentânea em decorrência dessa limitação pode ocorrer em qualquer atividade, inclusive na pilotagem de aeronaves. Mas, na espécie, é extremamente negativo um piloto de aeronaves experimentado como o réu permitir-se tamanha falta de percepção do que ocorria a sua volta e por tanto tempo; as *consequências*, muito embora gravíssimas, com a morte das 154 pessoas que se encontravam a bordo do voo 1907 da empresa GOL, não serão consideradas para fixação da pena-base além do mínimo, porque já integram a qualificadora do delito; o *comportamento da vítima* é desinfluyente para o cômputo da sanção.

Tais as circunstâncias judiciais, entendo como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime estabelecer pena-base de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de detenção.

Nenhuma atenuante ou agravante ou causa de diminuição se faz presente. Incide, no entanto, a causa de aumento do art. 121, § 4º, do Código Penal (inobservação de dever inerente à profissão), motivo de elevação da pena em 1/3 (um terço), para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção.

Sem causas de diminuição a favor do réu, o art. 258, parte final, do Código Penal determina aumento de 1/3 (um terço) em caso de homicídio culposo. O

acusado fica condenado, definitivamente, a 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção.

O regime de cumprimento da pena será o aberto (art. 33, § 2º, c, do Código Penal). A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso I, não faz diferença entre brasileiros e estrangeiros.

#### 5.2 Jan Paul Paladino

As circunstâncias judiciais desse réu em nada diferem das analisadas em relação ao corréu Joseph Lepore, salvo pelo fato de não ser um instrutor de voo. Mas isso não diminui sua responsabilidade no evento, tendo em vista a informação em seu currículo que o coloca como titular de cerca de 6.300 horas de voo e o fato principal de ser graduado em Ciência Aeronáutica pela Universidade Aeronáutica Embry-Riddle, ironicamente com estudos em prevenção de acidentes. Por conseguinte, é um piloto tarimbado, muito experiente no comando de jatos, inclusive na condição de capitão em EMB-145, avião da Embraer que serviu de plataforma para o projeto do Legacy 600, o que revela sua falha indesculpável no evento, motivo pelo qual fixo-lhe pena-base de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de detenção, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Ausentes atenuantes, agravantes ou causas de diminuição, elevo a sanção para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, em virtude da incidência da causa de aumento inserta no art. 121, § 4º, primeira parte, do Código Penal (inobservação de dever inerente à profissão).

Por força da parte final do art. 258 do Código Penal, aumento a pena na fração de 1/3 (um terço), em definitivo, para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção.

O regime de cumprimento da sanção será o aberto, pelas mesmas razões que para o outro acusado.

#### 6. Substituição da pena privativa de liberdade

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é objeto de inconformismo da assistência da acusação e do Ministério Público Federal. Sobre este ponto específico, entendeu o juiz *a quo*:

[...] O art. 44 do Código Penal diz que as penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, que, “aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos”. A esse critério geral a lei impõe outros, de natureza específica, sendo necessário que: (a) o réu não seja reincidente em crime doloso

(inciso II), (b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que a substituição seja suficiente (inciso III).

Desde logo, cumpre dizer que não há nada que comprove ser o réu reincidente em crime doloso. A restrição que consta do inciso II do artigo 44 do CP está, portanto, afastada.

Quanto ao que dispõe o inciso III do artigo 44 do CP, o que se tem é que, entre os elementos ali apontados, não se encontra a consequência do crime. O inciso em questão não reproduz, como parece à primeira vista, todas as circunstâncias do artigo 59 do CP. Das oito circunstâncias judiciais, o legislador reproduziu, no artigo 44 do CP, somente seis. E isso tem especial significado, pois em matéria penal – e as regras de substituição de pena têm indiscutível caráter penal – vigora o princípio da interpretação estrita, da vedação da analogia em desfavor do réu. E é por causa disso que o STJ vem reputando ilegítima – e isso em crime de consequências graves – a negativa de substituição quando ela tenha por fundamento a gravidade da consequência do crime. De fato, ao comentar o dispositivo de que se cuida, o Ministro Jorge Mussi sustenta que “o legislador optou por deixar ao arbítrio do julgador, dentro do seu prudente critério, a deliberação sobre a possibilidade ou não de ser converter a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito, contudo não se trata de discricionariedade livre, mas vinculada, já que dever ter por base as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, à exceção, como bem observado pela impetrante, das consequências do delito e do comportamento da vítima, não reproduzidas no inciso III do art. 44 do CP”. E depois, atendo-se ao caso concreto, disse que “as razões expendidas pelo sentenciante, e confirmadas pelo Tribunal impetrado, para manter a negativa de substituição da reprimenda por penas alternativas mostram-se insuficientes para vedar a permuta, posto que fundadas unicamente nas consequências da ação criminosa, que, embora realmente graves, já que, em razão da conduta imprudente, houve falecimento de quatro pessoas e a ocorrência de lesões corporais graves em duas outras, não deveriam ser levadas em conta para a análise da suficiência da medida, especialmente em se considerando que se tratam de crimes culposos” (HC 123.373/RJ). Está bem claro no acórdão, portanto, que as consequências do crime – ainda que graves, ou gravíssimas que sejam – não podem ser levadas à conta de fundamento utilizado para negar a substituição da pena.

Bem, mas se avaliei negativamente a culpabilidade, então a vedação encontra amparo no inciso III do artigo 44 do CP. Em princípio, sim. Mas há de se analisar os requisitos do inciso tendo presente que eles surgiram no contexto de reforma penal que começa em 1995 (Lei nº 9.099) e se estende ainda aos dias de hoje, reforma esta orientada pelo princípio da despenalização das condutas, e cuja diretriz principal está alicerçada no entendimento

de que a pena de prisão deve ser imposta apenas como última alternativa. Não precisa ir longe. Institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo são marcados por essa nota característica. Diria mais. Esses dois institutos atuam ainda em uma fase anterior, evitando não apenas a prisão, mas a formação mesma do processo criminal (transação penal) ou sua suspensão quando esteja ele em curso (suspensão condicional). E são de uso universal: valem tanto para crimes dolosos quanto para delitos culposos. Esse contexto não pode ser ignorado.

E a redação do inciso III do art. 44 do Código Penal não autoriza a conclusão imediata de que, valoradas negativamente aquelas circunstâncias ali indicadas, o juiz não deve substituir a pena. A lei, após apontar as circunstâncias a serem consideradas, autoriza o juiz a promover a substituição se elas “indicarem que essa substituição seja suficiente”. Aqui está a margem de atuação do juiz concedida propositalmente pelo legislador, a que faz referência o Ministro Jorge Mussi no precedente citado. E como não há uma relação direta de causa e efeito entre o momento da aplicação da pena e de sua eventual substituição, disso decorre que não haverá necessariamente incongruência se o juiz considerar tal e qual aspecto desfavorável em um primeiro estágio (dosimetria) e admitir, em outra etapa (substituição), que, nada obstante as considerações negativas que fez, a situação recomenda a substituição. Olhe-se o inciso II, por exemplo. Aquele dispositivo, do modo como redigido, afasta qualquer espécie de atuação discricionária do juiz. Se o réu for reincidente em crime doloso, não terá lugar a substituição – critério eminentemente objetivo.

[...]

Vista desse modo a questão, sendo consistente o fundamento jurídico para a substituição da pena, não vejo como não possa conceder o benefício. Os réus não são reincidentes, não há notícia que tenham falhado gravemente nas viagens que fazem há muito tempo como profissionais de condução de aeronaves, nada lhes desabona a conduta social, nada recomenda, enfim, que não se lhes aplique o princípio que vem orientando a política criminal mais recente, que deixa a pena de prisão relegada para os casos em que legislação, já pelo quantitativo da pena, indica que ela é necessária – crimes hediondos e delitos afins – ou para as situações em que o contexto processual demonstre que o réu “não vai se emendar”.

O parágrafo segundo do artigo 44 do Código Penal que “se a pena for superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos”.

O caso recomenda a aplicação de duas penas restritivas de direitos, sendo a primeira delas prestação de serviço comunitário e a segunda a proibição do exercício de profissão.

Quanto à prestação de serviço comunitário, tenho que a solução que melhor atende aos princípios informadores do instituto da substituição é aquela que imponha aos réus o cumprimento da pena no seu país de origem. Não faria sentido substituir a pena privativa de liberdade por uma sanção que talvez fosse até mais grave do que a própria prisão – no caso de o réu ser forçado a viver em outro país. Uma decisão assim tomada contrariaria, de modo inequívoco, os princípios inspiradores do instituto da substituição da pena, que foi feito em benefício do réu, e não para prejudicá-lo. Quando o parágrafo terceiro do art. 46 do Código Penal diz que o serviço comunitário deve ser feito “de modo a não prejudicar a jornada de trabalho” do condenado, fica claro que se deve compatibilizar, tanto quanto possível, os interesses deste (condenado) com o da justiça criminal. A prestação de serviço comunitário dar-se-á, portanto, nos Estados Unidos da América, mas em uma repartição brasileira, a ser fixada, no momento oportuno, pelo juiz da execução.

A proibição do exercício de profissão é aplicação direta do comando inscrito no inciso II do art. 47 do Código Penal, que inclui, entre as penas de interdição temporária, a “proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público”. A apreensão dos documentos necessários ao exercício da profissão será feita pelo juiz da execução depois do trânsito em julgado (art. 154 da LEP).

De outro lado, a assistência da acusação trouxe aos autos, para se contrapor à decisão de substituição das penas privativas de liberdade, parecer da lavra do Professor René Ariel Dotti (fls. 1.518–1.560 dos autos 0002947-05.2009.4.01.3603 – 2009.36.03.002962-5), cujos principais argumentos são:

– até mesmo ‘o pensamento reformador’ [refere-se à reforma da parte geral do Código Penal pela Lei 7.209/84] considera a privação de liberdade como providência necessária e oportuna, da qual a humanidade não pode prescindir;

– [...] a Lei nº 7.209/84, ministrando um pouco de realidade à essência ideal das penas alternativas – como não poderia deixar de ser –, cuidou de admitir hipóteses em que a substituição da pena pode ser *negada* pelo juiz se, mesmo que cumpridas outras condições, ela não for suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.;

– É patente que o princípio geral da suficiência, estabelecido nos arts. 59 e 44, III, CP, vale não somente para a escolha da pena, de sua quantidade e para o regime inicial de execução quando se trate de privação da liberdade, mas, também, para a substituição de uma pena por outra. Nessa medida, relaciona-se à convicção do juiz, formada pela “livre apreciação da prova (CPP, art. 157).;

– [...] o Magistrado não considerou (ao menos expressamente) o princípio da suficiência do art. 59, caput e IV, do CP.;

– “O que chama a atenção é que, aparentemente, a sentença reputa que o art. 59, caput, e IV, do CP – quando determina que a pena *somente* será substituída se tal for a medida *suficiente* para reprová-lo o crime – não teria qualquer influência na substituição. Isso porque somente se fez referência às circunstâncias judiciais da pena-base, olvidando-se, portanto, do princípio geral da suficiência, que leva em conta as circunstâncias judiciais, mas, *também*, a *proporcionalidade* da natureza da pena frente à *intensidade* da reprovabilidade do fato (culpabilidade auferível pela conduta dos condenados) e do dano causado (auferível, aqui, por diversos fatores).;

– [...] diferentemente da linha adotada pela sentença, segundo a qual os pilotos viajam há muito tempo e que não haveria notícia de outra falha em suas condutas (p. 78) – o que recomendaria a substituição da pena, adoto raciocínio contraditório: é impressionante que essa gravíssima demonstração de despreparo não haja ocasionado *outro* acidente aéreo. A condução de aeronaves deve ser vista, pelo Judiciário, com a maior seriedade possível, pois qualquer erro tem o potencial – muito maior do que nas vias terrestres – de ser fatal, não apenas pela impossibilidade de sobrevivência em quedas, como também pelo enorme número de vidas que podem ser perdidas. Não me recordo, agora, de um acidente de trânsito que haja produzido 154 (cento e cinquenta e quatro) mortos.

Assim, parece claro que a pena alternativa não inculca, nos pilotos, o sentimento de *reprovação íntima* que necessitam experimentar pela gravidade ímpar de seus atos. Efetivamente, a reprovação não será suficiente. A culpa expressa na *imperícia* (ao desligarem o transponder) e *negligência* (ao não checarem o painel da aeronave que indicava insistentemente o desligamento) com que agiram os pilotos chega a atingir níveis patológicos. O próprio juiz da causa classificou-a como de consequências “gravíssimas”;

– [...] as circunstâncias são dados ou fatos (*lugar, modo de execução*, etc.) que estão em *redor do crime* e que devem ser tomados em conta para efeito de individualização da pena. Portanto, para fins de valoração das circunstâncias, devem ser levados em conta aspectos tais como o lugar do fato delituoso, o tempo, de sua duração e a atitude do acusado durante a prática do crime.

O cometimento do crime no interior de uma aeronave com passageiros em pleno voo (*lugar do fato delituoso*) é o primeiro aspecto apto a ensejar a valoração negativa das circunstâncias do crime. Com efeito, o risco assumido pelos pilotos, através de uma conduta incrivelmente imperita e negligente em velocidade e altitude elevadas traduz-se em hipótese de crime culposos de circunstâncias muito

mais reprováveis do que nos crimes culposos em geral.;

– A negligência de (quase) 1 (uma) hora apresenta-se como circunstância criminosa muito mais gravosa do que aquela que dura por um minuto. O longo período mencionado na sentença – uma enormidade, no tempo da aviação – demonstra que as circunstâncias do crime culposos aqui analisado devem ser valoradas negativamente.

O pior é que o tempo pelo qual o transponder permaneceu desligado foi determinado não por um lampejo de responsabilidade ou de cautela dos pilotos, que poderiam ter resolvido *ligar* o dispositivo. Não. Ele ficou desligado até o momento da colisão. Ou seja, o que foi 1 (uma) hora poderia ter sido 1 (uma) hora e meia ou 2 (duas) horas. *A duração da quebra do dever de cuidado teria todo o tempo que fosse necessário para que a catástrofe ocorresse.*

– Os pilotos *reconheceram* que não tinham familiaridade com os equipamentos e, mesmo assim, continuaram os procedimentos normalmente. [...] Eles *não sabiam* operar adequadamente todo sistema de comando do avião.

Isso torna impossível [...] aceitar que eles tenham tido uma boa atitude. Eles poderiam ter realmente lido o manual; poderiam ter adiado por alguns momentos a decolagem para se inteirar dos controles; poderiam, tão logo notaram que seus conhecimentos da aeronave eram superficiais em alguns pontos, ter feito consultas ao pessoal competente de terra. Mas não. Simplesmente deram continuidade – como se estivesse tudo normal quando, *sabidamente*, não estava. Sim, porque, embora negligentes, os pilotos são pessoas inteligentes, estavam plenamente capazes de antever os riscos de suas decisões em sua área de especialidade. Suas atitudes, pois, são absolutamente criticáveis e, como integrantes das circunstâncias do crime, devem ser valoradas negativamente.”;

– “[...] a sentença analisada negou vigência ao art. 44, III, parte final, do Código Penal. Em verdade, houve uma *dupla* negativa de vigência ao aludido dispositivo infraconstitucional: *a*) em razão da *omissão* apontada (...), eis que não foram analisadas todas as diretrizes necessárias para a substituição da pena privativa de liberdade, inclusive as circunstâncias do crime; *b*) diante da flagrante *interpretação contra legem* do art. 44, III, pois, diferentemente do disposto pelo Magistrado, o referido artigo *não* autoriza a substituição em casos como o presente, especialmente por constar da negatividade das culpabilidades dos pilotos e das circunstâncias em que praticaram o crime [...]”;

Guilherme de Souza Nucci adverte sobre a substituição da pena privativa de liberdade:

Cabe ao juiz, dentro do seu prudente critério, novamente invocando o art. 59 do Código Penal, optar pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, levando em

consideração a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, além dos motivos que o levaram ao delito, bem como as circunstâncias gerais de prática da infração. Nessa análise, de ordem subjetiva, o magistrado pode levar em conta a diferença existente entre um traficante internacional e um traficante de ocasião, como já mencionado em nota anterior, aplicando a substituição, quando for o caso, concretizando, nas palavras de René Ariel Dotti, um “Direito Penal liberto de tantas superstições e quantas opressões; um Direito Penal que permita aos magistrados o exercício mais livre da sensibilidade nos domínios da lei, do Direito e da Justiça”.<sup>11</sup>

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, evidentemente, não é medida automática. Em verdade, trata-se de um ato, podemos dizer semidiscricionário do juiz. Mesmo diante do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos, o benefício só será deferido se ele não considerar insuficiente a substituição.

Por outro lado, na espécie, tem razão o sentenciante ao asseverar que as consequências do crime não repercutem na substituição da pena, pois o legislador as excluiu dos critérios do inciso III do art. 44 do Código Penal. Assim, diante da inofensiva vedação à interpretação da lei penal *in pejus*, somente com base nas demais circunstâncias elencadas no inciso III do art. 44 do Código Penal, além obviamente dos incisos antecedentes do referido artigo, será possível inviabilizar o pleito.

6.1 Neste prisma, ainda que a política criminal moderna caminhe para a despenalização (como a própria sentença assevera e que Nilo Batista define como um movimento denominado *fuga da pena*, iniciado a partir dos anos 70, quando se verificou, com maior evidência, o fracasso do tradicional sistema punitivo do Brasil, que, na prática, é uma vergonha), o juiz dispõe de uma margem de discricionariedade concedida propositalmente pelo legislador para negar a substituição da pena privativa de liberdade. Isso porque, como bem expressou o Professor René Ariel Dotti:

[...] até mesmo ‘o pensamento reformador’ considera a privação de liberdade como providência necessária e oportuna, da qual a humanidade não pode prescindir. [...]

Parece sintomático que quanto maior o grau de desenvolvimento de uma sociedade, menos necessário

é o uso da prisão como resposta aos comportamentos delitivos. Mas nenhuma consegue sobreviver sem um mínimo de direito penal e suas consequências. Os maiores expoentes do Direito Penal moderno o admitem.

Este grau de liberdade conferido ao magistrado está insculpido na parte final do inciso III do art. 44 do Código Penal:

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

[...]

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que *essa substituição seja suficiente*. (destaquei)

A expressão *seja suficiente* revela que a substituição pode não ser concedida, caso o juiz não se convença de que a medida é bastante, a partir da análise que fizer das circunstâncias previstas no inciso III.

No presente caso, a culpabilidade extrema dos réus e as circunstâncias muito graves do crime são elementos que *per se* ou conjugados tornam-se aptos a constituírem vedação à substituição. Não vou repetir o que disse na primeira fase de fixação da pena a respeito desses dois temas. Ali há suficiente motivação, e precedente do STF no caso *Bateau Mouche* (HC 70362/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma) comprova essa desnecessidade:

Se a sentença, ao acertar, a luz da prova, a versão do fato delituoso, enuncia claramente circunstâncias de inequívoco relevo para a aplicação da pena, não é de exigir-se que a menção dessas circunstâncias seja explicitamente repetida no capítulo dedicado especificamente a dosimetria da sanção aplicada.

Dentro do critério *proporcionalidade*, considero a troca da privação da liberdade por penas alternativas insuficiente em termos de prevenção geral e individual, positiva e negativa do crime. A benesse é na verdade quase um prêmio aos acusados, diante do enorme desvalor das condutas e das penas pouco elevadas (fruto de um Código Penal ultrapassado nesse sentido).

Conceder-lhes penas alternativas não desestimulará novas ações semelhantes por parte dos cidadãos. Ao contrário, criarão uma enorme confusão na mente das pessoas, um sentimento geral de frustração e impunidade, haja vista a dificuldade de entenderem por que, diante da maior tragédia da história da aviação no Brasil, os causadores são tratados como se tivessem

<sup>11</sup> In: *Código Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 388.

feito pouco, enquanto outros estão presos em razão de crimes de muito menor gravidade.

E não incute nos dois o sentimento de arrependimento necessário diante de suas condutas, até porque não se consideram culpados pelo crime haja vista terem pleiteado as absolvições nestes autos.

*Nego, pois, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*

*7. Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação dos réus, para reduzir-lhes as penas de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de detenção para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção; e à apelação da acusação (Ministério Público Federal e assistência da acusação), no sentido de não substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*

8. É o voto.

## Quarta Turma

Numeração única: 0022413-37.2008.4.01.3500

Apelação Cível 2008.35.00.022605-1/GO

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz  
Apelante: Otávio Alves Neto  
Advogado: Dr. Walter Paiva de Araújo  
Apelante: Nilson Antônio Petro  
Advogado: Dr. Reginaldo Martins Costa  
Apelados: os mesmos  
Apelado: Ministério Público Federal  
Procurador: Dr. Marcelo Santiago Wolf  
Publicação: e-DJF1 de 07/12/2012, p. 554

## Ementa

*Administrativo. Processual Civil. Improbidade administrativa. Ex-prefeitos. Verba federal repassada a município. Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – Peti. Parte dos recursos repassados para a gestão posterior. Responsabilidade de ambos os gestores. Omissão na prestação de contas. Ato de improbidade administrativa configurado. Dolo caracterizado. Art. 11, inciso VI, c/c o art. 12, III, da Lei 8.429/1992. Dano ao Erário. Ressarcimento. Condenação no âmbito do TCU. Bis in idem. Incompetência da Justiça Federal e cerceamento de defesa. Preliminares rejeitadas.*

I. Alegação de cerceamento de defesa que não se vislumbra, no caso em exame, considerando o que dispõe o art. 330, I, do Código de Processo Civil.

II. Não há falar-se em prerrogativa de foro no julgamento de ação civil pública por ato de improbidade. A matéria já está superada, no âmbito jurisprudencial, com o julgamento da ADIn 2.797-DF pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, onde foi reconhecida a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002.

III. O foro privilegiado para julgamento de prefeito, de que trata o art. 29, X, da Constituição Federal, aplica-se apenas às ações penais, e não às ações civis públicas, como no caso das ações de improbidade administrativa.

IV. Constitui ato de improbidade administrativa a conduta de ex-gestor municipal que deixa de prestar contas quando obrigado a fazê-lo, ensejando sua condenação com fundamento no art. 11, inciso VI, da Lei 8.429/1992.

V. As provas dos autos demonstram que os réus se omitiram no dever de prestar contas, não tendo eles apresentado, no curso do processo, elementos a infirmarem os fundamentos da sentença condenatória que assim os reputou.

VI. A jurisprudência tem considerado ser indispensável a presença do elemento subjetivo do tipo, ou seja, a conduta dolosa do agente público praticante do ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

VII. O dolo, no entanto, não é o específico, mas o genérico, ou seja, no caso, basta a violação voluntária e consciente dos deveres do agente, de forma injustificada, como no caso sucedeu.

VIII. As sanções aplicadas por ato de improbidade administrativa devem obedecer aos limites da proporcionalidade e razoabilidade. No caso em exame, como já ocorreu condenação dos requeridos pelo Tribunal de Contas da União, ao ressarcimento total das verbas públicas, relativamente às verbas federais repassadas ao município, objeto do pedido de restituição pretendida na presente ação, nova condenação importaria em *bis in idem*.

IX. Não conhecimento da apelação e do agravo retido do réu Nilson Antônio Preto.

X. Apelação do réu Otávio Alves Neto parcialmente provida, com extensão ao corrêu do resultado benéfico (art. 46, II, do CPC) e do art. 580 do CPP, analogicamente aplicado.

## Acórdão

Decide a Turma não conhecer da apelação e do agravo retido do réu Nilson Antônio Preto e dar parcial provimento à apelação do réu Otávio Alves Neto, à unanimidade, com extensão do resultado favorável ao corrêu.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 27/11/2012.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — A sentença do Juízo Federal da 3ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de Goiás julgou procedente o pedido do Ministério Público Federal, veiculado na inicial da presente ação de improbidade administrativa, e condenou os requeridos, ex-prefeitos de Mara Rosa/GO, Nilson Antônio Preto e Otávio Alves Neto, de forma solidária, pela prática de ato de improbidade administrativa, decorrente da não prestação de contas de verbas do Peti – Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, repassada ao Município pelo extinto Ministério da Previdência e Assistência Social e pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, no quadriênio de 2001/2004, nestes termos:*

*Esse o quadro, julgo procedentes os pedidos para condenar os réus Nilson Antônio Preto e Otávio Alves às penas de:*

*ressarcimento integral do dano, de forma solidária, no total de R\$ 364.500,00 (trezentos e sessenta e quatro mil e quinhentos reais), sendo que o reajuste dessa quantia, pela taxa SELIC, deverá ser pago da seguinte maneira:*

*a.1) de 02/03/2005 até 14/07/2006, unicamente por Nilson Antônio Preto; e*

*a.2) a partir de 15/07/2006, satisfeita em igual medida por ambos os requeridos;*

*suspensão dos direitos públicos pelo período de 3 (três) anos; e*

*proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.*

Os demandados suportarão, de forma reteada, os honorários advocatícios, ora fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), e as custas processuais. (fl. 760).

Da sentença, dois embargos de declaração foram opostos por Nilson Antônio Preto (fls. 762–772 e 797–803), rejeitados, respectivamente, pelas decisões de fls. 774–775 e 805.

Inconformados, os réus apelaram. Otávio Alves Neto, às fls. 776–791, e Nilson Antônio Preto, às fls. 806–824.

O apelante Otávio Alves Neto alega, inicialmente, as seguintes preliminares:

[...] cerceamento de defesa, uma vez que em sua contestação protestou pela produção de todas as provas admitidas em Juízo, e não lhe foi deferida prova testemunhal idônea que comprovasse a real situação, consistente na aplicação dos recursos oriundos do PETI, na realização de despesas públicas do Município de Mara Rosa;

incompetência da Justiça Federal para apreciação do feito, em razão da prerrogativa de foro conferido pelo art. 29, inciso X, da Constituição Federal.

No mérito, sustenta, em síntese, que:

[...] não pode ser responsabilizado pela omissão de outrem, não tendo sido sequer alertado pelo TCU sobre a obrigatoriedade de, na condição de sucessor, prestar contas não apresentadas pelo seu antecessor, havendo tomado conhecimento do fato somente quando intimado na presente ação;

na época em que assumiu a prefeitura do município, no mês de janeiro de 2005, havia em caixa, relativamente a saldo positivo do PETI, a importância

de R\$ 358.635,62, o que levou o apelante acreditar que a gestão anterior tivesse prestado regularmente as contas, tanto que restou positivamente a citada conta;

a mera inobservância das prescrições da Portaria Ministerial que estabelece que os recursos mantidos em contas específicas, provindos da União, deverão ser objeto de prestação de contas pelo sucessor, não pode ser vista como improbidade;

não se pode cogitar da condenação do apelante em ressarcimento ao erário, pois não restou evidenciada que tenha se apropriado de qualquer verba pública;

não se comprovou a existência de conduta dolosa ou culpa, ou má-fé do apelante, nem lesão ao erário, e que, não obstante fora do prazo, ocorreu a prestação de contas pelo seu antecessor, o ex-gestor Nilson Antônio Preto.

Ao final, requer:

*Ante o exposto, é a presente para, com fulcro nas razões supramencionadas, requerer à Vossas Excelências, a reforma do Decisum da lavra do Juiz prolator da sentença de primeiro grau, nos moldes das preliminares argüidas, e, caso superadas, no mérito, requer seja determinada a absolvição do apelante da condenação que lhe fora imposta, em razão da insuficiência de provas para a condenação dos mesmos. (fls. 790–791).*

Por sua vez, o apelante Nilson Antônio Preto pugna, preliminarmente, pelo conhecimento e julgamento de agravo retido por ele interposto de decisão que indeferiu o pedido de oitiva de testemunhas (fl. 730).

No mérito, sustenta que:

[...] o valor de todo o repasse do governo federal, relativo ao PETI, exercício de 2001 a 2003 (à exceção de dezembro de 2003), não foi gasto e a quantia integralmente repassada foi aplicada em aplicações financeiras, não havendo qualquer dano ao erário;

apenas em dezembro de 2003 é que foram iniciadas as despesas para implementação do projeto, onde foi efetivamente instalado o programa, nos termos do Ofício n. 091/2009, anexo aos autos;

foi repassado à administração seguinte, à do apelante (2005/2008), o valor de R\$ 358.635,62 (trezentos e cinquenta e oito mil, seiscentos e trinta e cinco reais e sessenta e dois centavos), fato este inclusive ratificado na defesa prévia oferecida pelo sr. Otávio Alves Neto, à fl. 463;

houve a devida prestação de contas do PETI, junto à Superintendência de Assistência Social, sediada em Goiânia, por meio de Acompanhamento físico, documentos que acompanharam a contestação do apelante, e que todas as receitas e transferência pecuniárias foram contabilizadas e

registradas nos balancetes enviados ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás;

está nos autos também a devida prestação de contas posterior a 2003, incluso todos os comprovantes e despesas realizadas no exercício de 2004;

a condenação no ressarcimento de quantia que não foi gasta representa evidente enriquecimento ilícito em favor da Fazenda Pública Municipal;

o PETI é um serviço de ação continuada, não se encerrando com o final do mandato, inexistindo termo final para a contagem do prazo previsto na IN STN 01/07;

ainda que se admita a intempestividade da prestação de contas, não há na Lei de Improbidade Administrativa tipificação para contas apresentadas fora do prazo.

Ao final, requer:

*[...] seja o presente recurso recebido, conhecido e provido, para julgar, em preliminar, a matéria exposta no Agravo Retido de fls. retro; acaso ultrapassado, requer a REFORMA da r. decisão recorrida, a fim de julgar improcedentes os pedidos contidos na exordial da Ação Civil Pública sub examen, pelos motivos acima alinhavados, condenando o autor na inversão do pagamento das custas e honorários advocatícios, bem como nas demais cominações legais, segundo o princípio da sucumbência. (fls. 823–824).*

Em petição à fl. 879, com a juntada de documento (fls. 881–892), o apelante noticia a concessão de efeito suspensivo em recurso de reconsideração interposto do acórdão do TCU que havia julgado as contas irregulares.

Contrarrazões pelo Ministério Público Federal, às fls. 893–903, pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

À fl. 914, decisão considerando deserto o recurso de apelação interposto pelo requerido Nilson Antônio Preto, decisão objeto de agravo de instrumento interposto pelo réu neste Tribunal.

Há, ainda, agravo retido interposto pelo réu Nilson Antônio Preto (fls. 731–741) de decisão que indeferiu seu pedido de oitiva de testemunha (fl. 730), decisão essa mantida no despacho de fl. 742.

Nesta instância (fls. 955–957), a PRR 1ª Região, em parecer da lavra do Procurador Regional da República, Dr. Luiz Augusto Santos Lima, opinou pela manutenção da sentença em sua integralidade.

É o relatório.



## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: —

Consta da fundamentação da sentença:

Em que pese a decisão que recebeu a inicial ter apreciado amplamente as prefaciais levantadas pelos requeridos, as mesmas preliminares voltaram a ser alegadas por ocasião da contestação de fls. 612-645.

Somente à guisa de elucidação, repasso os fundamentos da referida decisão: 'compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal' (Súmula 208 do STJ), como o era aquela destinada ao PETI, por óbvio não caracterizada como transferência constitucional; o foro privilegiado previsto no art. 29, X, da CF só tem lugar em ações de natureza penal, com as quais a ACP de improbidade administrativa não se confunde; no julgamento das ADIns 2.797/DF e 2.860/DF, o STF declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, a redundar na incompetência da instância superior; o Decreto-lei 201/67 não prejudica a aplicação da Lei 8.429/92, de viés exclusivamente civil - ex vi do art. 37, § 4º, da CF -, apesar das sanções de forte cunho penal; não prospera o argumento de que a lei de improbidade administrativa seria inaplicável a prefeito, porquanto o agente político é espécie do gênero agente público; o entendimento externado na Reclamação 2.138/DF não aproveita a ex-prefeito, de vez que lá o interessado era um ministro de estado que posteriormente assumiu o cargo de chefe de missão diplomática permanente do Brasil perante a ONU, a justificar a sua sujeição à Lei 1.079/1950.

Isso em conta, é ver que a possibilidade de conhecimento ex officio dos requisitos de admissibilidade do processo não significa a mesma viabilidade para reexaminar questões já atingidas pela preclusão, se ausente fato superveniente hábil a ensejar nova análise.

E nem se presta a caracterizar fato superveniente a decisão proferida pelo juízo da 6ª Vara Federal dessa Seção Judiciária nos autos de 2009.35.00.025241-7, aos 12/01/2010, com base na questão de ordem decidida pelo STF na petição de n. 3.211-0. A uma porque a manifestação do Supremo não teve lugar em sede de controle concentrado, a prevalecer o entendimento consagrado nas ADIns 2.797 e 2.860, de que a prerrogativa de foro não se aplica à ação de improbidade, dado o seu caráter cível. A duas porque a Corte limitou-se a declarar a própria competência para julgar ação de improbidade contra seus membros ficando por conta do magistrado a ilação de que aquele que

detém, com base na Constituição, prerrogativa de foro para as ações penais, também o terá para as de improbidade, por força de uma 'competência implícita complementar'.

Tenho, pois, que, em se tratando de ação civil pública, o caso não reclama a incidência da Súmula 702 do STF.

Com relação à assertiva do hoje ex-prefeito Otávio Alves Neto de que o inciso X do art. 29 da Carta Magna não apresenta exceções quanto às espécies de feitos submetidos ao foro privilegiado, é ver que a discussão apresenta-se inócua, porquanto, com o cancelamento da Súmula 394 do STF e a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP, findo o mandato, o agente perde a prerrogativa de foro, em razão de ser uma proteção direcionada ao cargo e não à pessoa que o ocupa. Confira-se a propósito:

'COMPETÊNCIA. Ratione muneris. Foro especial, ou prerrogativa de foro; Perda superveniente. Ação de improbidade administrativa. Mandato eletivo. Ex-prefeito municipal. Cessação da investidura no curso do processo. Remessa dos autos ao juízo de primeiro grau. Ofensa à autoridade da decisão da Rcl 2.381. Não ocorrência. Fato ocorrido durante a gestão. Irrelevância. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, introduzidos pela Lei 10.628/2002. ADIns 2.797 e 2.860. Precedentes.

A cessação do mandato eletivo, no curso do processo de ação de improbidade administrativa, implica perda automática da chamada prerrogativa de foro e deslocamento da causa ao juízo de primeiro grau, ainda que o fato que deu causa à demanda haja ocorrido durante o exercício da função pública'.

(STF; Tribunal Pleno; Rcl-AgR 3.021; rel. Min. César Peluso; DJ 06.02.2009)

Ao mérito.

Importa à causa firmar a materialidade do fato apontado - ausência de prestação de contas relativas à execução do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil no Município de Mara Rosa, durante o interstício de 2001 e 2004 -, de vez que é incontroversa a imputação da conduta omissiva ao prefeito de então e ao seu sucessor.

Contrapondo-se às evidências de que Nilson Antônio Preto e Otávio Ayles Neto não observaram dever inerente à função, cujo conhecimento e cumprimento eram obrigatórios, emergem as alegações de que (a) 'toda a receita e transferências pecuniárias recebidas foram contabilizadas, registradas e figuram nos balancetes, então mensais, enviados ao Tribunal de Contas dos Municípios' (fls. 112-113), os quais seriam suficientes pela natureza da verba - de repasse contínuo, e não decorrente de contrato ou convênio; (b) foram apresentados os Acompanhamentos Físicos da metas do Plano de Ação perante a Superintendência de Assistência Social, sediada em Goiânia; e (c) houve prestação

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado).

de contas junto ao MDS, não havendo falar em intempestividade por ausência de tipificação na Lei 8.429/92.

O levante, contudo, não prospera. No que se refere aos balancetes enviados ao TCM, é óbvia a impertinência: não há sequer identidade de esferas. Já os Acompanhamentos Físicos, embora apresentados na seção regional do MPAS, não suprem a ausência da prestação de contas, porquanto limitam-se a informar a quantidade de metas executadas em cada exercício, ressentindo-se até da mais vaga discriminação de valores (fls. 649–655, 658–668, 672–677 e 683–694).

A prestação de contas não é mera burocracia que pode ser vencida de um modo qualquer; requer uma adequação formal ao fim a que se destina - controlar a transparência dos atos do gestor e a responsável alocação dos recursos públicos. É dizer: deve conter os elementos necessários à demonstração da aplicação da verba pública conforme o pactuado. Não por acaso, o Decreto 93.872/1986 exige que a prestação de contas seja 'constituída de relatório de atividades e demonstração contábil das origens e aplicações de recursos, referentes ao ano do recebimento' (§ 1º do art. 66) e a Instrução Normativa STN 1/97 impõe o seu acompanhamento por, entre outros, um plano de trabalho, relatório de execução físico-financeira e demonstrativo da execução da receita e despesa (art. 28). Daí a imprestabilidade dos documentos apresentados por Nilson Antônio Preto.

A prestação de contas ao MDS no curso da ação (28/11/2008 - fl. 139), por sua vez, não tem o condão de elidir a materialidade do fato, pois só 'a apresentação da prestação de contas, no tempo exigido por lei, permite à Administração aferir a legalidade dos atos praticados e comprovar o efetivo cumprimento do convênio firmado. Esses dois vetores de avaliação do convênio são considerados quando da análise da prestação de contas pelo órgão que disponibilizou o recurso. Improriedades detectadas podem resultar em rejeição das contas e instauração do processo de tomada de contas especial, a ser julgado pelo Tribunal de Contas da União' (Grifei) (STJ; Segunda Turma; EDREsp 200601530015; rel. Min. Mauro Campbell Marques; DJ 21.05.2010). E a Instrução Normativa STN 1/97 é taxativa quanto ao prazo dessa obrigação, embora seja mais complacente na fixação do termo inicial do que o Decreto 93.872/1986:

Instrução Normativa STN 1/97 – 'Art. 28. O órgão ou entidade que receber recursos, inclusive de origem externa, na forma estabelecida nesta Instrução Normativa, ficará sujeito a apresentar prestação de contas final do total dos recursos recebidos, que será constituída de relatório de cumprimento do objeto, acompanhada de:

[...]

§ 5º A prestação de contas final será apresentada ao concedente até sessenta dias após o

término da vigência do convênio, definida conforme disposto no inciso III do art. 7º desta Instrução Normativa'.

Decreto 93.872/1986 – 'Art. 66. Quem quer que receba recursos da União ou das entidades a ela vinculadas, direta ou indiretamente, inclusive mediante acordo, ajuste ou convênio, para realizar pesquisas, desenvolver projetos, estudos, campanhas e obras sociais ou para qualquer outro fim, deverá comprovar o seu bom e regular emprego, bem como os resultados alcançados.

§ 1º A prestação de contas de aplicação de subvenção social ou auxílio será apresentada à unidade concedente dentro de 60 dias após a aplicação, não podendo exceder ao último dia útil do mês de fevereiro do ano subsequente ao do recebimento, e será constituída de relatório de atividades e demonstração contábil das origens e aplicações de recursos, referentes ao ano do recebimento, visados por autoridade pública local, observados os modelos aprovados pelo órgão Central do Sistema de Controle interno'.

Assim, a apresentação de contas com mais de 3 (três) anos de atraso é inócua, pois não sana a ausência no sentido de cumprir o fim tencionado pelo mecanismo de controle. Em outras palavras: não prestar contas no tempo oportuno é o mesmo que não fazê-lo. Não custa frisar que a prestação de contas não é simples formalidade que, se insatisfeita, representa entrave burocrático; tanto que a carência dela foi alçada a ato de improbidade.

Passo, então, a examinar as razões creditadas à omissão verificada e as causas que estariam a isentar os requeridos de responsabilidade.

Não merece vazão a tese de que, porque desprovido de assinatura e dada a continuidade dos repasses, o plano de ação diferiria dos convênios e contratos quanto à obrigação de prestar contas. Primeiro pela fácil constatação de que, ao contrário do que afirma o prefeito à época, a Prefeitura Municipal de Mara Rosa consta como proponente dos Planos de Ação relativos à implantação do PETI, devidamente assinados por seu representante legal, inclusive para se comprometer a 'cumprir com o disposto na portaria que estabelece este plano de ação' (fls. 647–648, 656–657, 670–671 e 679–680). Depois porque o Plano de Ação pode ser encartado como modalidade de convênio, conforme preconiza o art. 1º da Instrução Normativa STN 1/97:

'Art. 1º [...].

§ 1º Para fins desta Instrução Normativa, considera-se:

I – convênio - instrumento qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União, visando à execução de programas de

trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação’.

Noutra verve (sic), pouco interessa que o valor encontrado na conta do PETI ao final da gestão de Nilson Antônio Preto (R\$ 358.653,62) aproxime-se do total repassado à municipalidade (R\$ 364.500,00) – compensada a falta de correção do montante originário com a utilização de parte da verba entregue. Isso porque a efetiva lesão ao patrimônio público (ou o enriquecimento ilícito do agente) não é pressuposto para a configuração dos tipos previstos no art. 11 da LIA; a esse respeito existe regra específica. O imprescindível é que a conduta tida por ímproba tenha atentado contra os princípios regentes da atividade estatal. Confira-se, a propósito, excerto de acórdão do STJ que acena nesse sentido:

‘Já no art. 11, cuja penalidade é mais branda, o prejuízo ao Erário é elemento secundário ou acidental e o foco da figura típica reside na preservação dos valores abstratos e intangíveis da administração proba, lastreada em princípios de fundo constitucional e legal informadores do dever de boa gestão e honestidade no trato da coisa pública’. (STJ Segunda Turma; REsp 765.212/AC; rel. Min. Hemman Benjamin; DJ 23/06/2010).

Por ocasião desse julgado, a Segunda Turma do STJ mudou o seu entendimento, filiando-se à linha já sustentada pela Primeira Turma, para reputar caracterizadas as condutas previstas no art. 11 da Lei 8.429/1992 somente quando perpetradas (sic) com dolo ao menos genérico. Segundo essa interpretação, a subsunção da conduta à tipologia legal não deve ser feita de forma mecânica; imperioso perquirir o elemento subjetivo do agir.

Não obstante, a referida Turma, em feito ulterior, reconheceu que seria extremado ‘exigir, para fins de enquadramento no art. 11 da LIA, que o agente ímprobo agisse com dolo específico de infringir determinado preceito princípio lógico. Caso fosse essa a intenção do legislador, poderíamos dizer que as situações previstas nos incisos do mencionado dispositivo configurariam rol enumerativo das condutas reprováveis, o que é absolutamente inaceitável, diante da redação do caput, ao mencionar ações e omissões que ‘notadamente’ são passíveis de sanção’. (REsp 200901752401; rel. Min. Eliana Calmon; DJ 22/06/2010).

*In casu*, nota-se que embora não seja possível atinar com segurança que, a princípio, o intuito de Nilson Antônio Preto e Otávio Alves Neto era furtarem-se da prestação de contas, uma vez notificados pelo MDS a suprirem a omissão - o primeiro por edital (fls. 493–494, 502–503, 511–512, 518–519, 527, 532–533, 541–542, 548–549) e o outro pessoalmente (fls. 495–496, 504, 513–514, 520, 528, 534, 543–544, 550) -, sob a advertência do teor da Súmula TCU 230, ainda assim os requeridos quedaram-se inertes.

Portanto, os administradores sabiam que a omissão violava os deveres estatuídos no ordenamento e não aproveitaram a oportunidade para reparar a falta. Presentes a consciência da ilicitude e a vontade de conformar a omissão, resta indubitável o dolo da conduta. É o que basta para imputar aos acionados as sanções decorrentes da ofensa à LIA, em seu art. 11, inciso VI. De somenos relevância a intenção específica de violar a lei ou outra finalidade dirigida, porque a tipologia legal não prevê qualquer elemento subjetivo especial. ‘Se o agente descumpre abertamente normas legais, pouco importa o interesse perseguido, há uma infração dolosa’, já dizia Fábio Medina Osório’.

Em toada seguinte, avista-se o pedido de ressarcimento formulado pelo MPF. A esse respeito não se pode ignorar que ‘a noção de dano não se encontra adstrita à necessidade de demonstração da diminuição patrimonial, sendo inúmeras as hipóteses de lesividade presumida previstas na legislação’.

Nilson Antônio Preto sustenta que a implantação do PETI no Município de Mara Rosa só teve início em dezembro de 2003, ao argumento de que até então não havia recursos para a contrapartida do ente municipal ao plano de ação. Em decorrência da utilização apenas parcial da verba repassada, a Administração subsequente foi agraciada com um legado de R\$ 358.635,62 (trezentos e cinquenta e oito mil, seiscentos e trinta e cinco reais e sessenta e dois centavos), informação corroborada pelo extrato de fls. 136/137. Tamanho saldo remanescente ao final do prazo assinalado demonstraria, no entender do requerido, a inexistência de dano ao erário, mormente porque, uma vez investida a verba recebida, o seu valor de face teria sido atualizado.

A assertiva de que a introdução do projeto foi postergada porque o Município carecia de condições para arcar com a contrapartida firmada não convence. Basta conferir quão ínfimos eram os valores necessários aos aportes de responsabilidade de Mara Rosa, em especial porque anuais: R\$ 225,00 (duzentos e vinte e cinco reais), referentes a 2001 (fl. 19); R\$ 2.385,00 (dois mil, trezentos e oitenta e cinco reais), para o ano de 2002 (fl. 84); R\$ 3.375,00 (três mil, trezentos e setenta e cinco reais), relativos a 2003 (fl. 92); e R\$ 2.196,00 (dois mil, cento e noventa e seis reais), devidos em 2004 (fl. 74). Essa constatação já dá a medida da reprovabilidade da conduta do então prefeito.

Em relação a Otávio Alves Neto, no que pese a confirmação da existência de saldo positivo na conta do PETI quando assumiu a gestão do Município, sequer há justificativa para o destino da verba.

Mesmo sem a verificação de proveito econômico para os réus, o prejuízo do Poder Público é patente. O dano na espécie decorre da não-consecução dos fins visados pelo projeto, o que atingiu o interesse público em sua plenitude.

Assim, valoradas as condutas, no que não se mostraram insignificantes aos deveres do cargo, passo a cominar as sanções, com supedâneo no art. 12, inciso III, da Lei 8.429/1992.

Por óbvio, o ressarcimento é medida que se impõe. Nesse particular, desprezo a conta declinada pelo MDS, e corroborada pela CGU - cujo resultado importou em R\$ 644.256,32 (seiscentos e quarenta e quatro mil, duzentos e cinquenta e seis reais e trinta e dois centavos) -, para adotar os valores efetivamente repassados à municipalidade, somados em R\$ 364.500,00 (trezentos e sessenta e quatro mil e quinhentos reais), de vez que ausentes nos autos os critérios de correção e aplicação de juros àquela monta, bem como a comprovação de que houve a observância do devido processo legal, com contraditório, ampla defesa e notificação, nas Tomadas de Contas Especiais. A importância em destaque deverá ser restituída aos cofres públicos, não sem a devida correção, mediante a taxa SELIC, a contar do termo final para prestação das contas para Nilson Antônio Preto (01.03.2005) e para Otávio Alves Neto expirado o prazo de 15 (quinze) dias da notificação emitida pelo MDS para que reparasse a ausência (14.07.2006 - fls. 504, 520, 534 e 550).

Tais atos devem também, por não se compatibilizarem com o exercício de cargos eletivos, ensejar a suspensão dos direitos políticos dos acionados, da mesma forma que não se coadunam com a liberdade de contratar com o Poder Público ou como beneplácito de incentivos fiscais ou creditícios. (fls. 754–760).

Inicialmente, não conheço da apelação do requerido Nilson Antônio Preto, e conseqüentemente do agravo retido por ele interposto (fls. 731–741), haja vista que a decisão de primeiro grau, que considerou deserta a apelação do réu, foi mantida no julgamento do agravo de instrumento por ele interposto neste Tribunal (AI 0029337-49.2012.4.01.0000/GO), julgamento este realizado por esta 4ª Turma, em 18/09/2012, conforme destaque do voto condutor do acórdão proferido no respectivo incidente processual:

A decisão agravada tem o seguinte teor:

‘O prazo para pagamento das custas de apelação é de 5 (cinco) dias, *contados da interposição do recurso* (art. 14, inciso II da Lei 9.289/96 c/c art. 511 do CPC e Anexo II, item 2, da Portaria/Presi/Corej 371, de 17/09/2010).

O recurso do requerido Nilson Antônio Preto de fls. 806–824 foi interposto em 30/01/2012. Intimado para comprovar o recolhimento das custas no *prazo legal*, o requerido juntou as guias de fls. 906–910. Contudo, verifica-se que o preparo foi efetuado em 15/03/2012.

De todo o exposto, considerando que o requerido não recolheu as custas no prazo legal, julgo deserto o recurso de apelação interposto.

Determino o desentranhamento do referido recurso e sua entrega a um de seus ilustres subscritores, mediante recibo nos autos.

Presente os pressupostos de admissibilidade do recurso interposto pelo requerido Otávio Alves Neto (fls. 776–791) recebo-o em ambos os efeitos.

Deixo de determinar vista ao Ministério Público Federal, de vez que apresentada as suas contrarrazões (fls. 893–903).

Subam os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal – 1ª Região.

I.

Em 16/04/2012.’ (fl. 22).

Não há qualquer vício a macular a decisão agravada.

É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do art. 511 do CPC, já com nova redação, no sentido de que o pagamento do preparo deve ser concomitante à interposição do recurso.

Nesse sentido transcrevo a jurisprudência:

‘Processual civil. Apelação. Custas recolhidas em data posterior à da interposição. Deserção. CPC, Art. 511. Lei 8.950/1994.

I. Exigindo o art. 511 do CPC, na redação que lhe deu a Lei 8.950/1994, que o preparo da apelação seja comprovado no ato da sua interposição, tem-se que o recolhimento das custas está atrelado, de forma indissociável, ao do oferecimento do recurso, sendo descabida a prorrogação do lapso temporal. Deserção reconhecida.

II. Recurso especial conhecido e desprovido’.

(RESP 283189/ES, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma do STJ, DJ de 19/02/2001, p. 00182).

‘Processual Civil. Preparo Imediato. Art. 511, Do CPC.

- O preparo deve ser realizado no ato de interposição do recurso, sob pena de deserção. O pagamento do porte de retorno após a interposição do recurso, mesmo dentro do prazo recursal, não tem o condão de ilidir a pena aplicada.

- Agravo regimental improvido.’

(AGRESP 246617/PR, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma do STJ, DJ de 20/11/2000, p. 00274).

Não se aplica ao caso, como defende o apelante, o disposto no § 2º do art. 511 do Código de Processo Civil ‘§ 2º. A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias’.

Conforme registrado na decisão que negou o pedido de atribuição do efeito suspensivo, o agravante não foi intimado para complementar o preparo, mas para comprovar o pagamento integral que não havia sido feito tempestivamente.

Dessa forma, restando configurada a deserção da apelação, está correta a decisão em sua conclusão.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto.

Passo ao exame da apelação do réu Otávio Alves Neto.

### 1. Das preliminares

#### 1.1 Da preliminar de cerceamento de defesa.

O apelante alega ter ocorrido cerceamento de defesa, uma vez que em sua contestação protestou pela produção de todas as provas admitidas em Juízo, e não lhe foi deferida prova testemunhal idônea que comprovasse a real situação, consistente na aplicação dos recursos oriundos do Peti, na realização de despesas públicas do Município de Mara Rosa.

A alegação não tem pertinência.

Com efeito, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; [...].

No caso em exame, a prova a demonstrar a ocorrência ou não da prestação de contas é documental, e a decisão que indeferiu o pedido da oitiva de testemunha entendeu que a prova documental acostada aos autos era suficiente para o julgamento da lide.

Assim, considerando que a decisão está em consonância com a norma processual civil, não há se falar em ofensa ao princípio da ampla defesa.

Rejeito a preliminar.

1.2 Da preliminar de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, em face da prerrogativa de foro.

A preliminar levantada pelo apelante não prospera. Não há se falar em prerrogativa de foro no julgamento de ação civil pública por ato de improbidade. A matéria já está superada, no âmbito jurisprudencial, com o julgamento da ADIn 2.797-DF pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, onde foi reconhecida a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002.

Consoante entendimento jurisprudencial, já consolidado nos Tribunais, é competência da Justiça Federal processar e julgar ação de improbidade administrativa que trata de suposta irregularidade

na aplicação de verba federal repassada pela União antes da Federação.

Nesse sentido, trago à colação ementas de julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional, conforme passo a transcrevê-las:

*Conflito de competência. Desvio de verba pública. FNDE. Sujeição à fiscalização por órgãos federais e à prestação de contas pelo Tribunal de Contas da União. Aplicação da Súmula 208/STJ. Conflito conhecido para determinar competente a Justiça Federal.*

I. Compete à Justiça Federal o julgamento de demanda instaurada contra ex-prefeito, para apurar possível desvio de verbas públicas federais, sujeitas à fiscalização de órgãos federais e à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, sobressaindo efetivo interesse da União Federal. Incidência do teor da Súmula 208/STJ.

II. Ação em que a parte autora pede a citação do FNDE (autarquia federal) como litisconsorte ativa.

III. Conflito conhecido para determinar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Rio Grande – SJ/RS.”

(STJ - CC 41.635/RS, rel. Min. José Delgado, 1ª Seção, julgado por unanimidade em 27/04/2005, publicado no DJ de 17/10/2005, p. 162).

*Processual Civil. Agravo de instrumento, ação do ministério da educação. Sujeição à fiscalização do Tribunal de Contas da União. Competência da Justiça Federal.*

I. Não há necessidade da intimação do agravado, já que este não foi citado na ação originária.

II. Merece reparo a decisão agravada que afastou a competência da Justiça Federal para apreciar e julgar ação de improbidade. Nos termos da Súmula nº 208 do STJ, a existência de obrigação de prestação de contas ao órgão federal ou ao TCU fixa a competência da Justiça Federal (art. 71, VI, da CF).

III. Agravo provido.

(TRF 1ª Região, AG 2006.01.00.019553-0/TO, do qual fui relator, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 1º/08/2006, publicado no DJ de 23/08/2006, p. 36).

Por outro lado, o foro privilegiado para julgamento do prefeito, na forma do art. 29, X, da Constituição Federal, se aplica apenas às ações penais, e não às ações civis públicas, como no caso das ações de improbidade administrativa.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

A presente ação de improbidade administrativa foi proposta pelo Ministério Público Federal contra Otávio Alves Neto e Nilson Antônio Preto, objetivando a condenação dos requeridos nas sanções previstas no art. 12, III, da Lei 8.429/1992, pela suposta prática de atos de improbidade administrativa em decorrência de não haverem prestado contas dos recursos federais repassados ao Município de Mara Rosa/GO, relativo ao Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – Peti.

A prestação de contas relativa ao Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – Peti, no caso em exame, é relativa a recursos repassados nos de 2001 a 2004, na gestão do requerido Nilson Antônio Preto, decorrendo a responsabilidade solidária do requerido Otávio Alves Neto, porque, como o seu antecessor utilizou apenas parte da verba que foi repassada ao Município (R\$ 52.164,08 – fl. 150), foi repassada para a gestão do requerido Otávio, conforme atesta o extrato bancário da conta bancária do Município, datado de 31/12/2012, o valor, com saldo de aplicação, de R\$ 358.635,62, conforme demonstra o documento de fl. 137, e documento do Ministério da Assistência e Promoção Social (fl. 150).

Na sentença, para considerar os requeridos omissos no dever de prestar contas, assentou o sentenciante que os acompanhamentos físicos, embora apresentados na Seção Regional do MPAS, não suprem a ausência da prestação de contas, uma vez que limita-se a informar a quantidade de metas executadas em cada exercício, e a prestação de contas apresentadas no curso da ação, ou seja, em 28/11/2008 – fl. 139, não tem o condão de afastar a materialidade do fato, concluindo que a prestação de contas fora do prazo não afasta o ato de improbidade.

Com efeito, tem entendido esta Corte Regional que a prestação de contas, mesmo com atraso, não constitui ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido trago à colação ementas dos seguintes julgados:

Processo Civil. Improbidade administrativa. Ilegitimidade ativa da união. Assistente litisconsorcial. Art. 54 do código de processo civil. Inocorrência. Lei 8.429/1992, Art. 11, Inciso VI. Prestação de contas tardia. Impossibilidade de aplicação das sanções previstas na lei. Apelação desprovida.

I. Não há que se cogitar na alegada ilegitimidade ativa da União para recorrer, considerando que, ao contrário do afirmado pelo ora apelado, nas contrarrazões, a presença da mesma na lide se deu como assistente litisconsorcial do autor (fls. 151–152), circunstância essa que, nos termos do disposto no art. 54 do Código de Processo Civil, faz com que, na hipótese, seja equiparada à

figura do litisconsorte, o que lhe confere, inclusive, a legitimidade para a interposição do recurso.

II. Na forma do art. 11, inciso VI, da Lei 8.429/1992, constitui-se como ato de improbidade 'deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo'.

III. Na hipótese, se a norma sancionadora inscrita no art. 11, inciso VI, da Lei 8.429/1992 prevê que se constitui como ato de improbidade 'deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo', não há como se admitir uma interpretação extensiva dessa norma, para admitir a sua incidência nas hipóteses em que a prestação de contas ocorra com atraso, sob pena de se ter a aplicação de sanção tendo por base uma interpretação extensiva da norma legal, o que não se apresenta como juridicamente admissível.

#### IV. Apelação improvida

(TRF1, AC 2004.37.00.004420-5/MA, rel. juíza Federal Convocada Clemência Maria Almada Lima de Ângelo, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 01/08/2011, publicado no e-DJF1 de 16/09/2011, p. 161).

Processual civil. Administrativo. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Ex-prefeito. Prestação de contas tardia. Inexistência de ato de improbidade administrativa. Prejuízo não demonstrado.

1. As provas consideradas na fundamentação da sentença, para julgar improcedente o pedido de condenação, demonstram que mesmo tardiamente o réu prestou as contas devidas, relativas às verbas federais repassadas ao Município. Fato esse, inclusive, reconhecido pelo apelante em suas razões de recurso.

2. O atraso na prestação de contas não pode configurar ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11, VI, da Lei 8.249/1992, pois este dispositivo não admite interpretação extensiva. Também não há aplicação do inciso II do mesmo artigo por falta de prejuízo efetivo. Inexiste prova nesse sentido.

#### 3. Apelação improvida

(TRF1, AC 0003046-47.2006.4.01.3904/PA, rel. Juiz Federal Convocado Marcus Vinícius Reis Bastos, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 28/06/2011, publicado no e-DJF1 de 08/07/2011, p.147).

Ocorre que a prestação de contas que o apelante diz ter sido feita, pelo seu antecessor, ocorreu de forma parcial, pois se trata apenas de parte dos recursos que o seu antecessor afirmou ter gasto quando na gestão do Município (2001–2004), não incluindo o valor de R\$ 358.635,62 que foram repassados para a gestão do apelante (2005–2008).

De um exame dos autos, verifica-se que os requeridos foram intimados pela Administração Pública para fazerem a devida prestação de contas (fls. 493–494; 495–496; 502–503 e 504), e não fizeram. Foi instaurada Tomada de Contas Especial pelo Ministério

do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (fls. 63–68; 70–75; 80–85 e 88–93), em razão da omissão na prestação de contas da verba federal repassada ao Município, relativa aos recursos destinados ao Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – Peti, tendo o Tribunal de Contas da União, na sessão de 09/11/2010, julgado as contas, objeto da presente ação, irregulares e condenado o requerido Nilson Antônio Preto e o requerido Otávio Alves Neto na restituição, respectivamente, de R\$ 64.235,73 e R\$ 358.449,47, devidamente atualizadas, e multa, respectivamente, de R\$ 6.000,00 e R\$ 40.000,00 (fls. 885–892).

A ausência da prestação de contas está ainda corroborada pelo Relatório e Certificado de Auditoria da Controladoria-Geral da União (fls. 484–485 e 486) e Parecer da Secretaria Federal de Controle Interno desse órgão (fl. 487).

A prestação de contas é obrigatória por parte do agente responsável pela administração e garante à coletividade a necessária transparência quanto à aplicação de verbas públicas.

Na espécie, ficou demonstrado pelo conjunto probatório que o réu deixou de praticar, voluntária e injustificadamente, quando na condição de gestor, ato funcional de sua competência, consubstanciado na falta de prestação de contas de verbas federais repassadas ao Município de Mara Rosa/GO, contribuindo para a instalação de incertezas quanto à correta aplicação de verba federal de interesse público relevante, no que terminou por faltar com o dever de lealdade para com a Administração Pública.

Saliento que, a jurisprudência tem considerado ser indispensável a presença do elemento subjetivo do tipo, ou seja, a conduta dolosa do agente público praticante do ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

O dolo, no entanto, não é o específico, mas o genérico, ou seja, no caso, basta a violação voluntária e consciente dos deveres do agente, de forma injustificada, o que ficou demonstrado no caso em exame.

Quanto à pretensão de afastamento da condenação, relativa ao ressarcimento de dano ao Erário, tem razão o apelante.

Dispõe o *caput* do art. 12 e parágrafo único da Lei 8.429/1992, *verbis*:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

[...]

Parágrafo único. *Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.* (grifos nossos).

A jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado a aplicação do princípio da proporcionalidade na adoção das sanções da Lei 8.429/1992, consoante se verifica do teor da ementa abaixo reproduzida:

Recurso especial – alíneas ‘a’ e ‘c’ - administrativo - ação de improbidade administrativa - pagamento indevido de horas-extras a ocupantes de cargo em comissão - acórdão que afastou a aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos por três anos determinada pela sentença - alegação do ministério público estadual de que não há possibilidade de excluir a sanção - aplicação do princípio da proporcionalidade - possibilidade de incidência não cumulativa das sanções do art. 12, Inciso III, da Lei 8.429/1992 – Divergência jurisprudencial não configurada.

A aplicação das sanções da Lei 8.429/1992 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade. Para decidir pela cominação isolada ou conjunta das penas previstas no artigo 12 e incisos, da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc. [...].

(STJ, REsp 300184/SP, rel. Min. Franciulli Neto, 2ª Turma, DJ 03/11/2003, p. 291).

Assim, as sanções aplicadas por ato de improbidade administrativa devem obedecer aos limites da proporcionalidade e razoabilidade. No caso em exame, como já ocorreu condenação dos requeridos pelo Tribunal de Contas da União, ao ressarcimento total das verbas públicas, relativamente às verbas federais repassadas ao Município de Mara Rosa/GO, objeto da restituição pretendida na presente ação, nova condenação importaria em *bis in idem*.

Diante do exposto, não conheço da apelação e do agravo retido do réu Nilson Antônio Preto, e dou parcial provimento à apelação do réu Otávio Alves Neto para julgar improcedente o pedido inicial de condenação no ressarcimento de dano ao Erário, decisão essa que estendo ao outro réu, por força do art. 46, II do CPC, bem assim do art. 580 do CPC que, por analogia, considero cabível no caso. Mantida a sentença nos demais termos.

É o voto.

## Quinta Turma

Numeração única: 0004017-65.2002.4.01.4100

Apelação Cível 2002.41.00.004037-0/RO

Relatora:	Desembargadora Federal Selene Almeida
Apelante:	Ministério Público Federal
Procuradora:	Dra. Lucyana Marina Pepe Affonso de Luca
Apelados:	Hilton Pereira da Silva e outros
Apelada:	Denise da Silva Hallak
Advogados:	Dr. Luciano Cavalcante de Souza Ferreira e outros
Litisconsorte ativo:	Fundação Nacional do Índio – Funai
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Procurador:	Dr. Luiz Fernando Villares e Silva
Publicação:	e-DJF1 de 07/11/2012, p. 336

### Ementa

*Direito Indígena e Civil. Reparação de dano moral. Coleta de sangue de integrantes da comunidade indígena Karitiana sob pretexto de assistência médica. Coleta de sangue para finalidade de pesquisa científica na área de genética. Vício de consentimento. Dever de indenizar.*

I. O Ministério Público Federal em Rondônia ajuizou ação civil pública contra Hilton Pereira da Silva e Denise da Silva Hallak visando a condenação dos apelados ao pagamento de danos morais em favor da comunidade indígena Karitiana e abstenção da prática de atos que importam alienação, gratuita ou onerosa, o uso, gozo ou cessão de objetos ou qualquer tipo de material biológico pertinente à comunidade indígena.

II. A *causa petendi* refere-se a fato ocorrido em agosto de 1996, quando os apelados adentraram na aldeia Karitiana, situada no km 45 da estrada sentido Porto Velho/RO, Rio Branco/AC, sob o pretexto de acompanharem equipe da televisão britânica Yorkshire Television Ltda. na produção de documentário sobre *Lendas da Amazônia*, a ser exibido pelo Discovery Channel e, sob falsas promessas de doação de medicamentos e exames laboratoriais, coletaram sangue da comunidade indígena.

III. O apelado omitiu da Funai sua qualidade de médico e pesquisador (antropólogo) e o fato de portar seringas, tubos, *vacutainer*, caixas com refrigeração para acondicionamento de sangue e equipamentos para pesagem de pessoas.

IV. O método empregado (congelamento) a remessa das amostras de sangue coletado dos índios para o Serviço de Ecologia Humana e Meio Ambiente do Instituto Evandro Chagas e para o Laboratório de Genética Humana e Médica da Universidade Federal do Pará é impróprio para realização de exames de sangue (hemograma).

V. O método de armazenagem de sangue via congelamento impede a maioria de exames bioquímicos mas permite a realização de exames com base em análise de DNA.

VI. O próprio apelado admite, em correspondência dirigida à comunidade Karitiana após a coleta de sangue dos indígenas, que o propósito era fazer estudo genético sobre a evolução das doenças do grupo, mas sem intenção de ganho financeiro por quem quer que fosse.

VII. O consentimento das vítimas foi viciado para permitir a coleta de sangue de dados antropométricos porque esperavam fazer exames de sangue para diagnosticar problemas de saúde e receber remédios e tratamento médico.

VIII. Desconsiderando o *decisum* que o método empregado pelos apelados de congelamento das amostras de sangue da tribo não permitia a realização de exame de sangue de rotina; os frascos de sangue foram remetidos para instituições voltadas para o estudo de genética e a própria confissão do apelado que pretendia estudar a evolução das doenças dos indígenas sem fim lucrativo, restou por decidir contra a prova dos autos.



IX. A Resolução 1/1988 do Conselho Nacional de Medicina e, após ela, a Resolução 196/1996 sobre pesquisa médica em seres humanos pressupõe existência de (a) parecer favorável do Comitê de Ética Médica; (b) o pesquisador deve informar o órgão de saúde local sobre a realização da pesquisa; (c) deve informar à Divisão Nacional de Vigilância Sanitária sobre a pesquisa; (d) obter o consentimento (por escrito) das pessoas que serão alvo de pesquisas ou autorização escrita dos representantes legais, se os voluntários forem incapazes; (e) obter a aprovação do consentimento formal do voluntário ou seu representante legal pelo Comitê de Ética do Conselho Nacional de Saúde (art. 5º, IV, V, VII e VIII, e arts. 11, 12, 25 e 26).

X. A pesquisa científica farmacêutica e genética relacionada a novas descobertas de tratamento e medicamento para cura de doenças se desenvolve com o trabalho e dedicação contínua de pesquisadores e cientistas e a colaboração de voluntários que se submetem a protocolos científicos na esperança de que encontre a própria cura com terapias inovadoras que ajudem também outros milhares ou milhões de pacientes com o mesmo diagnóstico.

XI. Para evitar abusos e que os voluntários não sejam meras cobaias é que se estabelecem critérios éticos para execução de projetos de pesquisa com seres humanos. Assim também é porque ninguém é um meio para algum fim, cada ser humano é um fim em si mesmo.

XII. A coleta de sangue de pessoas para finalidade de pesquisa científica sob falsa promessa de ajuda humanitária de diagnóstico de doenças e doações de medicamentos para comunidade indígena hipossuficiente, socialmente vulnerável, é conduta eticamente reprovável e que ofende o direito de personalidade dos integrantes da tribo.

XIII. O Direito confere proteção jurídica a interesses de caráter extrapatrimonial de que é titular uma coletividade, como os direitos da personalidade.

XIV. Apelação parcialmente provida.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 22/10/2012.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida:* — Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença prolatada pelo MM. juiz federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Rondônia que julgou improcedente ação civil pública para reparação de dano moral por causa de coleta de sangue sem autorização e sob falso pretexto, de sangue da comunidade indígena Karitiana.

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra Hilton Pereira da Silva, médico, e Denise da Silva Hallak, arquiteta, visando a condenação solidária dos réus ao pagamento de indenização por dano moral à comunidade indígena Karitiana, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e na obrigação de não fazer, consistente na abstenção de emprestar, ceder, transferir, enfim, da prática de qualquer ato que importe alienação, gratuita ou onerosa, bem como o uso, gozo ou cessão de objetos ou qualquer tipo de material, biológico ou não, pertinente à comunidade

Karitiana sem a expressa autorização da referida comunidade e da Fundação Nacional do Índio – Funai.

Na ação civil pública o autor narrou os seguintes fatos:

Consta do anexo procedimento, que nos primeiros dias do mês de agosto do ano de 1996, Hilton Pereira da Silva e Denise da Silva Hallak adentraram na Aldeia pertencente à comunidade Karitiana, situada no Km 45 da estrada conhecida como “Maria Conga”, com acesso na altura do Km 50, da BR 364 - sentido Porto Velho — Rio Branco/AC, e sob o pretexto de acompanhar um grupo de estrangeiros (britânicos), que havia alegado interesse em produzir um documentário para Yorkshire Television e que seria exibido pela Discovery Channel, coletaram, desautorizadamente e sob falsas promessas de doação de medicamentos e feitura de exames laboratoriais, sangue e dados pertinentes a peso, altura, idade, enfim, todos os dados antropométricos de toda a comunidade indígena

Apurou-se que a entrada de Hilton Pereira da Silva e de Denise da Silva Hallak na aldeia dos Karitianas se deu sob autorização obtida perante

a FUNAI para a filmagem do animal, vulgarmente conhecido por Matinguari, tendo ambos omitido as suas reais intenções e a qualidade de médico e de pesquisador ostentada por Hilton, fazendo crer que se cuidava de meros acompanhantes do grupo de estrangeiros mencionado.

Consta, ainda, que ao amanhecer do dia seguinte à chegada de todo o grupo na aldeia Karitiana - enquanto os estrangeiros, acompanhados por dois índios e por um tal Fábio, adentraram na mata em busca do Matinguari - Hilton e Denise, dando seguimento ao plano traçado, uma vez que no dia anterior haviam entregado como presente aos líderes dos Karitianas uma caixa contendo medicamentos e dado a conhecer de que Hilton era médico, ludibriaram a liderança indígena, afirmando que medicamentos não mais faltariam à comunidade e exames laboratoriais seriam realizados para o diagnóstico de doenças. Para tanto, fazia-se necessário apenas coletar o sangue, medir a estatura e pesar toda a população de indígenas presente na Aldeia.

Assim, sem nada terem declarado à Funai no Processo 2430!96!Funai, pelo qual se autorizou o acesso à Aldeia, passaram os réus à ação, valendo-se de todo o equipamento necessário, e que já possuíam, para a coleta, guarda, conservação e transporte de material biológico.

Finalizada a suposta ‘filmagem’ e a coleta de sangue na Aldeia o grupo retornou a Porto Velho - enquanto os estrangeiros seguiram para o Hotel Vila Rica - Hilton e Denise dirigiram-se a Casa de Índio localizada no Bairro Arigolândia, e, não obstante o período noturno (entre 20 e 22h), trataram de coletar o sangue, medir e pesar os demais integrantes de comunidade Karitiana que lá se encontravam. Tudo, sob o mesmo engodo de que exames laboratoriais e medicamentos serial alcançados pela comunidade.

Ao se indagarem dos reais Interesses do casal, uma vez que passado mais de um mês nada receberam, alguns integrantes da comunidade indígena, em 19/09/1996, buscaram providências junto a esse Ministério Público e este - cientificado pelo Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, por meio do anexo Ofício 1721, de folhas 05, de que material genético de índios brasileiros, em meses anteriores, já havia sido objeto de oferta em uma feira acontecida na Carolina do Norte — EUA, - oficiou à Presidência - da Funai a fim de conhecer o teor da autorização dada ao grupo de estrangeiros ao qual Hilton Pereira da Silva e Denise da Silva Hallak se fizeram de acompanhantes, obtendo dela a resposta de fls. 09/10, de onde se extrai:

Os objetos e propósitos declarados pelos responsáveis técnicos da expedição segundo o contrato firmado entre a Yorkshire Television e Alberto Salva Produções Artísticas Ltda., datado de 25 de junho de 1996 (segue anexo), era o de que:

“[...]

Nosso documentário reportagem focalizará a evolução da espécie na região de Belém e Manaus, a importância cultural do animal na região, como por exemplo o hábito ancestral de oferecer peles de preguiça como presentes em funerárias, e a inclusão do nome do mamífero nas línguas nativas da região.” (conforme processo 2430/Cgep/Funai/96: fls. 25).

[...]

A sobredita expedição declarou que seu propósito, segundo a documentação dos interessados, era o de realizar apenas uma produção documental jornalística, disto segue que a coleta de sangue, bem como quaisquer outras atividades de pesquisa científica (genética ou biomédica) ou coleta de material biológica, estava totalmente ausente da proposta original.

Portanto, vedada aos membros daquela expedição.

Diante do exposto, torna-se desnecessário dizer que as atitudes e os comportamentos do Sr. Hilton Pereira da Silva e da Sra. Denise da Silva Hallak, constantes da documentação anexada da referida expedição com o propósito de simplesmente acompanhar os trabalhos de gravação e filmagem, foi de “má-fé” pelo fato dos mesmos não anunciarem suas atribuições profissionais, posso que os mesmos serem (s/c) pesquisadores.”

[...]

Portanto, patente a falsidade – seja no fato de terem omitido à Funai as suas verdadeiras pretensões, seja em razão de Hilton ter omitido àquele órgão a sua condição de médico e de pesquisador – as promessas feitas aos Índios serviram tão-somente para viciar o consentimento deles e propiciar a violação à integridade corporal e a coleta de sangue e dos dados característicos de todos os integrantes da comunidade.

Por outro lado, deferida a autorização impregnada de vícios, face a omissão das informações que dela deveriam constar, restou à FUNAI inviabilizado o exercício da tutela devida àquela comunidade indígena.

Sabedor de que as ações por ele e por Denise praticadas vieram a público, chegando a ser noticiada pelo Jornal Folha de São Paulo em 16/06/1997 (fls.32), tratou o Dr. Hilton Pereira da Silva, antes de a notícia ser nacionalmente veiculada, de encaminhar correspondência (vide folhas 16/17), à comunidade Karitiana, em que confessa os seus “propósitos”, verbis:

Eu sou médico pesquisador e o principal trabalho com os Karitiana em 1996 foi lhes ajudar a melhorar sua qualidade de vida e reduzir as enfermidades de que alguns membros da tribo eram portadores. Além disso, asseguro que todo o material e informação coletado (sic) entre os Karitiana se destina a dois propósitos: 1. Entender melhor como os Karitiana vivem e tem (sic) evoluído, incluindo quais as doenças que mais os afetam e porquê, e 2. Fazer testes genéticos e bioquímicos para saber

quais pessoas da tribo possuem doenças possíveis de serem detectadas no sangue, afim (sic) de que estas sejam informadas e suas doenças possam ser tratadas.

Ambos o propósitos tem como fim ajudar a melhorar a qualidade de vida da karitiana. *Posso lhes garantir 100% que todo o material coletado, ficará armazenado em local totalmente seguro durante todo o período em que estiver sendo analisado.* (Grifei)

[...] Ainda da parte dos pesquisadores da Universidade Federal do Pará, que correntemente detém as amostras que eu coletei está sendo desenvolvido um documentos que garantirá que qualquer benefício econômico ou outro por ventura (sic) advindo de pesquisa com material biológico de qualquer origem, seja repassado na sua totalidade para a comunidade ou grupo de onde o material do coletado *desta forma não haverá qualquer perigo de que material biológico coletado para fins de pesquisa seja destinado a objetivos, comerciais agora no futuro.*

Essas, as declarações do acompanhantes dos “filmadores do mappinguari”, que bem servem para comprovar a finalidade de pesquisa dada ao material por ele coletado.

E os Karitianas, ludibriados até hoje aguardam a melhoria da qualidade de vida resultante da “benemérita” ação do Dr. Hilton Pereira da Silva e da Sr.<sup>a</sup> Denise da Silva Hallak.

Passados esses anos todos, importa acrescentar que as intenções humanitárias do Dr. Hilton Pereira da Silva, em coletar o sangue e informações pertinentes aos índios Karitiana, começam a se tornar ainda menos evidentes, eis que, no dia 15 de outubro de 2.002, detectou-se a existência de dois sites na internet dando conta de que, já no ano de 1995, ele se fazia acompanhar de estrangeiros ligados ao ramo da indústria farmacêutica, mais precisamente ao ramo de vacinas, bem como, no ano de 1996, trabalhou num Projeto de Pesquisa intitulado “Amazônia: Brasil em Transição, Uma Etnografia Visual, conforme atestam as matérias constantes de folhas 132 a 152”. Não se trata, pois, de ingênuo filantropo, mas sim de alguém que, de vontade livre e consciente, deliberou ofender os direitos da personalidade Karitiana.

Desse modo, não obstante terem sido devolvidos a esta Procuradoria, pela Universidade Federal do Pará, 54 (cinquenta e quatro) frascos contendo sangue supostamente pertencentes aos índios Karitiana, integrantes daquela comunidade asseguram que Hilton coletou mais de 100 (cem) amostras, tendo depositado outro tanto em lâminas, material esse cujo paradeiro e utilização, até o presente, são totalmente ignorados, consoante provam os Termos de Declarações de folhas 111 a 121.

II - dos interesses que o sangue indígena desperta.

Por certo, não tivessem os Karitianas reclamado, as condutas de Hilton Pereira da Silva e Denise da Silva Hallak teriam passado despercebidas de toda e qualquer autoridade, mormente quando à maioria das pessoas sangue indígena ou de qualquer outro ser humano despertam o mesmo interesse.

Nesse aspecto, impede transcreve artigo de autoria de Carlos E. A. Coimbra Jr. e Ricardo Ventura Santos, anexo de folhas 04 e 19/24, de onde, dentre outros informes importantes extrai-se:

[...]

Ou seja, se até num passado recente-o o valor intrínseco de uma amostra de sangue residia em seu potencial de adicionar ao conhecimento científico no sentido lato, *no presente pode levar também a lucros da ordem de milhões de dólares no caso “descoberta” de um gene patenteável. Por exemplo, Dickson (1996) menciona que, no ano passado, foi vencido nos E.U.A o direito de exploração comercial de um gene relacionado com a obesidade por 70 milhões de dólares.”*

[...]

Ainda que as possibilidades de identificação e patenteamento de genes não se restrinjam às populações indígenas, *elas são de especial interesse para o que alguns já denominam “prospecção de genes” (Jayaraman, 1996). Isto porque tendem a ser geograficamente bem delimitadas e seus membros compartilhar de uma história biológica em comum, ainda mais importante, geralmente descendem de um pequeno número de fundadores, sendo portanto geneticamente mais homogêneas.*

Comoseobserva,inconcebívelcontemporizar-se com qualquer conduta representativa de exclusão da vontade do indivíduo indígena no que respeita ao destino, disposição ou qualquer aproveitamento que se possa dar ao seu sangue, haja vista as suas singularidades. E mesmo que singularidade alguma houvesse, a falsidade empregada para adentra na Aldeia, e engodo aplicado à comunidade indígena, pelo réus, demonstra-se o bastante para anular o consentimento dado.

Aliás, para os Índios Karitiana a conduta de Hilton Pereira da Silva é criminoso, eis que no dizer de uma das vítimas (Termo em anexo, fls. 118-119), o indígena Meireles Silva Katiana: *“Hilton fez essa coisa de roubo”.*

Em contestação Hilton Pereira da Silva alegou, em preliminar, prescrição quinquenal, e no mérito, aduziu as seguintes razões: não praticou qualquer ato contra a honra e a moral da comunidade indígena Karitiana; a coleta de sangue, feita em caráter estritamente voluntário e emergencial, foi realizada a pedido dos índios Karitiana, após prestar atendimentos clínicos de emergência aos nativos enfermos; dados antropométricos foram colhidos objetivando o levantamento das necessidades de saúde, cujo

resultado foi posteriormente repassado à Funai e à Associação Karitiana; ante a incorreta armazenagem do material coletado, não foi feita qualquer análise clínica ou genética, mantidas as amostras no Departamento de Genética da Universidade Federal do Pará, até ser encaminhado a Rondônia, por ordem judicial; não houve intenção de comercializar o material coletado; jamais prometeu a doação permanente de medicamentos ou a elaboração contínua de exames laboratoriais; houve autorização específica da Funai para a entrada dos réus e um grupo de britânicos, objetivando a produção de filmagem sobre “animal silvestre”, supostamente produzida pela *Yorkshire Television*, a ser transmitida pelo canal de televisão a cabo *Discovery Channel*; foram contrariadas a Instrução Normativa 1/1995/Funai e Portaria 745/1988/Funai; há sítios na *Internet* apontando a ligação do réu Hilton Pereira com a indústria farmacêutica, eventualmente ligados ao patenteamento de genes humanos; apenas 54 (cinquenta e quatro) frascos, supostamente parte do lote de mais de 100 (cem) amostras de sangue coletadas ilegalmente, foram devolvidos ao autor.

Denise da Silva Hallak adotou as razões de contestação do corréu, que por sua vez, fez adendo a contestação alegando também: os medicamentos foram fornecidos à tribo indígena pela *Yorkshire Television*, como parte do pagamento para a produção documentário; além de dados sobre peso e altura dos índios, também foram levantados análises acerca do estado nutricional; os réus e mais 12 índios acompanharam a equipe de filmagem nas gravações; jamais trabalhou associado a qualquer indústria farmacêutica ou de vacinas; embora tenham sido atendidas apenas 162 pessoas (à exceção de mulheres grávidas, menores de 10 anos e idosos), foram coletadas apenas 54 amostras de sangue; não coletou material em lâminas, porque não as possuía.

O MM. juízo *a quo* extinguiu o processo por entender ter havido prescrição tendo esta Corte Regional reformado a sentença, devolveu os autos a origem para julgamento de mérito da presente ação civil pública.

A nova sentença julgou improcedente a pretensão deduzida em juízo adotando os seguintes fundamentos como razões de decidir:

[...]

Com efeito, a coleta de material envolvendo o manejo de informações ou materiais humanos da tribo Karitiana, a toda evidência, foi consentida e se revestia de escopo terapêutico. Logo, sob o ângulo

material, o suposto se mostra insubsistente. (fls. 762).

[...]

Logo, à luz do “consentimento da vítima”, ausente suposta prática de ato ilícito pelos réus. (fls. 762).

[...]

A conduta do réu Hilton Pereira da Silva fora levada a efeito no contexto do legítimo exercício da profissão, dispensando conhecimentos em benefício da coletividade indígena. Nenhum resquício há de exorbitância ou de interesses escusos. A conduta dele, médico, amolda-se às paragens do estrito cumprimento do dever legal, com os desdobramentos correlatos. É dizer, carecendo de ilicitude as eventuais condutas típicas perpetradas (CP, art. 23, III), há empeco à reparação de danos na via cível (CPP, art. 65). (fls. 765).

[...]

Nesse contexto, descabida é a suplica de ressarcimento. O dever de indenizar não se coaduna com atividade médica regularmente exercida. Efetivamente, o conceito de dano moral coletivo não comporta a extensiva interpretação almejada pelo autor. Outra, porém, é a sua mola propulsora: atentado indevido aos direitos da personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não é o caso, em definitivo (fls. 765).

É insubsistente a arguição de suposta comercialização do patrimônio genético dos índios Karitiana, em home page da Rede Internacional de Computadores (*Internet*). A prova documental revela a devolução dos frascos contendo sangue pertencente à tribo (f. 88). Daí a impossibilidade de comercialização brandida. A suposta prática de “biopirataria” ficou no campo das suposições nada há a alicerçá-la (fls. 766).

Inconformado com o resultado do julgamento, o Ministério Público Federal interpõe apelação arguindo, em síntese:

1. O próprio réu confirma que dentre seus propósitos estava a realização de testes genéticos e bioquímicos, bem como aventa a possibilidade de pesquisa com o material biológico colhido. Ademais, o lastro probatório constante nos autos corrobora que a retirada do sangue não se deu em atendimento de emergência, como posteriormente alegou o réu, e por fim acatou, o MM. juiz, na sentença de fls. 756-767.

2. Cumula-se aos fatos descritos nos autos, especialmente a afirmação apresentada pelo réu, o enorme interesse da comunidade científica internacional pelo sangue dos índios brasileiros, que são considerados ideias para certos tipos de pesquisas genéticas.

3. Na ocasião da coleta de sangue e dados antropométricos dos indígenas não foi efetivamente prestado nenhum atendimento médico clínico por parte de Hilton Pereira da Silva não tendo havido por parte do réu nenhuma assistência médica aos indígenas após esse procedimento de coleta do sangue, nem mesmo um comunicado aos órgãos de defesa da saúde indígena, é de se considerar que hoje provavelmente estaria extinto o povo Karitiana.

4. Outro indício de que a intenção do réu era a pesquisa genética no sangue dos indígenas Karitiana encontra-se na declaração de fl. 84, da Coordenadora do Serviço de Ecologia Humana e Meio Ambiente do Instituto Evandro Chagas, bem como ofício de fls. 109-110, da lavra do Professor Sidney Emanuel Batista dos Santos, o qual afirma que:

O material biológico (sangue) entregue no LGHM (Laboratório de Genética Humana e Médica da Universidade Federal do Pará) para armazenamento foi previamente congelado (segundo informações do Dr. Hilton Pereira da Silva) durante sua viagem a Belém, procedimento que lisa (destrói) as células sanguíneas e impede a realização da maioria dos exames bioquímicos, mas não impede a realização de exames com base nas análises do DNA. (destaque nosso).

5. O método utilizado pelo réu para armazenamento do sangue é sabidamente impróprio para a realização de exames bioquímicos, servindo apenas para testes e pesquisa genética. Tal conhecimento é rotineiro a um profissional da área médica, especialmente tratando-se de um médico professor, certamente muito bem relacionado no meio científico, que inclusive cursava doutorado nos Estados Unidos da América.

6. Para que a conduta do réu importasse em legítimo exercício da profissão seria necessária a observância da Resolução 1/1988, do Conselho Nacional de Saúde – substituída pela Resolução 196/1996, de 10 de outubro de 1996 – que disciplina a pesquisa médica em seres humanos exigia parecer favorável do Comitê de Ética Médica, devendo o pesquisador dar ciência dos procedimentos de sua pesquisa ao responsável pela instituição de atenção à saúde no local de execução da pesquisa e à Divisão Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

7. Exigia ainda o consentimento pós-informação, por escrito, dos indivíduos objeto da pesquisa e de seus representantes legais, no caso a Funai, aprovado pelo Comitê de Ética Médica do Conselho Nacional de Saúde. Tudo a teor de seu art. 5º, itens IV, V, VII e VIII; art. 11; art. 12; art. 25 e art. 26.

8. Também vigia a época a Instrução Normativa 1, de 29 de novembro de 1995, da Fundação Nacional do Índio – Funai, que disciplinava as normas para que qualquer pesquisador, nacional ou estrangeiro, pudesse realizar atividades relacionadas a pesquisa científica.

Com relação à afirmação prolatada pelo MM. juiz sentenciante de que “Logo à luz do “consentimento da vítima”, ausente suposta prática de ato ilícito pelos réus” igualmente não merece prosperar. Restou claramente comprovado nos autos que o consentimento dos indígenas para permitir a coleta do sangue e dados antropométricos foi viciado. De fato, os indígenas testemunhas foram unânimes em afirmar que apenas permitiram a coleta do sangue em virtude da promessa de entrega de resultado dos exames e medicamentos. Isto porque, no costume Karitiana, de forma alguma se dispensam partes ou fragmentos do corpo (oitivas de fls. 619-622, 627-629 e 699-703).

Há assim que se considerar que a conduta dos réus, além de mal intencionado, foi lesiva à comunidade indígena Karitiana, causando-lhes, ao enganá-los, sofrimento moral.

Pedi o autor o provimento da apelação para que seja reformada a sentença com a condenação dos réus ao pagamento de danos morais à comunidade indígena.

O apelado Hilton Pereira da Silva apresentou contrarrazões alegando:

(a) coleta foi precedida de autorização dada pelo Cacique Garcia Karitiana, corroborada tacitamente pelo Cacique Cizino Karitiana, ao não se opor a receber pessoalmente o atendimento – conforme relatado em sua oitiva -, e pelo representante da Funai, Francisco de Assis Figueiredo, que se encontrava na aldeia.

(b) o Cacique Garcia Karitiana, líder da comunidade Karitiana permitiu a coleta e não viu até sua morte, em 2009, qualquer irregularidade no procedimento, pois não há nestes autos manifestação sua que represente contrariedade, nem do abaixo-assinado entregue ao órgão ministerial consta sua assinatura.

(c) O sangue coletado fora levado ao prestigiado Instituto Evandro Chagas, na cidade de Belém do Pará, para que as análises laboratoriais fossem realizadas gratuitamente. Contudo, de acordo com documento assinado pela Diretoria do Instituto, Dra. Elizabeth Conceição De Oliveira Santos, o material se encontrava hemolizado exames bioquímicos (ouvida por Carta Precatória distribuída à 1ª Vara de Seção Judiciária do Pará deste TRF 1ª região, processo 2009.39.00.011606-0, em apenso).

(d) O sangue fora devolvido ao réu Hilton Pereira da Silva, o qual o levou ao laboratório da Universidade Federal do Pará para tentar análises genéticas, também gratuitamente, pois os bioquímicos estavam impossibilitados de serem realizados em razão da hemolização.

(e) O material coletado lá permaneceu, sem que quaisquer exames fossem realizados, até ser totalmente devolvido (54 frascos) a pedido do Ministério Público Federal em Rondônia (ofício requisitório nos autos).

(f) O sangue coletado por Hilton Pereira da Silva de alguns índios da tribo Karitiana encontra-se, portanto, em poder do Ministério Público Federal em Rondônia (documento nos autos).

(g) O material não fora encaminhado a qualquer outro local no Brasil ou no exterior (à exceção do Instituto Evandro Chagas e do laboratório da Universidade Federal do Pará, locais em que poderia ser analisado gratuitamente), conforme documentos nos autos.

(h) Nesse diapasão, o ocorrido em 1996, na aldeia *Karitiana*, não representa qualquer dano causado aos integrantes da tribo, pois, tal como comprovado a farta nestes autos, o sangue foi coletado em situação de emergência, com consentimento livre de qualquer vício pela Funai e não foi comercializado.

(i) Profundamente equivocado está o *Parquet* federal ao taxar os atos praticados pelo recorrido Hilton Pereira da Silva com ardilosos e tendentes a ludibriar a população indígena da comunidade *Karitiana*.

(j) Lamentavelmente, o Ministério Público Federal e seus representantes no Estado de Rondônia, confundem o atendimento médico realizado e a pretensão de realização de exames bioquímicos e genéticos no material coletado com atos de pesquisas acadêmicas a necessitar de autorização das entidades competentes como o Conselho Nacional de Saúde, Comitê de Ética Médica etc.

(k) Ao que parece, o órgão ministerial não quer compreender que a pretendida “pesquisa genética” a ser realizada no sangue coletado é a mesma feita quando qualquer um de nós vai a um laboratório de análises (comercial) coletar sangue para exames de rotina para, posteriormente, entregar a um médico para diagnóstico.

(l) Os exames não ocorreram pelas razões já expostas e comprovadas nos autos, mas fora emitido um relatório geral sobre a saúde da comunidade, enviado à Funai, ao Conselho Indigenista Missionário e à própria Associação Karitiana.

(m) não houve qualquer tipo de promessa, tal como envios de medicamentos, alimentos ou de valores à tribo.

(n) Restou demonstrado que os índios, em contato com a equipe de televisão, para permitir

a entrada na aldeia, exigiram que fosse pago certo valor e levados medicamentos. A equipe de televisão pagou o “pedágio” e levou uma caixa com diversos medicamentos, os quais foram aproveitados por Hilton Pereira da Silva no momento em que atendia os indígenas. O próprio Cacique Cizino Karitiana confirma que é cobrado pedágio para que se entre na aldeia (fl. 701).

(o) Por derradeiro, não há que confundir Hilton Pereira da Silva e Denise Hallak com os responsáveis pelo sangue da tribo Karitiana estar sendo comercializado pelo laboratório estadunidense Coriell Cell Repositories.

(p) Como robustamente comprovado nos autos, o sangue que está sendo vendido naquele laboratório foi coletado na década de 80 por pessoa totalmente desconhecida e desvinculada de Hilton Pereira da Silva e de Denise Hallak.

(q) Hilton Pereira da Silva não é o responsável pelo sangue que está sendo vendido no sítio eletrônico do laboratório coriell cell repositories e não há alguma evidência que o ligue a qualquer uso indevido desse material.

(r) Os índios inquiridos nestes autos deixaram claro que sua revolta e possível dor está voltada a este fato: venda de seu sangue no exterior.

(s) Se Hilton Pereira da Silva nada tem que ver com a venda de sangue ou de qualquer outro material dos Karitiana, não poderá ser por isso responsabilizado. De forma que, se o órgão ministerial pretendia a condenação de Hilton Pereira da Silva e Denise Hallak por terem comercializado sangue dos Karitiana, jamais conseguirão o liame causal entre ação e dano.

(t) Todas as provas de que o responsável pela comercialização do sangue pelo laboratório americano não é Hilton Pereira da Silva, nem Denise Hallak, já se encontram nos autos desde o procedimento administrativo encetado pelo Ministério Público.

Pediu seja negado provimento ao recurso de apelação.

É o relatório.

### Voto\*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — O Ministério Público Federal pretende a reforma da r. sentença apelada para que os apelados Hilton Pereira da Silva e Denise da Silva Hallak sejam condenados ao pagamento de indenização por danos morais coletivos causados à comunidade indígena Karitiana, no valor

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e o Exmo Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

de R\$ 500.000,00. A sentença julgou improcedente a pretensão deduzida.

Alegou o *Parquet* federal que os apelados coletaram, sem autorização e mediante ardil, sangue da comunidade indígena Karitiana. Sustentou o autor que o material biológico é valorizado para pesquisas genéticas no âmbito da biopirataria.

A r. sentença apelada considerou, como visto no relatório, que

[...] a coleta de material envolvendo o manejo de informações ou materiais humanos da tribo Karitiana, a toda evidência, foi consentida e se revestia de escopo terapêutico. Logo, sob o ângulo material, o suposto ilícito se mostra insubsistente.

Também adotou o fundamento segundo o qual

[...] A consentida coleta de material (sangue) e do dados antropométricos teve como escopo viabilizar atendimento médico emergencial e diagnosticar doenças a acometer a tribo indígena

Alguns fatos são incontroversos nestes autos de ação civil pública porque admitidos pelas partes.

Esses fatos incontroversos são os seguintes: no mês de agosto do remoto ano de 1996 o apelado, médico e antropólogo, e sua esposa Denise Hallak, sem formação na área de saúde, acompanharam uma equipe de um grupo de britânicos para produzir um filme documentário para a *Yorkshire Television* que seria exibido pela *Discovery Channel* sobre *Lendas da Amazônia*.

Hilton Pereira da Silva teria sido convidado para participar como consultor de programa do *Discovery Channel* sobre a lenda do *Mapinguari*. O apelado fora convidado por possuir formação acadêmica em Antropologia e participou das filmagens do documentário (o DVD está anexado aos autos).

A entrada dos apelados Hilton Pereira da Silva e Denise da Silva Hallak na aldeia dos Kiritianas ocorreu com a autorização da Funai para a realização do documentário da lenda sobre o *Mapinguari*.

Os apelados coletaram indubitavelmente 54 (cinquenta e quatro) frascos de sangue de integrantes da comunidade indígena e estes frascos foram encaminhados para o Instituto Evandro Chagas e depois para a Universidade Federal do Pará.

Verificados os fatos incontroversos, vamos a análise dos argumentos.

O apelado alegou em sede de contrarrazões que:

Os índios da tribo Karitiana estavam acostumados a terem seu sangue coletado pelos

agentes de saúde da Funai. Sempre levaram “picadas” para que as lâminas com sangue fossem encaminhadas aos laboratórios estatais. Já foram inúmeras vezes vacinados.

Não é procedimento novo aos índios Karitiana a coleta de sangue. Os procedimentos invasivos nos indígenas não são invenção de autoria de Hilton Pereira da Silva. Pelo contrário, desde muito antes de 1996 que os Karitiana coletam sangue, seja para a Funai, Funasa, seja para outros pesquisadores, como demonstram os documentos colacionados aos autos.

Na década de 1980, um pesquisador norte americano esteve entre os Karitiana e coletou amostras de sangue da tribo, as quais foram parar no laboratório americano Corieli Cell Repositories esse encontram à venda.

Os pesquisadores Ricardo Ventura Santos e Carlos Coimbra Jr. (biólogos, especialistas em populações indígenas da Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ), testemunhas inquiridas por Carta Precatória na Seção Judiciária do Rio de Janeiro (3ª Vara Federal, processo nº 2009.51.01.026375-6), também afirmaram que já estiveram entre os Karitiana e que coletaram sangue dos integrantes da tribo.

O procedimento médico realizado por Hilton Pereira da Silva não é novidade aos Karitiana, assim como não representa, ante o caráter corriqueiro, sofrimento aos integrantes da tribo.

Se a dor moral fosse tão grande ao levar uma “picada” de agulha, os índios Karitiana, a começar por seus Caciques, não permitiriam qualquer tipo de coleta de amostra de sangue, nem para a Funai.

Assim, coleta de sangue por venipuntura não é base para condenação em dano moral como pretende o Ministério Público Federal.

De outra banda, a retirada de material biológico dos indígenas e sua permanência insepulta também não configuram dano, pois, ainda que seja de sua cultura guardar tudo que caia do corpo em seu solo sagrado, toda a quantidade de sangue coletada pela Funai, Funasa e outros órgãos no decorrer dos anos que presta atendimento aos Karitiana nunca fora devolvida à tribo.

Sangue insepulto não há de fornecer subsídios à condenação de Hilton Pereira da Silva.

Primeiro, porque, diante da coleta diuturna pela Funai e pelo destino que dá ao material, os Karitiana não demonstram sentir tanto abalo. Caso contrário, já teriam processado a União e Funai pelos dissabores.

Segundo, porque o sangue coletado foi todo devolvido ao Estado de Rondônia, mediante requerimento do próprio Ministério Público Federal. Se o material não foi devolvido diretamente aos índios, é responsabilidade unicamente do órgão ministerial apelante que, quiçá, não sabe mais onde se encontra o sangue devolvido. Logo, quem deve

arcar com qualquer dano daí decorrente, deverá ser o Parquet federal.

Assim, a coleta de sangue por venipuntura não configura dano moral aos Karitiana que possa ser imputado a Hilton Pereira da Silva.

Quanto ao dever de prestar assistência médica, previsto nos arts. 21, 57 e 58 do Código de Ética Médica c/c art. 135 do Código Penal, nenhum médico necessita de permissão da Funai para atendimento médico emergencial. Quando os profissionais da Medicina se deparam com situação de emergência, não precisam de autorização de agentes da Administração para salvar vidas.

De fato, é o médico que diz quando uma situação de emergência necessita sua intervenção. Não é, por certo, o representante do Ministério Público Federal em Rondônia que vai fazer o diagnóstico, ainda que algum conhecimento da área médica tivesse.

Os bacharéis em Direito, enquanto tais, não possuem conhecimento para dizer a respeito se uma situação de emergência existe ou não.

O parecer à Consulta 17.237, de 1992, ao Conselho Federal de Medicina, sobre a autonomia de médicos para definir os procedimentos a serem realizados, os atos de diagnóstico e tratamento diz o óbvio e o que espera da ética médica.

As testemunhas ouvidas no Estado do Pará, Dr. Sidney Emanuel Batista dos Santos, Dra. Elisabeth Conceição Oliveira dos Santos, no Estado do Rio de Janeiro, Dr. Ricardo Ventura Santos e Dr. Carlos Coimbra, pesquisadores, declararam que, dentro de uma comunidade indígena e em se deparando com uma situação de emergência, prestariam auxílio médico independentemente de autorização da Funai.

É exatamente esta consciência do dever para com a tentativa de socorrer vidas humanas que se aguarda dos médicos, e em geral, de todos os profissionais da área de saúde. É o que se espera de médicos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem.

É essa noção de responsabilidade e esperança que se deposita nos médicos que os fazem uma profissão de tanto prestígio, respeito e admiração em todo o mundo por todos nos outros não médicos.

Outra afirmação de procedência feita pela defesa dos apelados é que a situação em que vive a comunidade Karitiana é de saúde precária. A bem da verdade a situação de saúde precária não é só dessa comunidade indígena em Rondônia. O noticiário nacional e internacional, principalmente a *BBC World* revelam a mortandade de índios e crianças índias por doenças e fome causada por doenças da população

branca invasora, pela contaminação de seus rios, pela destruição das florestas que habitam, pela ação garimpo ilegal, extração de madeira, agropecuária, grilagem de terra, desestruturação social pela bebida e alcoolismo.

O que a defesa dos apelados afirma sobre a situação precária de saúde dos Karitiana é pouco, quase nada. Tive, aliás, oportunidade de em razão de trabalho, visitar populações indígenas no Norte onde pude constatar a desnutrição, a depressão e humilhação em que vivem. Em poucas palavras, são povos que perderam a guerra.

Em síntese, os argumentos dos apelados quanto a ética médica e a necessidade de assistência médica a comunidade em questão não são circunstâncias sobre as quais haja dúvida.

O fato alegado pelos réus ora apelados que ocorreu atendimento médico emergencial a pedido do chefe da tribo, Cacique Garcia Karitiana, contraria as provas produzidas nos autos pelo apelante.

De início, observa-se que foi a própria comunidade que se reuniu para discutir o fato da coleta de sangue, fez o abaixo assinado que instrui a petição inicial.

Outro fato é que o réu varão é, além de médico, pesquisador, antropólogo e entrou na aldeia onde se faria o documentário de animal lendário para o mundialmente famoso *Discovery Channel*, com material suficiente para a coleta de sangue e dados biométricos dos integrantes da comunidade Karitiana. A Sra. Denise Hallak o acompanhava.

O Processo 2430/1996 – Funai (apenso, fls. 70-74) revela que os apelados omitiram suas qualificações e o fato de portarem consigo agulhas, seringas, tubos, *vacutainer*, caixas com refrigeração para acondicionamento de sangue humano, equipamento para medir peso das pessoas. Essa conduta violou as regras estabelecidas na Portaria 1/1988, a IN 1/1995, a Portaria 745/1988 (*vide* fls. 25–30 do procedimento administrativo em anexo).

Fato apontado pelo autor ora apelante e sobre o qual silenciaram os réus ora apelados é que, após a filmagem para o documentário e a coleta de sangue, na aldeia, o grupo regressou à capital Porto Velho, isto é os britânicos foram para o Hotel Vila Rica, mas os apelados foram para a Casa do Índio, no bairro Arigolândia e, embora já fosse noite (entre 20 e 22h), buscaram coletar sangue, medir e pesar os índios da comunidade Karitiana que lá estavam.

Transcorrido um mês sem que a comunidade tivesse recebido os medicamentos que foram



prometidos pelo casal que os visitou, informaram e pediram, em 19/09/1996, providências ao Ministério Público Federal em Rondônia.

Oficiada, a Funai informou que a declaração dos interessados era que se ia fazer uma produção documental jornalística e que os apelados eram apenas acompanhantes da expedição.

A Funai, forneceu esses dados ao Ministério Público Federal, porque, como se verificou acima, o Dr. Hilton Pereira da Silva não informou que era médico e que levava instrumental médico para coleta e armazenagem de sangue humano. Tendo a ação chegado a conhecimento público, inclusive por publicação no jornal *Folha de S. Paulo*, em 16/06/1997 o Dr. Hilton Pereira da Silva remeteu carta, já transcrita no relatório, afirmando e esclarecendo à aldeia para

*[...] Fazer Testes Genéticos e bioquímicos para saber quais pessoas da tribo possuem doenças possíveis de serem detectadas no sangue, afim (sic) de que estas sejam informadas e suas doenças possam ser tratadas. [E que] Desta forma, não haverá perigo de que material biológico coletado para fins de pesquisa seja destinado a objetivos comerciais agora ou no futuro (grifos do original).*

Temos a declaração do próprio apelado que a coleta de sangue da comunidade indígena tinha finalidade de testes genéticos e bioquímicos e pesquisa com o material colhido.

A afirmação da defesa dos apelados que pretendiam fazer exames de sangue de rotina (hemograma) para saber as patologias que os indígenas sofriam para assisti-los, em situação de emergência, é contrariada pela informação (fl. 84) da Sra. Coordenadora do Serviço de Ecologia Humana e Meio Ambiente do Instituto Evandro Chagas e da correspondência (fls. 109-110) do Professor Sidney Emanuel Batista do Santos afirmando que o sangue entregue ao Laboratório de Genética Humana e Medicina da Universidade Federal do Pará foi antes congelado e o congelamento do sangue destrói as células, o que impossibilita a realização da maioria de exames bioquímicos. Mas o congelamento do sangue não impede a realização de análise de DNA.

Se o apelado tivesse a vontade de fazer apenas testes bioquímicos, exame rotineiro de sangue, o conhecido hemograma, para ajudar a comunidade tribal nas doenças que padecem seus integrantes, não poderia ter congelado o sangue coletado na aldeia, teria que mandar fazer os exames em laboratório em Rondônia que tem clínica de exames médicos de rotina.

Todo esse conjunto probatório, aliado a circunstância, como observa o apelante, do apelado ser médico, professor, bem relacionado na comunidade científica, cursando doutorado nos Estados Unidos, tinha conhecimento que o sangue congelado só serviria para pesquisa genética, como aliás, admitiu diretamente à própria comunidade a quem escreveu a carta já referida.

Neste ponto, depara-se com questão relativa a regulamentação de pesquisa médica em seres humanos. A Resolução 1/1988 do Conselho Nacional de Saúde e, após, a Resolução 196/1996 sobre pesquisa médica em seres humanos pressupõe (a) parecer favorável do Comitê de Ética Médica; o pesquisador; (b) necessita informar a agência de saúde local (do Estado ou Município) sobre a realização de pesquisa; (c) devia informar à Divisão Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde; (d) consentimento por escrito das pessoas que se tornariam alvo de pesquisa ou de seus representantes legais; (e) e ainda aprovação desse consentimento pelo Comitê de Ética do Conselho Nacional de Saúde (art. 5º, IV, V, VII e VIII; art. 11; art. 12; art. 25 e art. 26).

A r. sentença recorrida considerou que o *consentimento da vítima* tornaria lícita a conduta dos apelados, desconsiderou que houve vício de consentimento das vítimas porque pensavam que estavam fazendo exame de rotina, que seus problemas de saúde seriam detectados e que receberiam medicamentos para tratá-los. Conforme bem afirma a defesa, os indígenas fazem coleta de sangue pela Funasa e eles não estranharam o procedimento porque não era inusitado para eles.

O apelado afirma que os medicamentos foram dados pela equipe de filmagem estrangeira como *pedágio* para ingresso na aldeia e realização do documentário.

Face a necessidade do grupo, esta afirmação é perfeitamente factível. Não se mostra cível, porém, que tenham sido os membros da equipe da *Yorkshire Television* que tenham prometido que continuariam a mandar medicamentos para a aldeia de indígenas brasileiros em um lugar remoto na Floresta Amazônica. Não se trata de missionários ingleses mas de cinegrafistas que precisam entrar no local para fazer um documentário jornalístico para um grande canal de televisão, a *Discovery*. Levaram os medicamentos exigidos pela tribo como forma de pagamento para adentrar na aldeia.

São irrelevantes para a resolução da lide o fato do sangue coletado ter a finalidade de biopirataria ou não,

se os apelados teriam ou não ganho financeiro com o patrimônio genético dos integrantes da comunidade indígena, se os apelados fizeram suposta promessa da cifra de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

A circunstância eventual do cacique Antônio Garcia Karitiana, já falecido, ter dado autorização aos apelados para a coleta de sangue e de dados antropométricos de integrantes da tribo (fl. 12a) não modifica a realidade dos fatos.

O cacique, como os demais indígenas, acreditaram que os apelados fariam os rotineiros exames de sangue na comunidade para verificar possíveis doenças como infecções, no pulmão, rins, tuberculose, colesterol, ácido úrico, plaquetas no sangue, anemia, doenças de chagas, etc. e, feito o diagnóstico, receberiam medicamentos para tratamento médico.

O próprio apelado, como vimos, escreveu aos Karitiana para dizer que todo o material coletado era para “entender melhor como os Karitianas vivem e têm evoluído, incluído as doenças que mais as afetam e porquê”.

Garantiu a comunidade que os pesquisadores da Universidade do Pará, isto é, do Laboratório de Genética Humana e Médica da UFPA, não receberiam qualquer benefício econômico advindo da pesquisa com o material biológico. O apelado foi enfático ao dizer que não haveria qualquer perigo de que o material biológico coletado para fins de pesquisa fosse destinado a objetivos comerciais agora ou no futuro.

É verdade que o apelado também disse por escrito que faria *testes bioquímicos* querendo fazer entender, neste processo que se trata de exames de sangue de rotina, o conhecido hemograma, completo ou não, para fins de tratamento médico.

Mas, conforme também já foi analisado o apelado remeteu as amostras (frascos) de sangue coletado para dois centros de pesquisa genética no Pará, isto é, para o Serviço de Ecologia Humana e Meio Ambiente do Instituto Evandro Chagas e para o laboratório de Genética Humana e Médica da Universidade Federal do Pará.

Segundo documento produzido pelo também já citado Professor Sidney Emanuel Batista dos Santos, do Laboratório de genética da UFPA, o apelado remeteu as amostras de sangue indígena congelado o que servia apenas para exames com base nas análises de DNA.

Daí se concluiu que para se aceitar a tese do apelado que tinha intenção de fazer exames bioquímicos como sinônimo de exames de sangue

teria que ter entregue o sangue coletado na aldeia na própria cidade de Porto Velho, sem ser congelado. Devido as altas temperaturas daquela cidade, o que acelera reações químicas, os frascos com sangue teriam que ser entregues a um laboratório de análises clínicas na cidade de Porto Velho/RO, com urgência.

Em resumo, valendo-se de falsa promessa de ajuda humanitária no sentido de oferecer tratamento médico de doenças dos membros da comunidade indígena Karitiana diagnosticadas através de exame de sangue, os apelados conseguiram coletar amostras de sangue dos índios para a finalidade de pesquisas genéticas, ver como as doenças *evoluíram* no grupo.

O consentimento do chefe da tribo e dos índios foi viciado porque pensavam que a coleta de sangue tinha outra finalidade, não esperavam ser objeto de pesquisa científica sem nenhum resultado imediato.

A obtenção de um fim mediante engodo de outras pessoas é eticamente reprovável, porque ninguém é meio para outra pessoa. Toda pessoa é um fim em si mesmo.

A pesquisa científica, em especial a relacionada a novas descobertas de medicamentos para cura de doenças humanas depende do esforço e dedicação contínua de pesquisadores e cientistas e a colaboração de voluntários que se submetem a protocolos científicos na esperança de se encontrar a própria cura com a descoberta de novas terapias que ajudem também milhões de outros doentes com o mesmo diagnóstico.

A ciência farmacêutica evoluiu com o empenho, a inteligência e o trabalho dedicado dos cientistas e de pessoas altruístas que se voluntariam para as pesquisas.

Para evitar abusos, para que as pessoas sejam efetivamente voluntárias e não mera cobaias e que se estabeleçam critérios éticos para execução de projetos de pesquisa com seres humanos. Critérios de ética médica foram adotados.

A ação dos apelados implicou em violação a direito da personalidade dos índios da comunidade Karitiana o que, por sua vez, implica em dano moral coletivo.

O dano moral está representado pelo fato dos apelados terem enganado membros tribais hipossuficientes, em condições de sobrevivência muito peculiar, dependentes da proteção do Estado para não serem eliminados do cenário nacional, a fazerem o que talvez, se *soubessem, não concordariam*, para fins que não eram do interesse dos silvícolas.

Assiste razão ao Ministério Público Federal quando afirma que foi afastado as normas sobre pesquisa de comunidade indígenas e as normas brasileiras sobre pesquisa científica em seres humanos.

O arbitramento do dano moral comporta algumas variáveis, gravidade da ofensa, consequências na vida do ofendido. Também não pode a indenização ser irrisória, nem significar enriquecimento sem causa por parte da vítima.

No caso em exame, tenho que a ofensa moral perpetrada contra a comunidade é grave, mas há que se ter em conta as condições financeiras dos apelados em suportar o valor da condenação.

Sendo o apelado professor universitário e residindo Denise da Silva Hallak nos Estados Unidos, sem se saber ao certo se tem alguma atividade remunerada, o arbitramento do valor requerido pode ser inexecutível e levar a inefetividade da tutela jurisdicional.

A capacidade econômica do ofensor adimplir a obrigação de reparar o dano moral é inafastável ou a condenação será *inutiliter data*.

Assim, dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para condenar solidariamente Hilton Pereira da Silva a pagar a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e também condeno Denise da Silva Hallak a pagar a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em favor da comunidade indígena dos Karitiana, em Rondônia. O valor será administrado pela Funai, em benefício da comunidade e o uso do dinheiro será supervisionado pelo MPF em Porto Velho. Incidem juros e correção monetária a partir do ato ilícito.

Condeno os réus ora apelados ao pagamento de custas e honorários advocatícios que fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) *pro rata*.

É o voto.

## Quinta Turma

Numeração única: 0016573-55.2008.4.01.3400

Apelação Cível 2008.34.00.016643-4/DF

Relator:	Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado)
Apelante:	Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – PróGenéricos
Advogados:	Dr. Arystóbulo de Oliveira Freitas Dr. Fábio Andresa Bastos Dra. Anna Maria da Trindade dos Reis Dr. Ricardo Brito Costa Dr. Sebastião Alves dos Reis Júnior Dr. Gustavo Persch Holzbach Dr. João Marcelo Santos Ferreira Cortes
Apelantes:	Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A e outros
Advogados:	Dra. Alessandra Souza Ramos Dr. André Batista Corrêa Barreto Dr. Milton Guido Manzato
Apelante:	Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Apelados:	Lundbeck Brasil Ltda. e outros
Advogados:	Dr. Márcio Cruz Nunes de Carvalho Dr. Walter José Faiad de Moura Dra. Maria Isabel Garbin Arlanch Dra. Bruna Cavalcante Lamounier Ferreira Dra. Ana Clara Paciornik Schulman Dr. Anderson Ribeiro Nascimento Dr. Luiz Leonardos Dr. Flávio Starling Leonardos

Dr. Filipe da Cunha Leonardos  
Dr. Gustavo Starling Leonardos  
Dr. Otto Banho Licks  
Dr. Gabriel Lacombe

Publicação: e-DJF1 de 18/12/2012, p. 167-168

## Ementa

*Ação ordinária cominatória de cancelamento e declaração de nulidade de registro de medicamento genérico. Utilização ou exploração de dossiê de medicamento de referência visando ao registro de medicamento genérico. Ausência de prova. Inexistência de proteção patentária do medicamento de referência. Favorecimento a concorrência desleal. Inocorrência. Direito de exclusividade. Aplicação analógica da Lei 10.603/2002. Impossibilidade. Acordo Trips. Incidência direta. Descabimento.*

I. Uma vez não recebida, pelo magistrado, a apelação, inadmissível retratação da decisão, de que não fora interposto agravo. Apelação da Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – PróGenéricos de que não se conhece.

II. As relações jurídicas não são estanques, ou seja, produzem efeitos que se sucedem durante o processamento da demanda, não sendo razoável postergar para o futuro a entrega da prestação jurisdicional, a pretexto de acompanhar realidade fática que, na verdade, não se submete à dinâmica e aos limites do processo judicial. Preliminar de nulidade do processo por ausência de formação de litisconsórcio afastada.

III. A eventual ausência de lacuna legal e a existência de opção legislativa pelo sistema dos medicamentos genéricos e similares são matérias que dispensam dilação probatória, por serem questões exclusivamente de direito. Preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa rejeitada.

IV. A caução prevista no art. 835 do CPC visa assegurar o pagamento das verbas da sucumbência, sendo desnecessária, entretanto, quando há litisconsorte ativo domiciliado no Brasil, responsável solidário por eventuais ônus da sucumbência, que possui patrimônio suficiente para responsabilizar-se por tais despesas, caso necessário.

V. Conquanto os pedidos devam ser interpretados restritivamente (art. 293, CPC), tem decidido o Superior Tribunal de Justiça que, “se o pedido comporta mais de uma interpretação, deve-se recorrer à causa *petendi* para a respectiva compreensão”. Preliminar de nulidade da sentença por julgamento *extra petita* afastada.

VI. Não foi produzida nenhuma prova de que a Anvisa teria concedido ou teria a disposição de conceder registro de medicamento genérico similar ao Lexapro® a empresa concorrente das autoras, sem a autorização destas, mediante utilização ou exploração direta de dossiês com resultados de testes e outros dados não divulgados submetidos por elas para obtenção do registro sanitário do aludido medicamento. Não há como presumir tais fatos, especialmente porque a Anvisa nega sua ocorrência e incide a seu favor a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

VII. O art. 3º, XXI, da Lei 6.360/1976, com a redação dada pela Lei 9.787/1999, define medicamento genérico como “medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI”.

VIII. Não consta que o medicamento de referência (Lexapro®) seja objeto de proteção patentária.

IX. É evidente a proteção legal contra o uso desleal e não autorizado de resultados de testes e outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos.

X. Os resultados de testes e outros dados não divulgados apresentados pelas autoras à Anvisa para obtenção do registro do medicamento Lexapro® enquadram-se nessa descrição e, por isso, estão submetidos à referida proteção legal (art. 195, XIV, Lei 9.279/1996).

XI. É verdade que, ao deferir registro de medicamento genérico similar ao Lexapro®, a Anvisa parte do pressuposto de que esse medicamento de referência é seguro, eficaz e de qualidade. Mas ela assim o faz com base

na mera existência de prévio registro do medicamento de referência, não reexaminando os resultados de testes e outros dados não divulgados exigidos por ocasião do registro desse mesmo medicamento. Afinal, ao deferir o registro de medicamento genérico, a Anvisa afere sua segurança, eficácia e qualidade mediante análises de bioequivalência e biodisponibilidade.

XII. Essa conduta não se caracteriza como uso ou exploração de resultados de testes ou outros dados não divulgados, porquanto sua configuração pressupõe, antes de mais nada, conhecimento desses dados por parte de quem deles se beneficia (no caso, os fabricantes de medicamentos genéricos), o que não restou comprovado no presente caso.

XIII. A Lei 10.603/2002 não faz referência a produtos farmacêuticos de uso humano justamente para compatibilizá-la com o regramento legal atinente a medicamentos genéricos, tratando-se, pois, de silêncio eloquente do legislador, e não de mera omissão legislativa.

XIV. “O Trips não é uma lei uniforme; em outras palavras, não é um tratado que foi editado de forma a propiciar sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado ocorrentes em cada um dos Estados que a ele aderem, substituindo de forma plena a atividade legislativa desses países, que estaria então limitada à declaração de sua recepção.” (REsp 642.213/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 02/08/2010).

XV. Descabe a aplicação analógica ou extensiva da Lei 10.603/2002 aos produtos farmacêuticos destinados a uso humano, os quais estão sujeitos a disciplina própria.

XVI. Caso em que não restou demonstrada qualquer violação a direito de exclusividade das autoras relativamente a resultados de testes e outros dados não divulgados apresentados à Anvisa para registro do medicamento Lexapro®.

XVII. Apelação e remessa oficial providas.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, considerar prejudicados os pedidos anteriores de adiamento do julgamento, tendo em vista que os pedidos se referiam ao julgamento para a sessão de quarta-feira passada. Indeferir o pedido de adiamento da presente sessão de julgamento, tendo em vista que a matéria em exame diz respeito a direito de propriedade industrial, portanto, direito privado e disponível, não sendo necessária a remessa dos autos ao Ministério Público Federal. Não conhecer da apelação da Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos - PróGenéricos. Rejeitar as preliminares de nulidade do processo por ausência de suposto litisconsórcio passivo necessário, cerceamento de defesa, ausência de caução e sentença *extra petita*. Dar provimento à apelação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, da Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A. e da Biosintética Farmacêutica Ltda., bem como à remessa oficial, tida por interposta.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 05/11/2012.

Juiz Federal *Marcelo Albernaz*, relator convocado.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Albernaz: — Lundbeck Brasil Ltda. e H. Lundbeck A/S ajuizaram ação em face da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), em que figuram como litisconsortes passivos necessários Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A e Biosintética Farmacêutica Ltda.*

Pediu-se:

[...] sejam julgados inteiramente procedentes os pedidos da presente ação e confirmada a liminar para determinar que a Anvisa se abstenha de conceder registro a terceiros não autorizados pelas

*Autoras (VI.I) utilizando-se do dossiê submetido por Lundbeck Brasil para obtenção do registro sanitário do medicamento Lexapro® (registro 1.0475.0044), na medida em que a utilização do dossiê representa violação ao art. 16, 11, da Lei 6.360/76; (V.II) em violação aos direitos conferidos pelos artigos 195, XIV, da Lei 9.279/1995 e 39.3 do Decreto 1.355/1994 sobre dossiê submetido por Lundbeck Brasil para obtenção do registro sanitário; (VII) seja, no mérito, declarada a nulidade de todo e qualquer registro sanitário concedido pela Anvisa para medicamento que explore ou utilize o dossiê com resultados de testes e outros dados não divulgados, que exigiram grandes investimentos das Autoras, entregue à Anvisa como requisito para o registro sanitário do medicamento Lexapro®, a fim de que sejam,*

posteriormente, tomadas as medidas cabíveis quanto às restrições de comercialização e importação do referido produto, pelas seguintes razões:

A) por terem sido obtidos com violação do que exige o art. 16, II, da Lei 6.360/1976;

B) por terem sido obtidos com violação do art. 39.3 do anexo 1C do Decreto 1.355/1994; do art. 195, XIV, ou do art. 209 da Lei 9.279/1996, visto que usaram, por referência, os dados das Autoras sem a devida autorização.

Na sentença (fls. 2.020-2.040 dos autos eletrônicos), as preliminares foram afastadas, nos seguintes termos:

*Indefiro* os requerimentos formulados pelas rés Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A e Biosintética Farmacêutica Ltda. de “citação dos outros 154 concorrentes, cujos registros de medicamentos também estão tendo sua validade questionada na presente ação”.

Ao contrário do alegado nas suas contestações, as litisconsortes não foram citadas por ser “concorrentes das Autoras na venda de remédios para tratamento de depressão”. Foram-no porque obtiveram registro para produção de medicamentos genéricos/similares ao LEXAPRO, nos termos da Resolução RE n. 2.229, de 06/06/2009, do Diretor Presidente da ANVISA (fl. 77 e decisão de fl. 855).

E, nos termos do art. 47 do CPC, o juiz deverá decidir a lide de modo uniforme para as empresas que obtiveram registro para produção de medicamentos genéricos e similares ao Lexapro, porque, no curso da demanda e nos termos do art. 462 do CPC, as autoras pleitearam a suspensão dos Registros Sanitários 1.0573.0379, 1.0573.0380 e 1.1213.0402, concedidos pela Resolução RE 2.229, de 06/06/2009, do Diretor Presidente da Anvisa (fl. 844). Embora indeferida a pretensão antecipativa dos efeitos da tutela pela decisão de fls. 849-50, ela deverá ser reapreciada na sentença, precedida do contraditório exercido pelas empresas que obtiveram os registros que as autoras pretendem cassar (CPC, art. 472).

*Rejeito* a preliminar de falta de interesse de agir (carência de ação) arguida pelas rés Ache Laboratórios Farmacêuticos S/A e Biosintética Farmacêutica Ltda. sob a seguinte alegação: Se e quando for infringido algum segredo industrial das Autoras, elas poderiam movimentar a máquina judiciária, em face daqueles que o tiverem violado. O que as Autoras não podem é querer litigar ante factum contra todo mundo, com base em meras ilações subjetivas despidas de qualquer prova ou indício.

Não procede a alegação das rés porque é possível pleitear tutela preventiva de interesse ou de direito sob ameaça de violação, considerando a ampla garantia de inafastabilidade do controle judicial prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição da

República: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão ou ameaça* a direito.

A menção das rés à proibição de o juiz proferir sentença condicional (CPC, art. 460) ensejaria a rejeição do pedido e não a extinção da relação processual nos termos do art. 267 do CPC.

No mérito, decidiu-se:

*Julgo procedente o pedido* para determinar à Anvisa que se abstenha de conceder registro a terceiros não autorizados pelas Autoras utilizando-se dos resultados dos testes e dados contidos no dossiê submetido por Lundbeck Brasil para obtenção do registro sanitário do medicamento Lexapro (registro 1.0475.0044), bem como declaro a nulidade de todo e qualquer registro sanitário concedido com base nesse dossiê, especialmente os registros sanitários 1.0573.0379, 1.0573.0380 e 1.1213.0402 (Resolução – RE 2.229 de 05/06/2009).

Concedo a antecipação dos efeitos da tutela para suspender, imediatamente, os registros sanitários 1.0573.0379, 1.0573.0380 e 1.1213.0402, outorgados pela Resolução – RE 2.229 de 05/06/2009 às litisconsortes passivas necessárias Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A e à Biosintética Farmacêutica Ltda., sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) pelo descumprimento.

Custas em devolução. Condeno a ANVISA ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), e as litisconsortes ao pagamento de honorários no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) cada uma.

Quanto ao mérito, a sentença está, resumidamente, assim fundamentada:

1 – “sustenta a autora que a aceitação dos testes de bioequivalência e biodisponibilidade, por ‘basearem-se em’ conclusões obtidas a partir dos testes por ela realizados para aprovação do medicamento de referência, implicaria a ‘utilização’ dos seus dados confidenciais, que seria vedado pelo art. 195, XIV, da Lei 9.279/1996”;

2 – “pleiteia que a autorização para pedidos de registro de medicamentos genéricos e similares somente seja concedida caso as empresas interessadas procedam novamente a todos os estudos, ensaios e testes necessários para demonstrar que o medicamento atende às exigências mínimas de eficácia, qualidade, necessidade e segurança terapêuticas, nos termos do art. 16 da Lei 6.360/1976, tal como exigido para o deferimento do registro do medicamento de referência. / Vê-se, então, que, embora a autora não tenha sido explícita na inicial, a demanda se volta diretamente contra a própria sistemática adotada para autorização dos medicamentos genéricos e similares”;

3 – “nessa mesma oportunidade foi fixado o ponto controvertido da demanda, que consiste em ‘saber se a aceitação apenas dos testes de

*bioequivalência e biodisponibilidade para fins de registro de medicamentos genéricos e similares, por 'basearem-se em' conclusões obtidas a partir dos testes realizados pela autora para aprovação do medicamento de referência, implicaria a 'utilização' dos seus dados confidenciais. Ou, em outros termos, se o art. 195, XIV, da Lei 9.279/1996 constitui óbice à sistemática adotada pela Lei 6.360/1976 para o registro de medicamentos genéricos e similares";*

4 – “o direito à proteção dos testes e dados submetidos a agências governamentais para aprovação de medicamento de referência está previsto na Seção 7, art. 39, do ‘Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio’, denominado Acordo Trips (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property*), integrante do anexo do Decreto no 1.355/1994, que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro os resultados da rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC”;

5 – “o parágrafo 3º do art. 39, do referido Acordo, “que se aplica especificamente ao presente caso, determina que: ‘3. Os Membros que exijam a apresentação de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos que utilizem novas entidades químicas, protegerão esses dados contra seu uso comercial desleal. Ademais, os Membros adotarão providências para impedir que esses dados sejam divulgados, exceto quando necessário para proteger o público, ou quando tenham sido adotadas medidas para assegurar que os dados sejam protegidos contra o uso comercial desleal”;

6 – “coerente com essa diretriz, foi editada a Lei 9.279/1996, que tipifica o crime de concorrência desleal” [...] O núcleo do tipo contempla as ações de ‘divulgar’, ‘explorar’ ou ‘utilizar-se’;

7 – “os testes relativos ao medicamento de referência fazem parte indissociável da cadeia causal que permite a dispensa de sua apresentação pelos laboratórios fabricantes dos medicamentos genéricos e similares”;

8 – “é inegável que a Anvisa serviu-se, aproveitou-se, valeu-se dos resultados dos testes anteriormente apresentados para aprovar o registro dos medicamentos genéricos e similares. / A norma somente admite a divulgação por órgão governamental dessas informações confidenciais ‘quando necessário para proteger o público’ (§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público). / No caso, a utilização dos resultados dos testes apresentados para registro do medicamento de referência não tem como finalidade proteger o público, mas, sim, dispensar os laboratórios que pretendem registrar

medicamentos genéricos e similares da apresentação dos testes comprobatórios da segurança, eficácia e qualidade, ordinariamente exigidos de todos aqueles que pretendam registrar medicamentos novos. / Assim, não há dúvida de que a Anvisa valeu-se dos resultados dos testes realizados pela autoras para autorizar os registros dos medicamentos genéricos e similares das rés litisconsortes. / Essa situação revela inequívoco favorecimento à concorrência desleal”;

9 – “a legislação brasileira não disciplina o direito de exclusividade quanto aos resultados dos testes de eficácia, qualidade, necessidade e segurança terapêutica ou outros dados apresentados às autoridades sanitárias para obtenção de registro”;

10 – “não está estabelecido em lei o prazo pelo qual o titular do direito sobre os testes e dados confidenciais apresentados à Anvisa para aprovação de medicamento pode usufruir com exclusividade dessas informações. / Diante dessa omissão legal é que a Anvisa defende o exercício da prática questionada. Argumenta a entidade que a proteção do sigilo de tais dados, de que trata o art. 39.3, abre à escolha dos estados membros o meio de proteção entre ‘(a) a simples norma de concorrência desleal, (b) o dever de pagar pelo acesso aos dados, e (c) a exclusividade, inclusive a temporária’. O Brasil teria optado pela alternativa (a) para a proteção dos medicamentos de uso humano e a alternativa (c) apenas para os produtos farmacêuticos de uso veterinário”;

11 – “não pode a Anvisa atuar de forma contrária às disposições desse Acordo, particularmente o art. 39.3, como tem feito na aprovação dos medicamentos genéricos e similares”;

12 – “o direito de exclusividade decorre de os testes e dados confidenciais pertencerem à pessoa que os produziu, tendo ela o direito de utilizar exclusivamente esses dados sigilosos ou de autorizar seu uso por outrem. / [...] a inexistência de norma interna que prescreva explicitamente o direito de exclusividade não permite concluir que esse direito inexistente. A lacuna legislativa não é autorização para prática que estimule ou consagre a concorrência desleal. / A Lei 6.360/1976, ao definir medicamento genérico, no inciso XXI do art. 3º, com a redação dada pela Lei 9.787/1999, não desconheceu a existência dos direitos de exclusividade e o fato de que os genéricos geralmente são produzidos após a expiração de exercício desse direito”;

13 – “à míngua da lacuna legal, entendo que deve ser aplicada por analogia a Lei 10.603/2002, adotando-se para a proteção dos dados sigilosos apresentados para aprovação dos medicamentos de uso humano o mesmo prazo fixado para os medicamentos de uso veterinário, fertilizantes e agrotóxicos”;

14 – “deve ser respeitado o direito de exclusividade pelo prazo de dez anos para os produtos que utilizem novas entidades químicas

ou biológicas, e cinco anos para aqueles que não as utilizem, considerando-se nova entidade química ou biológica toda molécula ou organismo não registrado no Brasil. / Considerando que o oxalato de escitalopram é uma entidade química nova (cf. fls. 1.644-1.646 e 1.656-60), que não conta com registro anterior no Brasil, deve-se considerar como sendo de dez anos o prazo de exclusividade de comercialização conferido ao Lexapro, sem que se possa autorizar nesse período o registro de medicamentos genéricos e similares sem autorização das Autoras”.

A Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – PróGenéricos, cuja intervenção foi admitida na qualidade de assistentes simples das rés, apelou (fls. 2.047-2.080 dos autos eletrônicos), alegando, em síntese, que: a) da decisão que indeferiu sua intervenção na qualidade de assistente foi interposto agravo de instrumento, ainda sem decisão definitiva; pede, portanto, seja reconhecida sua legitimidade para apelar “ao menos na qualidade de terceira prejudicada”; b) “importante” ressaltar que “o medicamento” denominado “Lexapro [...] não conta com proteção patentária ou qualquer outro direito de exclusividade de comercialização”; c) na Quinta Turma, já se decidiu, em acórdão de relatoria do Des. Federal Fagundes de Deus, que “o procedimento para autorização de comercialização de medicamento genérico/similar, por ser mais simplificado, dispensa a apresentação dos testes de pesquisas exigidos do medicamento de referência, para demonstração da segurança, eficácia, identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias para o consumo humano do fármaco”; d) “de fato, em 1994, foi firmado o acordo internacional denominado Trips, adotado pelo Brasil. *Todavia, esse acordo apenas estabeleceu regras gerais aos Estados-Membros (não conferindo qualquer direito subjetivo aos particulares), a fim de que tais Estados signatários, no momento oportuno (respeitados os limites temporais previstos no Acordo), adequassem suas correspondentes legislações internas aos termos e condições gerais daquele Acordo*”; e) “no âmbito interno de nosso país, as regras gerais criadas pelo mencionado Acordo Trips, relativas a direitos da propriedade industrial, foram disciplinadas pela novel Lei de Propriedade Industrial (Lei 9279/1996), sendo certo que o legislador optou por não albergar os aventados direitos de utilização exclusiva dos testes e dados confidenciais”; f) “diferentemente do quanto afirmado pela r. sentença, *não existe omissão ou lacuna legislativa*, mas sim intenção deliberada do legislador de não mais conferir proteção a testes e dados sigilosos relativos a medicamentos para uso humano. E se essa

foi a intenção do legislador, não pode o Judiciário, *data maxima venia*, contrariar a Lei para criar direitos que não existem e não são regulados no cenário jurídico nacional”; f) “é equivocada a conclusão da r. sentença no sentido de que haveria lacuna legal, a reclamar a aplicação da analogia, uma vez que, do contexto fático narrado, constata-se verdadeira intenção do legislador de não internalizar ou disciplinar suposto direito a proteção de testes e dados confidenciais de medicamentos para uso humano. / Ainda que assim não fosse, a analogia deveria ser aplicada, então, quando a própria Lei que protege informações confidenciais para produtos de uso veterinário, excepciona, de forma expressa, a utilização interna, pelos órgãos governamentais, sem divulgação pública ou aos interessados direitos, para fins de registro sanitário, sem que tal utilização caracterize-se como ato de concorrência desleal”; g) “a Apelante ou suas associadas Jamais tiveram franqueado, pela anvisa ou quem quer que seja, acesso aos testes e dados confidenciais das apeladas e suas conclusões; *aliás, as Apeladas parecem ter desistido dessa alegação, por absoluta falta de prova, indício ou mesmo plausibilidade do quanto inicialmente afirmado*”; h) “a única exigência legal é a realização de testes (equivalência farmacêutica e, quando necessário, bioequivalência), pela própria empresa solicitante do registro do medicamento genérico ou similar, com o medicamento de referência, que é adquirido no mercado, além de acesso às informações constantes da bula desse último medicamento (vide, por favor, item 10.1, 16.1 e 17 ‘d’, da Resolução RDC 16/2007). Nada mais envolve o medicamento de referência, para fins de registro sanitário das demais modalidades. / Sendo assim, a empresa que pretende desenvolver produtos ‘semelhantes’ (genérico ou similar) aos de referência NÃO explora ou utiliza, sem autorização, resultados de testes ou outros dados não divulgados; portanto Não há violação ao preceituado no art. 195, XIV da Lei 9.279/1996 e art. 39.3 do Decreto 1.355/1994, pois, como visto, devem tais empresas desenvolver seus próprios testes e parâmetros de qualidade, eficácia e segurança para seus produtos, sejam eles genéricos ou similares”.

Em contrarrazões (fls. 2.462-2.488) ao recurso de apelação de PróGenéricos, alegou-se que: a) o recurso não pode ser conhecido, haja vista que quando transitado o agravo de instrumento interposto da decisão em que não se admitira sua intervenção na lide, o prazo para apelação já terá sido encerrado; b) a decisão em que não se recebeu a apelação não foi recorrida e não poderia ter sido reformada, de ofício, em face da preclusão; c) “assim, ainda que o TRIPS



não tenha aplicabilidade direta entre particulares – o que é discutível –, não faria qualquer diferença para o deslinde da controvérsia. Isso porque o direito que se discute nestes autos está amparado pela norma do referido art. 195, da LPI”; d) a “ Lei 10.603/2002, que foi editada para limitar a proteção do *data package* de agrotóxicos e medicamentos veterinários, em seu artigo 1º é expressa quanto ao seu objetivo de ‘regular a proteção’, e o seu art. 11 faz especial referência ao ‘crime de concorrência desleal’ da LPI, estabelecendo que o uso pelas autoridades em observância das regras estabelecidas na Lei 10.603/2002 não tipifica tal crime”; e) “como bem reconheceu a sentença, há, sim, a necessidade de processo integrativo pelo Judiciário, perfeitamente possível segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º, e segundo o próprio CPC, art. 128. Há também importantes vozes em doutrina que advogam a aplicação analógica do termo previsto para o *data package* de agrotóxicos e medicamentos veterinários”.

*Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A* e *Biosintética Farmacêutica Ltda.* apelaram (fls. 2.134-2.171), alegando que: a) a sentença é nula, por ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário, haja vista que “as empresas Ranbaxy, Libbs e Torrent também têm o registro sanitário de medicamentos genéricos e similares ao Lexapro e, pela própria fundamentação da r. sentença, são — indiscutivelmente — litisconsortes necessárias, porquanto a parte dispositiva da r. sentença declara a nulidade de *todo e qualquer* registro sanitário”; b) “a instrução probatória, no caso, era (é) imprescindível, já que é fundamental elucidar que não há uma lacuna, mas, sim, uma opção legislativa. A r. sentença menciona que a Medida Provisória 69, de 26/09/2002, convertida na Lei 10.603/2002, abarcava, originariamente, em seu art. 1º, a proteção a produtos farmacêuticos de uso humano, o que, todavia, foi suprimido quando da conversão em lei. / Para se admitir a produção probatória, basta que o fato probando seja controvertido, haja vista que somente os fatos controvertidos podem ser objeto de prova (CPC 334, III, *contrario sensu*). Assim, fica evidente e inegável o cerceamento de defesa dos apelantes, porque a instrução probatória permitiria (permitirá) comprovar que não há lacuna legal, mas, sim, uma opção legislativa com vistas a implementar melhorias na saúde pública”; c) “a prestação da caução a que alude o art. 835, do CPC, porquanto” a empresa H. Lundbeck A/S “está sediada na Dinamarca, providência essa que não foi adotada nos presentes autos e é imprescindível, seja para resguardar os valores referentes às custas e honorários do advogado, seja, principalmente, para

resguardar os eventuais prejuízos decorrentes da antecipação de tutela, valendo o registro de que incide, na hipótese, a responsabilidade objetiva, respondendo pelos danos na hipótese de reversão”; d) “ao contrário do que restou reconhecido pela r. sentença apelada, o uso dos dados pelo governo para determinar a eficácia e a toxidade de um produto farmacêutico não é um uso comercial sujeito ao disposto no art. 39.3 do Trips. A despeito da incorporação do Acordo Trips/ OMC no ordenamento brasileiro, a sua aplicabilidade, enquanto tratado-contrato, não é direta aos indivíduos/ empresas – os quais dependem da atuação ulterior do Estado/Poder Legislativo no sentido de incorporar as disposições do acordo por meio de legislação federal específica, o que já ocorreu em 1996 com a adoção, dentre outras leis específicas, da Lei 9.279/1996. A inclusão dos dados de prova como uma categoria de propriedade intelectual no Acordo Trips não significa que os Estados-membros devam outorgar proteção exclusiva a esses dados imediatamente, dada sua natureza de tratado-contrato”; e) “o art. 39.3 do Acordo Trips não tem aplicação imediata entre particulares, não havendo que se falar em concorrência desleal porque os medicamentos se destinam a proteger a população”; f) inexistente “ norma disciplinando o tempo de exclusividade não autoriza a aplicação por analogia dos arts. 4º e 9º da Lei 10.603/2002”.

Em contrarrazões (fls. 2.552-2.563) ao recurso de apelação de *Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A* e *Biosintética Farmacêutica Ltda.* alegou-se que: a) é falsa a problemática criada pelas litisconsortes passivas em torno da suspensão de seus registros sanitários; b) “não há que se falar em nulidade da sentença, uma vez que seus efeitos, ou da coisa julgada a ser formada, tem limites subjetivos claros, definidos no art. 472, restritos às partes integrantes da demanda, sendo certo que demais interessados podem discutir a questão em outro processo”; c) “na qualidade de litisconsortes, caso entendessem que havia algum fato controverso, poderiam normalmente se insurgir contra tal decisão. Mas não o fizeram, exatamente porque não consideravam importante provar nada”; d) “embora a coautora H. Lundbeck A/S seja sociedade estrangeira (dinamarquesa), a coautora Lundbeck Brasil Ltda. é sociedade brasileira, que representa aquela no país, e pode arcar com eventual sucumbência, não havendo necessidade de se depositar a caução prevista no art. 835, do CPC, visto que a filial poderá suportar plenamente o ônus da sucumbência, caso a r. sentença seja reformada”; e) “o argumento das apelantes de que o Trips não aplicável ao caso concreto é contrário aos mais recentes precedentes do STJ (REsp 064.404-ES,

rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 15/03/2011) é absolutamente irrelevante. Isso porque o direito das autoras, ora apeladas, não se funda apenas no art. 39.3 do Trips, incluindo também o art. 195, XIV, da Lei de Propriedade Industrial. / O Acordo Trips estabelece a proteção dos referidos dados. Há ainda norma editada para dar maior efetividade ao disposto no Acordo Trips, o art. 195, XIV, da LPI, que criminaliza o uso não licenciado dos dados sigilosos”; c) “a própria Lei 10.603/2002, que foi editada para limitar a proteção do *data package* de agrotóxicos e medicamentos veterinários, em seu art. 1º é expressa quanto ao seu objetivo de ‘regular a proteção’, e o seu art. 11 faz especial referência ao ‘crime de concorrência desleal’ da LPI, estabelecendo que o uso pelas autoridades em observância das regras estabelecidas na Lei 10.603/2002 não tipifica tal crime. / e a Lei 10.603/2002 é clara em seu art. 5º-’Art. 5º Durante os prazos determinados no art. 4º, as informações definidas no art. 1º somente poderão ser utilizadas pela autoridade competente para instruir ou justificar concessão de registro de terceiros mediante prévia autorização do detentor do registro”; d) sobre a aplicação do prazo de 10 (dez) anos, para garantia do direito de exclusividade, previsto na Lei 10.603/2002, “necessidade de processo integrativo pelo Judiciário, (é) perfeitamente possível segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º, e segundo o próprio CPC, art. 128. Há também importantes vozes em doutrina que advogam a aplicação analógica do termo previsto para o ‘*data package*’ de agrotóxicos e medicamentos veterinários”.

A Anvisa apelou (fls. 2.352–2.413), alegando que: a) a sentença é *extra petita*, haja vista que pedido é para que a autarquia se abstenha de conceder registro a terceiros não autorizados pela autora “utilizando-se do dossiê submetido por Lundbeck Brasil”, declarando, ainda, nulo “todo e qualquer registro sanitário “para medicamento que explore ou utilize o dossiê com resultados de testes ou outros dados não divulgados”. Ocorre que, na sentença, julgou-se procedente o pedido para condenar a Anvisa por utilização “dos resultados”. Ou seja, “o erro em que incorre a sentença está em confundir, com o auxílio do autor, a concessão do registro do medicamento genérico utilizando-se do dossiê do medicamento referência – o que fora alegado pelo autor na inicial – e a concessão do registro do medicamento genérico com a utilização dos resultados do dossiê do medicamento referência”; b) “a Anvisa não fornece ou utiliza informações confidenciais relativas aos estudos realizados pela titular do medicamento de referência (lexapro) para a concessão do registro de medicamentos genéricos ou similares com a mesma

molécula oxalato de escitalopram”; c) “a realização dos testes de bioequivalência/biodisponibilidade relativa é suficiente para o registro de genéricos e similares, e a dispensa da realização dos mesmos testes clínicos exigidos para o registro do lexapro (medicamento de referência) não implica na utilização e, muito menos na divulgação dos estudos realizados pelo referência”; d) “a anvisa, ao registrar os genéricos e similares ao lexapro não atua de forma contrária às disposições do art. 39.3 do Acordo Trips (internalizado pelo Decreto 1.355/1994) No deferimento do registro de medicamentos genéricos e similares, não havendo concorrência desleal – as regras gerais previstas no Acordo Trips, relativas a direitos de propriedade industrial, apenas exigem que os países signatários, como o Brasil, implantem mecanismos para coibir a concorrência desleal”; e) “a Lei 10.603/2002, Que trata da proteção de informações não divulgadas, se refere, por opção legislativa, aos produtos farmacêuticos de uso veterinário, fertilizantes agrotóxicos, seus componentes e afins e excluiu, propositadamente, os medicamentos de uso humano. Não há lacuna a ser suprida no ordenamento vigente”; f) “a sentença, ao impedir o registro de medicamentos genéricos e similares ao Lexapro minou a política pública dos genéricos/similares, impossibilitando o seu registro. Deveria ter sido reconhecida, portanto, a inconstitucionalidade da Lei 9.787/1999”.

Em contrarrazões ao recurso de apelação da Anvisa (fls. 2.563-2.567), alegou-se que: a) “a presente demanda traz ao judiciário uma questão puramente jurídica, sem que se discutam fatos. O objeto do presente caso é simplesmente a interpretação de normas vigentes em nosso ordenamento, de maneira que o juiz sentenciante pode invocar a norma que bem entender: *iura novit curia*”; b) “a Lei de Genéricos não é norma especial em relação à lei de propriedade industrial: as duas normas se completam”; c) “o Brasil restou vencido no arbitramento, e como consequência, viu-se obrigado a se adequar às diretrizes do Mercosul e regulamentar, o quanto antes, a proteção de dados não divulgados relativos aos produtos agropecuários. Na ocasião, o Senador Osmar Dias, designado relator da matéria, destacou que o uso dos dados não divulgados de titularidade de particulares, *quando extinto o prazo de proteção*, é benéfico à população por estimular a concorrência”; d) “a consequência da exclusão de produtos farmacêuticos de uso humano da Lei 10.603/2002 foi que a proteção continuou a existir no ordenamento jurídico (por expressa determinação do art. 195, XIV, da LPI), mas sem que fosse determinado o seu prazo de duração, fazendo com que tivesse caráter *ad eternum*, tal como ocorre, por exemplo,

com a proteção às marcas”; e) “a impossibilidade de concessão dos registros da maneira como faz a Anvisa é flagrante. A r. sentença apelada nada mais fez que limitar a proteção que o ordenamento definiu, por opção legislativa, ilimitado”.

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Albernaz: —

I – dos pedidos de adiamento e retirada de pauta

Em face da submissão do presente recurso a julgamento apenas na presente data, *declaro prejudicados* os pedidos de adiamento e retirada de pauta formulados às fls. 2.762 e 2.773.

Também *indefiro* pedido formulado nesta data pelas autoras apeladas de remessa dos autos ao MPF, tendo em vista que a discussão, conquanto reflita na política de medicamentos genéricos, versa basicamente sobre violação de direito de exclusividade vinculado a propriedade industrial, não se enquadrando no art. 82 do Código de Processo Civil.

II – da admissibilidade das apelações e da remessa oficial

*Conheço* das apelações interpostas por *Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A, Biosintética Farmacêutica Ltda.* (fls. 2.134–2.171) e *Anvisa* (fls. 2.352–2.413), porquanto preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

O recurso de apelação interposto pela *Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – PróGenéricos* (fls. 2.047–2.080) não foi recebido, conforme decisão de fl. 2.130.

Contra esta decisão não foi interposto agravo de instrumento no prazo legal.

Consequentemente, a discussão sobre a inadmissibilidade do aludido apelo ficou *preclusa*.

Todavia, após apresentação de simples pedido de reconsideração pela apelante *PróGenéricos* (fl. 2.417), o juízo *a quo*, “considerando o desprovimento do agravo contra a decisão que admitiu essa apelante como ‘assistente das rés’”, reformou (ou reconsiderou) a decisão de fl. 2.130 para receber o recurso de apelação da *PróGenéricos* (fls. 2.434 – 2.435).

Ocorre que, também para o magistrado, estava preclusa a reanálise da matéria, *v.g.*:

– Da decisão que *denega apelação* cabe agravo (JTA/97/200, etc), o qual, conforme a redação dada ao art. 522, *caput*, pela Lei 11.187, de 19/10/05, não será retido. Depois de deixar de receber a apelação, só se admite que o juiz modifique essa decisão através de agravo.<sup>1</sup>

*Não conheço*, pois, da apelação da *Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – PróGenéricos*.

Nos termos do art. 475, I, do Código de Processo Civil, sentença proferida contra a União e respectivas autarquias, como no caso, está sujeita ao duplo grau de jurisdição.

*Conheço*, pois, da remessa oficial, tida por interposta.

III – mérito das apelações e da remessa oficial

III.I – das preliminares da causa

III.I.I – da preliminar de nulidade do processo por ausência de litisconsórcio passivo necessário.

A consequência da ausência de citação dos litisconsortes passivos alegadamente necessários é que a sentença contra eles não tem eficácia.

De outro lado, se a decisão for favorável ao litisconsorte necessário preterido, [...] não há interesse processual na sua desconstituição e os limites subjetivos da coisa julgada são ampliados para alcançar também o litisconsorte ausente (coisa julgada *secundum tenorem rationis*).<sup>2</sup>

Além disso, é necessário ter presente que as relações jurídicas não são estanques, ou seja, produzem efeitos que se sucedem durante o processamento da demanda, não sendo razoável postergar para o futuro a entrega da prestação jurisdicional, a pretexto de acompanhar realidade fática que, na verdade, não se submete à dinâmica e aos limites do processo judicial.

*Rejeito*, por isso, a preliminar.

III.I.II – da preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa

Diversamente do que sustentam as apelantes *Aché* e *Biosintética*, a eventual ausência de lacuna legal e a existência de opção legislativa pelo sistema dos medicamentos genéricos e similares são matérias

\* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

<sup>1</sup> Negrão, Theotônio. *Código de Processo Civil*. 42. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 633.

<sup>2</sup> Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel. *Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 133.

que dispensam dilação probatória, por serem questões exclusivamente de direito.

Portanto, *não procede a alegação de cerceamento de defesa por ausência de dilação probatória.*

III.I.III – da preliminar de ausência de caução

O art. 835 do Código de Processo Civil estabelece:

Art. 835. O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento.

No caso, a autora H. Lundbeck A/S realmente é domiciliada na Dinamarca, não havendo prova de que ela tenha imóvel no Brasil.

Contudo, a outra autora (Lundbeck Brasil Ltda.) é domiciliada no Rio de Janeiro/RJ, não se sujeitando ao disposto no art. 835 do Código de Processo Civil.

Sendo uma das autoras domiciliada no Brasil, inexistente razão para se impor à outra a caução prevista no art. 835 do Código de Processo Civil, bastando que eventual condenação nos ônus da sucumbência ocorra de forma *solidária*.

Nesse sentido:

[...] – A caução prevista no artigo 835 do CPC visa assegurar o pagamento das verbas da sucumbência, sendo desnecessária, entretanto, quando há litisconsorte ativo domiciliado no Brasil, responsável solidário por eventuais ônus da sucumbência, de cujo capital a empresa estrangeira participa e que possui patrimônio suficiente para responsabilizar-se por tais despesas, caso necessário (Processo 2000.02.01.029090-0/RJ, rel. Des. Federal Rogério Carvalho; Processo 2001.51.01.538010-7/RJ, rel. Des. Federal Liliane Roriz). (AC 200751018004548, Des. Federal Marcello Ferreira de Souza Granado, TRF 2 Primeira Turma Especializada, e-DJF2 R, Data: 07/10/2011 p. 113–114.)

Consequentemente, *não merece acolhimento a preliminar de violação do art. 835 do Código de Processo Civil.*

III.I.IV – sentença *extra petita*

Diversamente do que alega a Anvisa, a sentença não se caracteriza como *extra petita*.

Com efeito, a petição inicial realmente veicula pedidos destinados a impedir e a desconstituir eventuais registros de medicamentos baseados no “dossiê submetido por Lundbeck Brasil para obtenção do registro sanitário do medicamento Lexapro®”.

Contudo, extrai-se da causa de pedir que as autoras consideram como baseados no aludido dossiê eventuais pedidos de registro de medicamentos genéricos amparados apenas em testes de bioequivalência e biodisponibilidade, visto que, segundo elas, em tais casos a comprovação da segurança, eficácia e qualidade do novo produto “*se apoia, por tabela, nos testes de pesquisa clínica conduzidos por titular de registro anteriormente concedido*”.

A esse respeito, confira-se o teor dos seguintes trechos da peça vestibular (fls. 8–10):

[...] a concessão de registro de medicamento que apenas “*se apoia, por tabela, nos testes de pesquisa clínica conduzidos por titular de registro anteriormente concedido*”, *resultará em medicamento sem qualquer comprovação de sua segurança, eficácia e qualidade, o que, reflexamente, pode causar riscos à saúde do consumidor.* [...]

A “comprovação científica e de análise” que a Lei 6.360/1976 requer somente é alcançada pelos dados colhidos pela requerente do registro durante várias etapas do desenvolvimento do medicamento. Nestas etapas são realizados testes com o produto em bancada, animais, humanos sadios e portadores da doença a ser tratada pelo medicamento. O medicamento registrado “*com base*” nos testes cujo conteúdo é *secreto*<sup>4</sup> corre o risco de apresentar níveis de impureza, perfis de absorção, interações medicamentosas, dentre outros, que são diferentes daqueles apresentados no dossiê confidencial relativo ao Lexapro®. [...]

Tanto sob o prisma do direito sanitário (infração à legislação sanitária pela ausência de comprovação de segurança e eficácia) como da concorrência desleal, na ausência de um contrato de licença firmado com as Autoras, não pode a Anvisa conceder registro sanitário para terceiros utilizando-se dos dados confidenciais acerca do Lexapro®, pois tal conduta pode causar danos ao consumidor que ficará exposto a medicamento sem a devida comprovação exigida pelo art. 16, II, da Lei 6.360/1976, *assim como representa aproveitamento parasitário de investimento alheio, de que fala o art. 195, XIV, Lei 9.279/1996 e o art. 39.3 do Decreto 1.355/94.*<sup>5</sup> [...]

Há grande risco à saúde do consumidor- A caução prevista no artigo 835 do CPC visa assegurar o pagamento das verbas da sucumbência, sendo desnecessária, entretanto, quando há litisconsorte ativo domiciliado no Brasil, responsável solidário por eventuais ônus da sucumbência, de cujo

<sup>3</sup>Negritei.

<sup>4</sup>Negritei.

<sup>5</sup>Negritei.

capital a empresa estrangeira participa e que possui patrimônio suficiente para responsabilizar-se por tais despesas, caso necessário (Processo 2000.02.01.029090-0/RJ, rel. Des. Federal Rogério Carvalho; Processo 2001.51.01.538010-7/RJ, rel. Des. Federal Liliane Roriz). (AC 200751018004548, Des. Federal Marcello Ferreira de Souza Granado, TRF2, Primeira Turma Especializada, e-DJF2 R, Data: 07/10/2011 – p. 113–114.)

Conquanto os pedidos devam ser interpretados restritivamente (art. 293, CPC), tem decidido o Superior Tribunal de Justiça que, “se o pedido comporta mais de uma interpretação, deve-se recorrer à *causa petendi* para a respectiva compreensão” (STJ. Terceira Turma. REsp 931659, rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 18/06/2007, p. 265).

No caso, pelas razões anteriormente expostas, foi isso o que fez o juízo *a quo*, não havendo que se falar em *sentença extra petita*.

### III.II – do mérito da causa

Ao final da instrução, não foi produzida nenhuma prova de que a Anvisa teria concedido ou teria a disposição de conceder registro de medicamento genérico similar ao Lexapro® a empresa concorrente das autoras, sem a autorização destas, mediante utilização ou exploração *direta* de dossiês com resultados de testes e outros dados não divulgados submetidos por elas para obtenção do registro sanitário do aludido medicamento.

Não há como presumir tais fatos, especialmente porque a Anvisa nega sua ocorrência e incide a seu favor a *presunção de legitimidade* dos atos administrativos.

Resta apenas definir se o registro de medicamento genérico baseado apenas em testes de bioequivalência<sup>6</sup> e biodisponibilidade<sup>7</sup> se afigura legítimo, tendo em vista alegação da parte autora de que a comprovação da segurança, eficácia e qualidade do novo produto “se apoia”, por tabela, nos testes de pesquisa clínica conduzidos por titular de registro anteriormente concedido”.

Pois bem.

<sup>6</sup>Bioequivalência – consiste na demonstração de equivalência farmacêutica entre produtos apresentados sob a mesma forma farmacêutica, contendo idêntica composição qualitativa e quantitativa de princípio(s) ativo(s), e que tenham comparável biodisponibilidade, quando estudados sob um mesmo desenho experimental” (art. 3º, XXIV, Lei 6.360/1976).

<sup>7</sup>Biodisponibilidade – indica a velocidade e a extensão de absorção de um princípio ativo em uma forma de dosagem, a partir de sua curva concentração/tempo na circulação sistêmica ou sua excreção na urina” (art. 3º, XXV, Lei 6.360/1976).

O art. 3º, XXI, da Lei 6.360/1976, com a redação dada pela Lei 9.787/1999, define *medicamento genérico* como “medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI”.

Como se vê, o dispositivo contém ressalva expressa no sentido de admitir o registro de medicamento genérico geralmente “após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade”, o que o torna perfeitamente compatível com a disciplina jurídica acerca da propriedade industrial

No caso, não consta que o medicamento de referência (Lexapro®) seja objeto de *proteção patentária*.

A autora alega *direito de exclusividade* com base no art. 195, XIV, Lei 9.279/96 e no art. 39.3 do Acordo Trips, *verbis*:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

[...]

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Art. 39. [...] 3. Os Membros que exijam a apresentação de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos que utilizem novas entidades químicas, protegerão esses dados contra seu uso comercial desleal”<sup>8</sup>

É evidente a proteção legal contra o uso desleal e não autorizado de *resultados de testes e outros dados não divulgados*, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos.

Os resultados de testes e outros dados não divulgados apresentados pelas autoras à Anvisa para obtenção do registro do medicamento Lexapro®

<sup>8</sup>Redação extraída da petição inicial (fl. 2).

enquadram-se nessa descrição e, por isso, *estão submetidos à referida proteção legal* (art. 195, XIV, Lei 9.279/1996).

Ocorre que, de acordo com o que consta dos autos, a Anvisa não disponibilizou ou pretende disponibilizar tais resultados de testes e dados a outras empresas para utilização e exploração, nem deferiu ou pretende deferir qualquer pedido de registro de medicamento *baseado* em tais *dados* sem que haja a autorização das autoras.

É verdade que, ao deferir registro de medicamento genérico similar ao Lexapro®, a Anvisa parte do pressuposto de que esse medicamento de referência é seguro, eficaz e de qualidade.

Mas ela assim o faz com base na *mera existência de prévio registro do medicamento de referência*, não reexaminando os resultados de testes e outros dados não divulgados exigidos por ocasião do registro desse mesmo medicamento.

Afinal, ao deferir o registro de medicamento genérico, a Anvisa afere sua segurança, eficácia e qualidade mediante análises de *bioequivalência e biodisponibilidade*.

Colhe-se, no ponto, o percuciente arrazoado da Anvisa (fl. 2.407):

[...] Veja que no caso do medicamento genérico, muito embora não haja previsão legal relativa aos direitos de exclusividade, a Lei 9.787/1999 entendeu que *em todo em qualquer momento* que um determinado laboratório pretenda desenvolver o medicamento genérico, ele deve recorrer ao teste de bioequivalência/biodisponibilidade relativa para comprovar sua segurança e sem que possa ter acesso a informações confidenciais ou mesmo que a ANVISA possa utilizar internamente as informações constantes do dossiê do medicamento de referência.  
[...]

Em outros termos, a Anvisa apenas confirma se o medicamento genérico é realmente similar ao produto de referência, partindo do pressuposto de que a qualidade, segurança e eficácia deste já foram comprovadas por ocasião do seu registro.

Sobre o assunto:

*Administrativo. Agravo de instrumento. Decisão judicial que determina à anvisa resguardar o sigilo dos testes de eficácia e segurança a ela submetidos para concessão de registro a medicamento de referência. Procedimento de concessão de registro de medicamento genérico ou similar.*

I. O procedimento para autorização de comercialização de medicamento genérico/similar, por ser mais simplificado, dispensa a apresentação

dos testes e pesquisas exigidos do medicamento de referência, para demonstração da segurança, eficácia, identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias para o consumo humano do fármaco.

[...]

IV. Agravo de instrumento da Anvisa a que se nega provimento.

(AG 0032090-18.2008.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, e-DJF1, p. 555, de 29/10/2009.)

Evidentemente, *essa conduta não se caracteriza como uso ou exploração de resultados de testes ou outros dados não divulgados<sup>9</sup>, porquanto sua configuração pressupõe, antes de mais nada, conhecimento desses dados por parte de quem deles se beneficia* (no caso, os fabricantes de medicamentos genéricos), *o que não restou comprovado no presente caso*.

Não se pode olvidar que a Lei 10.603/2002 parece conferir uma *proteção mais ampla a produtos farmacêuticos de uso veterinário*, conforme se observa da transcrição a seguir:

Art. 1º Esta Lei regula a proteção, contra o uso comercial desleal, de informações relativas aos resultados de testes ou outros dados não divulgados apresentados às autoridades competentes como condição para aprovar ou manter o registro para a comercialização de produtos farmacêuticos de uso veterinário, fertilizantes, agrotóxicos seus componentes e afins.

Parágrafo único. As informações protegidas serão aquelas cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham valor comercial enquanto não divulgadas.

Art. 2º Consideram-se não divulgadas as informações que, até a data da solicitação do registro:

I - não sejam facilmente acessíveis a pessoas que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes; e

II - tenham sido objeto de precauções eficazes para manutenção da sua confidencialidade pela pessoa legalmente responsável pelo seu controle.

Parágrafo único. Atendido o disposto nos incisos I e II, presumem-se não divulgadas as informações apresentadas sob declaração de confidencialidade.

Art. 3º A proteção das informações, definidas na forma dos arts. 1º e 2º e pelos prazos do art. 4º, implicará a:

<sup>9</sup> Objeto de vedação pelo art. 195, XIV, Lei 9.279/1996 e repudiada pelo art. 39.3 do Acordo Trips.

I - não utilização pelas autoridades competentes dos resultados de testes ou outros dados a elas apresentados em favor de terceiros;

II - não divulgação dos resultados de testes ou outros dados apresentados às autoridades competentes, exceto quando necessário para proteger o público.

§ 1º O regulamento disporá sobre as medidas adequadas para a não-divulgação de tais informações por parte das autoridades às quais foram apresentadas, garantindo, porém, o seu livre acesso ao público em geral após o período de proteção a que se refere o art. 4º.

§ 2º Após o período de proteção, as autoridades competentes pelo registro deverão, sempre que solicitadas, utilizar as informações disponíveis para registrar produtos de terceiros, ressalvada a possibilidade de exigir outras informações quando tecnicamente necessário.

Art. 4º Os prazos de proteção a que se refere o art. 3º serão:

I - para os produtos que utilizem novas entidades químicas ou biológicas, de dez anos contados a partir da concessão do registro ou até a primeira liberação das informações em qualquer país, o que ocorrer primeiro, garantido no mínimo um ano de proteção;

[...]

§ 1º Para a proteção estabelecida nesta Lei, considera-se nova entidade química ou biológica toda molécula ou organismo ainda não registrados no Brasil, podendo ser análogos ou homólogos a outra molécula ou organismo, independentemente de sua finalidade.

[...]

Art. 5º Durante os prazos determinados no art. 4º, as informações definidas no art. 1º somente poderão ser utilizadas pela autoridade competente para instruir ou justificar concessão de registro de terceiros mediante prévia autorização do detentor do registro.

[...]

Ocorre que essa lei, *por clara opção legislativa*, não se aplica a produtos farmacêuticos destinados ao uso humano.

Ora, consta do *site* da Câmara dos Deputados<sup>10</sup> que o projeto original continha a seguinte redação para o *caput* do art. 1º:

Art. 1º Esta Lei regula a proteção, contra o uso comercial desleal, de informações relativas aos resultados de testes ou outros dados não divulgados apresentados às autoridades competentes como

condição para aprovar ou manter o registro para a comercialização de produtos *farmacêuticos de uso humano*<sup>11</sup> e veterinário, fertilizantes, agrotóxicos seus componentes e afins.

Todavia, foi aprovada pelo Senado Federal emenda ao projeto de lei, a fim de suprimir a expressão “[...] humano e [...]” do art. 1º do Projeto de Lei de Conversão<sup>12</sup>.

Durante as discussões, consta manifestação da Senadora Vanessa Grazziotin registrando que “a aprovação da Emenda 1, sem dúvida alguma, representa significativo avanço e principalmente a garantia de que não haverá outros empecilhos para a aplicação da Lei de Genéricos no Brasil”<sup>13</sup>.

Ou seja, é evidente que *a Lei 10.603/2002 não faz referência a produtos farmacêuticos de uso humano justamente para compatibilizá-la com o regramento legal atinente a medicamentos genéricos, tratando-se, pois, de silêncio eloquente do legislador, e não de mera omissão legislativa.*

E tal opção legislativa se mostra perfeitamente legítima, porquanto já decidiu esta Turma que, “estando em conflito a proteção à saúde da população em relação aos interesses econômicos de determinada empresa, deve prevalecer o interesse público” (AG 0044197-60.2009.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Selene Almeida, Quinta Turma, e-DJF1, p. 115, de 17/09/2010).

A propósito, a Anvisa defende a política brasileira de medicamentos genéricos da seguinte forma:

[...] A OMS relatou no documento mencionado que cada país deve formular e implementar uma política nacional de medicamentos para garantir que medicamentos de boa qualidade, segurança e eficácia estejam disponíveis a um preço acessível para todos aqueles que precisam, onde e quando precisarem, e que sejam usados com racionalidade.

A OMS descreve, ainda, que *a política não pode deixar de abordar questões que incentivem à competitividade do setor farmacêutico, uma vez que isso amplia o acesso a medicamentos a um menor custo.* Nesse raciocínio, aponta para a necessidade de a regulação técnica e econômica proporcionar tal competição.

Essa organização destaca, especificamente para o caso de medicamentos genéricos, que *pefo fato*

<sup>11</sup> Negritei.

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD27NOV2002.pdf#page=214>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

<sup>13</sup> Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD27NOV2002.pdf#page=214>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/ordemdoia/integras/133468.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

*de sua segurança e eficácia já ter sido documentada, seu registro deve seguir rito simplificado e focado na averiguação da qualidade do produto.*

Diante desse contexto mundial, e em atendimento ao disposto no artigo 6º da Lei 8080/1990, o qual estabelece que deveria ser formulada uma política de medicamentos, o Brasil elaborou sua Política Nacional de Medicamentos e a publicou por meio da Portaria 3.916/1998 do Ministério da Saúde.

Aprovada pela Comissão intergestores e pelo Conselho Nacional de Saúde, a Política Nacional de Medicamentos tem como propósito “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”. Com esse intuito, suas principais diretrizes são o estabelecimento da relação de medicamentos essenciais, a reorientação da assistência farmacêutica, o estímulo à produção de medicamentos e a sua regulamentação sanitária.

Os medicamentos têm papel importante na redução da mortalidade e morbidade. Fazer com que os medicamentos estejam disponíveis para a população e assegurar o uso racional é uma prioridade.

No entanto, muitos países enfrentam problemas para assegurar a disponibilidade e o uso racional, efetivo e seguro de medicamentos, pois se de um lado temos a criação de drogas de alta tecnologia, mais potentes e de ação cada vez mais específica, por outro temos uma parte significativa da população mundial sem acesso a medicamentos essenciais.

Nesse sentido, e como forma de oferecer medicamentos com qualidade e mais baratos, a Política Nacional de Medicamentos estimulou a introdução dos medicamentos genéricos no Brasil [...]

Como fruto de todos esses esforços, a Lei 9787/1999 alterou a Lei 6360/1976 e instituiu a Política de Medicamentos Genéricos, traçando diretrizes para sua implantação, estabelecendo-se as bases legais para a instituição do medicamento genérico, em concordância técnica e conceitual com normas internacionais adotadas por países da Comunidade Européia, EUA, Canadá, além da Organização Mundial de Saúde (OMS). A regulamentação e a sua boa implementação foram fundamentais para a política sair do papel e tornar-se realidade.

Há também a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, definida pelo Conselho Nacional de Saúde, instância máxima do Controle Social do Sistema Único de Saúde do Brasil e ela prevê ações que garantem o acesso a saúde [...]

Sendo que para atingir esses fins, foi imprescindível a adoção da assistência farmacêutica no seu sentido amplo, que é descrita segundo a política nacional de medicamentos como: “Grupo

de atividades relacionadas com o medicamento, destinadas às ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e controle de qualidade, a segurança e a eficácia terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais da saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos.” [...]

Tais alegações são perfeitamente razoáveis, inexistindo, no caso, fundamento para que o Judiciário se substitua à Administração na definição da mencionada política pública (Medicamentos Genéricos).

Noutro compasso, o acordo Trips é insuficiente para estender a aplicação da Lei 10.603/2002 aos medicamentos destinados a uso humano, pois

[...] O TRIPS não é uma Lei Uniforme; em outras palavras, não é um tratado que foi editado de forma a propiciar sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado ocorrentes em cada um dos Estados que a ele aderem, substituindo de forma plena a atividade legislativa desses países, que estaria então limitada à declaração de sua recepção. [...] (REsp 642.213/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 02/08/2010)

*Enfim, descabe a aplicação analógica ou extensiva da Lei 10.603/2002 aos produtos farmacêuticos destinados a uso humano, os quais estão sujeitos a disciplina própria.*

*Como se vê, não restou demonstrada qualquer violação a direito de exclusividade das autoras relativamente a resultados de testes e outros dados não divulgados apresentados à Anvisa para registro do medicamento Lexapro®.*

*Por conseguinte, não procedem os pedidos formulados pelas autoras.*

Em sentido semelhante já decidiu este Tribunal:

*Administrativo. Agravo de instrumento. Anvisa. Concessão de registro sanitário a medicamentos genéricos e similares. Testes de eficácia e segurança dos medicamentos de referência submetidos a registro. Direito de exclusividade. Sigilo. Violação. Inexistência.*

I. Segundo a Lei 6.360/1976, com a redação dada pela Lei 9.787/1999, medicamento genérico é definido como sendo aquele “...medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade,



e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI" (art. 2º, XXI). II

II. Inexiste violação ao Acordo TRIPS, o qual dispõe que os membros signatários adotarão as medidas necessárias à proteção dessas informações confidenciais, impedindo que tais dados sejam divulgados propiciando a concorrência desleal, excetuados para proteger o público, bem assim ao art. 195, XIV, da LPI (crime de concorrência desleal), pois não consta que a ANVISA se utilize das informações constantes dos dossiês a ela apresentados quando do registro sanitário dos medicamentos de referência ou que as forneça às empresas interessadas no registro sanitário de determinado medicamento genérico, mesmo porque isso não é necessário, já que o desenvolvimento do produto é realizado por intermédio de engenharia reversa, em que o produto de referência acabado, que pode ser encontrado em qualquer estabelecimento que comercialize produtos farmacêuticos, é decomposto até se chegar à molécula de seu princípio ativo.

III. Para a concessão do registro sanitário não é necessário sequer que a patente do produto de referência tenha expirado. O que não pode ocorrer antes desse prazo é a sua produção e comercialização.

IV. O conhecimento da segurança e eficácia do produto de referência já é público e notório, senão ele não teria obtido seu registro sanitário, motivo pelo qual não faz sentido o argumento de que a ANVISA se aproveita dessas informações para conceder o registro aos medicamentos genéricos.

V. Não faria sentido exigir que as empresas realizassem seus próprios testes de segurança e eficácia, já que isso geraria gastos desnecessários para os fabricantes de medicamentos genéricos, que, ao final do processo, acabariam por repassar esses custos ao consumidor final, inviabilizando a Política Nacional de Medicamentos Genéricos, que tem como escopo assegurar à população o acesso a medicamentos de qualidade por um preço mais baixo.

VI. Se foi da própria vontade do legislador a retirada da expressão "humano" da redação original da MP 69/2002, quando de sua conversão na Lei 10.603/2003, que regula a proteção, contra o uso comercial desleal, de informações relativas aos

resultados de testes ou outros dados não divulgados apresentados às autoridades competentes como condição para aprovar ou manter o registro para a comercialização de produtos farmacêuticos de uso veterinário, fertilizantes, agrotóxicos seus componentes e afins, não faria sentido aplicar, por analogia, o inciso I do art. 4º dessa Lei para assegurar, também aos produtos farmacêuticos de uso humano, essa proteção pelo prazo de 10 anos.

VII. Não padece de ilegalidade o ato de concessão, por parte da Anvisa, de concessão de registros sanitários a medicamentos genéricos, já que amparado nas Leis 6.360/1976 e 9.787/1999, mesmo porque, caso contrário, estaria em jogo a própria Política Nacional de Medicamentos Genéricos do Governo Federal, que veio possibilitar à população, especialmente àquela parcela mais carente, o acesso a medicamentos essenciais a preços bem mais acessíveis do que aqueles praticados pelos fabricantes dos produtos de referência.

VIII Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AG 0004018-79.2012.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 p. 456 de 11/06/2012)

IV - Dispositivo

Ante todo o exposto, *dou provimento* às apelações conhecidas e à remessa oficial tida por interposta, para:

1 – julgar improcedentes os pedidos formulados pelas autoras;

2 – inverter os ônus da sucumbência, inclusive atribuindo às autoras, *solidariamente*, responsabilidade pelo pagamento de:

2.1 – honorários advocatícios nos valores fixados na sentença em relação a cada ré;

2.2 – custas processuais pendentes;

2.3 – ressarcimento de custas eventualmente antecipadas pela parte ré.

É o voto.

## Sexta Turma

Numeração única: 0001294-53.2009.4.01.3801

Apelação Cível 2009.38.01.001315-7/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian  
 Apelante: União Federal  
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
 Apelado: Gláucio Guelber de Andrade Costa  
 Advogados: Dr. Igor Mascarenhas Cortes e outros

Recorrente adesivo: Gláucio Guelber de Andrade Costa  
Publicação: e-DJF1 de 22/10/2012, p. 55

## Ementa

*Civil. Responsabilidade civil. Invasão residência distinta da prevista no mandado de busca e apreensão. Invasão domiciliar caracterizada. Danos morais configurados. Indenização majorada. Juros e correção monetária termo inicial. Índices. Sem impugnação do autor.*

I. Considera-se ilegal o ingresso de equipe de agentes da Polícia Federal e/ou autoridade federal, em residência particular sem o respectivo mandado, por erro de localização do apartamento.

II. Imobilização do chefe da casa mediante armas e obrigado a deitar de bruços no chão na frente da esposa, demonstra ocorrência de humilhação a causa dor moral, sujeito a indenização.

III. Conhecida a pessoa procurada pelos soldados da PM que acompanharam a diligência da Polícia Federal, é obvio que os APF deviam tê-los consultado antes de apontar armas e imobilizar o autor no chão.

IV. Indenização pelos danos materiais causados na porta da residência ressarcida pela Polícia Federal.

V. Cabível a indenização por dano moral que se eleva de R\$ 15.000,00 para R\$ 25.000,00.

VI. Honorários advocatícios mantidos no patamar fixado na sentença de 10% (dez por cento) sobre a condenação, CPC art. 20, § 4º.

VII. Juros e correção monetária – índices e termo inicial de sua contagem consoante a sentença, à míngua de impugnação do autor no seu recurso.

VIII. Apelação da União não provida. Recurso adesivo do autor parcialmente provido (item V).

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da União e dar parcial provimento ao recurso adesivo do autor.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 08/10/2012.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

## Relatório

*O Exmo Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:*  
—Trata-se de apelação interposta pela União Federal e recurso adesivo por parte do autor de sentença que julgou procedentes os pedidos para condenar o ré ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de reparação por danos morais causados ao autor, corrigidos a partir da sentença, pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados a caderneta de poupança até a data do efetivo pagamento, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, alterada pela Lei 11.960/2009. condenou, ainda, o ré, ao pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor da condenação. Sem custas, em reembolso, em razão da gratuidade de justiça concedida ao autor. Há remessa oficial.

2. União interpõe recurso de apelação (fls. 77-82), insistindo com a ausência de ato ilícito capaz de obrigá-la a indenizar a parte adversa, por não haver nos autos elementos suficientes a demonstrar que existe nexo de causalidade entre os atos praticados pelos agentes federais e as máculas que recaem sobre a reputação do autor. Aduz a apelante que o autor deu causa aos fatos, de modo que a culpa exclusiva da vítima afasta a responsabilidade do ente público federal, vez que seus agentes se limitaram a cumprir o seu dever legal. Pede a reforma da sentença para que haja exclusão da condenação e inversão dos ônus da sucumbência.

3. Irresignado, apela adesivamente o autor (fls. 90-94) requerendo que o valor da indenização arbitrado, para reparação do dano moral, (90-94) seja majorado para o valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), sob o argumento de que é mais compatível com a grave ofensa que entende haver sofrido. E ainda, requer que os honorários advocatícios sejam majorados para 20%

do valor da condenação, com espeque nas alíneas *a* e *c* do § 3º do art. 20 do CPC.

4. Foram apresentadas contrarrazões pelo autor (fls. 85-94) e pela ré (fls. 97-99).

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:*  
— Comprova o autor à fl. 18, que seu endereço é R. Cezarino Gomes de Oliveira 80, apt1. Por outro lado, a União instrui a contestação com cópia de mandado de busca e apreensão expedido pela 4ª Vara Criminal de Juiz de Fora/MG, para a residência na rua Cezarino Gomes de Oliveira 80, apt 102, fl. 51. Na informação sobre a diligência prestada pelo APF Ramon ao chefe da Delegacia, fls. 47-50, consta que os policiais dirigiram ao apartamento onde residia o autor pelo *bom senso*, já que por ausência de numeração afixada nas portas, pensaram que o apartamento dos fundos, no térreo seria o 102.

2. A realidade é que os policiais diante da reação natural do autor, seja se dirigindo, assustado para área de serviço como afirmam os policiais, seja para o quarto onde se encontravam esposa e filho como ele insiste, não abrindo a porta, o que é o correto, já que a autoridade policial não possuía mandado para tal fim, arrombaram a porta do apartamento do autor e o imobilizaram sob armas, sem que o mesmo fosse o marginal procurado, muitos menos os policiais estivessem autorizados a adentrar no imóvel em tela.

3. Veja-se que os policiais militares que acompanhavam os policiais federais conheciam o marginal, tanto que, no relatório, fl. 49, consta que um deles afirmara ao vê-lo no chão imobilizado, que “não era o Chin”, logo, mais do que razoável que os APF se os tivessem consultado na hora da diligência, não teriam imobilizado o autor no chão.

4. Portanto, independentemente da reação do autor, sem sombra de dúvidas ele e seus familiares passaram por um grande dissabor, inclusive perante a vizinhança por terem sua residência invadida pela polícia e por ter imobilizado o varão.

5. Razão assiste, portanto, à sentença quando afirma:

[...]

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Marcelo Dolzany da Costa e Rodrigo Navarro de Oliveira (convocados).

É importante lembrar que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, bastando que se verifique a presença do nexo de causalidade entre o dano (seja material ou moral) e o fato administrativo que lhe causa. Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho explica os requisitos ensejadores da responsabilidade objetiva do Estado:

Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência de fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao poder Público. [...] O segundo pressuposto é o nexo causal (ou relação da causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa.

No que se refere a responsabilidade civil e ao dano moral, tenho por certo que estes devem ser ressarcidos, e tal proteção encontra-se embasada na Constituição Federal, em seu art. 5º, X, que dispõe ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação’.

Com efeito, o dano moral não necessita de cabal demonstração. Em casos de abalo moral o dever de indenizar surge a partir da mera comprovação da ocorrência do ilícito. Na lição de Eduardo Viana Pinto, ‘tanto a doutrina como a jurisprudência, vêm entendendo como presumido o dano moral, diante do evidente e natural sofrimento suportado pela vítima’. (In Dano moral e sua reparabilidade, p.85)

No tocante ao valor pleiteado a título de danos morais, este deve ser apurado a partir de sua dupla natureza, compensatória para a vítima e punitiva ou sancionatória para o ofensor, cuidando-se, ainda, de evitar o enriquecimento sem causa.

Nesse sentido deve o juiz arbitrar um valor através de critérios de razoabilidade, moderação e prudência, atendendo as peculiaridades do caso, inclusive à repercussão econômica da indenização, que deve apenas reparar o dano e não gerar locupletamento de uma das partes.

[...]

6. Em nada altera a situação o fato do *Chin* à fl. 53 ter fornecido com endereço o apt. 103, pois de qualquer forma não se confunde com a residência do autor, apt. 1 ou 101.

7. Quanto ao valor arbitrado, R\$ 15.000,00 contra o pedido na inicial de R\$ 83.000,00, reduzido no recurso adesivo para R\$ 40.000,00, entendo ambos tanto da sentença, aquém da realidade, como o do recurso além dos limites do razoável.

8. Verifico que o autor passou por diversos dissabores de ordem moral, susto na sua batida de porta, gritos dos policiais, invasão, com derrubada/danos à porta, imobilização, armas a ele apontadas e humilhação de ser deitado à força de braços no chão, aos pés dos policiais, na presença de sua esposa, tudo de forma ilegal, por falta do respectivo mandado de busca e apreensão ou de prisão. Erro efetivamente reconhecido, tanto que os policiais custearam os reparos necessários na porta (danos materiais). Assim, entendo razoável fixar (elevar) a indenização por dano moral em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Pelo exposto nego provimento à apelação da União e dou parcial provimento ao recurso adesivo do autor. Deixo de aplicar à sentença a jurisprudência do colendo STJ quanto ao termo inicial da correção monetária e aos índices de juros, à míngua de impugnação específica do recurso.

Mantenho os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a teor do § 4º do art. 20 do CPC.

É como voto.

## Sexta Turma

Numeração única: 0002729-48.2002.4.01.3400

Apelação Cível 2002.34.00.002711-6/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian  
Apelante: União Federal  
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
Apelados: Pedro Alessandro Crystal de Ritter Marques e outros  
Defensora: Defensoria Pública da União  
Rec. adesivos: Pedro Alessandro Crystal de Ritter Marques e outros  
Publicação: e-DJF1 de 10/12/2012, p. 295

## Ementa

*Responsabilidade civil. Danos morais e estéticos. Remessa oficial tida por interposta. Impropriedade do corpo clínico na cirurgia de correção epifisiólise da cabeça femural. Culpa in custodiendo. Majoração da verba indenizatória. Juros de mora.*

I. Remessa oficial tida por interposta, porquanto o valor da condenação e seus consectários exauridos na sentença excluem a espécie da exceção do § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil, 1ª parte.

II. Para consubstanciar responsabilidade civil faz-se necessário identificar a conduta do agente e o resultado danoso, bem como o nexo causal, consistente num componente referencial entre a conduta e o resultado.

III. Em nosso sistema jurídico prevalece a teoria do dano direto e imediato, também conhecida como *teoria do nexo causal direto e imediato* ou *teoria da interrupção do nexo causal*. Todavia, a causa direta e imediata nem sempre será a mais próxima do dano, mas aquela que necessariamente ensejou a hipótese danosa. Nesse passo, o julgador deve eliminar os fatos menos relevantes e verificar se determinada condição concorreu concretamente para o evento danoso e, no caso de inúmeras circunstâncias, observar qual a causa foi decisiva para a ocorrência do acontecimento.

IV. Configura dano moral e estético o caso de paciente submetido à cirurgia para correção de epifisiólise da cabeça femural na hipótese em que o tratamento a ele dispensado provoca distintas lesões em face de culpa *in custodiendo* do corpo clínico do Hospital das Forças Armadas. As consequências dos procedimentos hospitalares implicou na necessidade de três novas cirurgias realizadas no intervalo de tempo inferior a dois meses a fim de corrigir ou minorar deficiência adquirida no primeiro ato cirúrgico, notadamente devido a erro na colocação dos pinos, tempo cirúrgico excessivo e necrose perineal, consoante acervo probatório constituído de depoimentos prestados em sede de sindicância promovida pelo Ministério da Defesa, parecer de conselheiro do Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal e laudo do perito judicial. A propósito, o caso concreto revela que o dano

moral também é extensível ao genitor do paciente que acompanhou desde o início todo o martírio de seu filho, dividindo a dor, o sofrimento e a angústia pela impropriedade da primeira intervenção cirúrgica.

V. No cálculo da verba indenizatória, o julgador deve atuar com razoabilidade, observando o caráter indenizatório e sancionatório de modo a compensar o constrangimento suportado sem caracterizar enriquecimento ilícito. Nesse passo, entendo que o montante de R\$ 30.000,00, fixados na sentença para o primeiro postulante a título de danos morais e estéticos, e R\$ 5.000,00, arbitrados em favor do segundo, encontram-se aquém da valoração da dor moral e do abalo estético configurado no caso. Certo de que, “A indenização por dano moral não é preço matemático, mas compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente provocada” (REsp 617.131/MG), elevo o valor da indenização para o importe de R\$ 50.000,00 para o primeiro autor e R\$ 10.000,00 para o segundo a fim de minorar a agonia e a aflição sofridas pelos demandantes.

VI. Conforme orientação do STJ “nas indenizações por danos morais, decorrentes da responsabilidade objetiva do Estado, incidem juros moratórios de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei 10.406/2001), a partir do qual, conforme disposto em seu art. 406, deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, qual seja, a Selic, ex vi a Lei 9.250/1995. Tal sistemática prevalecerá até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997.” (REsp 763.983/RJ).

VII. Apelação da União a que se nega provimento e recurso adesivo e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providos para majorar a verba indenizatória e fixar os juros moratórios.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da União e dar parcial provimento ao recurso adesivo dos autores e à remessa oficial, tida por interposta.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 19/11/2012.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Jirair Aram Meguerian*: —  
A União interpõe apelação contra sentença proferida pela MM. juíza federal substituta da 15ª da Seção Judiciária do Distrito Federal que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais a fim de condenar a recorrente a indenizar os autores *Pedro Alessandro Chrystal de Ritter Marques* por danos morais e estéticos e *Edval Marques de Oliveira Filho* por danos morais, tendo presente o procedimento médico-hospitalar para correção de “epifisiólise da cabeça femural esquerda” levada a efeito por profissionais do *Hospital das Forças Armadas*.

2. O dispositivo da sentença recorrida recebeu a seguinte redação (fl. 283):

Ante o exposto, *julgo parcialmente procedentes os pedidos iniciais* para condenar a União Federal a pagar ao primeiro autor a importância de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de danos morais e estéticos, bem como a pagar ao segundo autor a importância de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizados monetariamente desde 14/07/1998 (Súmula 54 do STJ) e com juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

*Resolvo o mérito e julgo extinto o processo, com fundamento no art. 269, I do CPC.*

Cada parte arcará com as próprias custas. Sem honorários de sucumbência, haja vista que a Defensoria Pública da União atuou em desfavor da pessoa jurídica de direito público a qual integra e, neste caso, não há honorários sucumbenciais (precedentes do STJ).

3. Em suas razões de recurso (fls. 288–297), a apelante sustenta que inexistente nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo paciente e a conduta do agente público capaz de configurar responsabilidade da União, ao tempo em que argumenta que a prestação de serviços médicos não se insere no conjunto de obrigações de resultado. Ressalta que o caso concreto não vislumbra indicação de culpa, negligência ou imperícia da equipe médica pelo mal resultado e alega que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica ao caso. Defende que *os pedidos de indenização por danos morais e por danos estéticos não pode ser cumulativos* (fl. 296), por entender que o segundo é subespécie do primeiro e, caso não se entenda pela ausência de responsabilidade do Ente Público, requer a redução da verba indenizatória estipulada na sentença.

4. Os autores juntaram contrarrazões às fls. 301–306 e, às fls. 307–310, interpuseram recurso adesivo suscitando a majoração da verba indenizatória ao importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o primeiro autor e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para o segundo.

5. Às fls. 313–320, a União ofereceu contrarrazões ao recurso adesivo.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: —* Inicialmente, tenho por interposta a remessa oficial, porquanto o valor da condenação e seus consectários exauridos na sentença proferida excluem a espécie da exceção do § 2º, 1ª parte do art. 475 do Código de Processo Civil.

2. A *quaestio juris* posta para julgamento diz respeito à indenização por danos morais e estéticos em razão de procedimento médico-hospitalar promovido por profissionais da Ortopedia do Hospital das Forças Armadas em cirurgia de correção de epifisiólise da cabeça femural esquerda que deixou sequelas no paciente que exigiu nova intervenção cirúrgica e posterior cirurgia plástica para correção da perda cutânea em períneo (fls. 27 e 29). Tudo acompanhado por seu genitor que também é postulante de verba indenizatória por danos sofridos no exercício da assistência a seu filho.

3. Para a atribuição de responsabilidade civil faz-se necessário a presença de elementos essenciais. Por um lado, a conduta do agente e o resultado danoso, por outro, o nexo causal, consistente num componente referencial entre a conduta e o resultado. Dessa forma, a indenização só pode ocorrer quando ficar estabelecido que a ação ou omissão do agente tenha provocado dano a certa pessoa. Nesse ponto, destaco o seguinte excerto da jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque

tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

(Grifei). (REsp 858511/DF, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJe 15/09/2008.)

4. No tocante ao nexo de causalidade, prevalece em nosso sistema jurídico a teoria do dano direto e imediato, também conhecida como *teoria do nexo causal direto e imediato* ou *teoria da interrupção do nexo causal*. Todavia, a causa direta e imediata nem sempre será a mais próxima do dano, mas aquela que necessariamente o ensejou. O julgador deve, assim, eliminar os fatos menos relevantes e verificar se determinada condição concorreu concretamente para o evento danoso e, no caso de inúmeras circunstâncias, observar qual causa foi decisiva para ocorrência do acontecimento.

5. Vale lembrar julgado do excelso Pretório, da lavra do eminente Min. Celso de Mello, tendo em vista seu caráter elucidativo e pedagógico:

*Responsabilidade civil do Poder Público. Pressupostos primários que determinam a responsabilidade civil objetiva do estado o nexo de causalidade material como requisito indispensável à configuração do dever estatal de reparar o dano. Não-comprovação, pela parte recorrente, do vínculo causal. Reconhecimento de sua inexistência, na espécie, pelas instâncias ordinárias. Soberania desse pronunciamento jurisdicional em matéria fático-probatória. Inviabilidade da discussão, em sede recursal extraordinária, da existência do nexo causal. Impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória (Súmula 279/STF). Recurso de agravo improvido.*

– Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “*eventus damni*” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes.

– O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o “*eventus damni*”, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Marcelo Dolzany da Costa e Rodrigo Navarro de Oliveira (convocados).

– A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido. Doutrina. Precedentes.

[...]

(RE 481110 AgR, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 09/03/2007, p. 50).

6. À luz dos pressupostos acima delineados é que se examina separadamente a apelação interposta pela União e o recurso adesivo ajuizado pelos autores.

#### *Recurso de apelação da União*

7. A União argumenta que inexistente nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo paciente e a conduta do agente público na prestação de serviços que não se insere no conjunto de obrigações de resultado na qual não se aplica as regras consumeristas, ao tempo em que requer a reforma da sentença ou exclusão da responsabilidade por danos estéticos e a redução da verba indenizatória.

8. O caso dos autos revela que o primeiro autor, Pedro Alessandro Chistal de Ritter Marques, dirigiu-se ao Hospital das Forças Armadas acompanhado por seu genitor para submeter-se a uma cirurgia para correção de epifisiólise na cabeça femoral esquerda. Segundo o perito-médico nomeado pelo Juízo, cujo laudo encontra-se acostado às fls. 188–190, a epifisiólise cabeça femoral ou epifolise proximal do fêmur,

[...] determina uma alteração da relação anatômica normal entre a cabeça e o colo femorais. O escorregamento acontece ao nível da placa epifisária femoral proximal (linha de crescimento). Ocorre a “lise espontânea” desta placa, durante o estirão de crescimento, na pré-adolescência e na adolescência, sendo esta, a enfermidade mais comum, no quadril, nesse período da vida. O colo do fêmur desvia no sentido anterior e superior, em relação à cabeça [...]

9. Ainda segundo o perito, “*Confirmado o diagnóstico, o tratamento deve ser instituído sem demora, tratamento cirúrgico imediato*” (fl. 188).

10. Nesse diapasão, o paciente foi submetido ao procedimento cirúrgico no Hospital das Forças Armadas no dia 14 de julho de 1998, consoante relatório de fl. 31. Todavia, findada a cirurgia, verificou-se queimaduras graves nas regiões perineal e escrotal, além de fixação inadequada dos parafusos canulados. Nesse contexto, procedeu a nova cirurgia ortopédica no dia 21 do mesmo mês e ano e, no dia 18 do mês seguinte, nova

intervenção cirúrgica plástica de enxertia cutânea perineal e, por fim, no dia 10 de setembro do referido ano, novo tratamento cirúrgico de epifisiólise proximal fêmur.

11. Nota-se que as lesões decorrentes do primeiro ato cirúrgico resultou nas demais intervenções médicas impostas ao paciente. É o que se depreende do depoimento do Dr. Rogério Rodrigues da Silveira, Tenente Médico do Exército, que, na sindicância instaurada no âmbito do HFA para apuração do caso, prestou depoimento do qual extraio o seguinte excerto (fls. 49–50):

[...] o paciente Pedro Alessandro Chrystal de Ritter Marques fez uma consulta de ambulatório, antes da internação, com o doutor Manzoni e mais ou menos uma semana depois deu entrada neste Hospital diretamente para o Centro Cirúrgico, sendo submetido à primeira intervenção cirúrgica para tratamento de epifisiólise da cabeça do fêmur esquerdo, e que esta cirurgia foi realizada pelos doutores Fagundes e Helder, embora constasse no mapa cirúrgico o nome do tenente Otavio que não participou da cirurgia por estar de plantão fora do HFA. *Que esta cirurgia deu problema, ou melhor, durante o ato cirúrgico não foi possível fixar adequadamente os parafusos canulados, o que normalmente já é muito difícil e mesmo com intensificador de imagem ocorre com frequência de o parafuso canulado não ficar bem posicionado. Que a posição dos parafusos só foi constatada no pós-operatório, pois durante o ato cirúrgico a radioscopia não fornece uma imagem totalmente clara... que o paciente apresentou um quadro de necrose superficial de períneo, constatado no pós-operatório e que o depoente acha ter sido causado pela ação do álcool iodado ... na enfermaria o paciente foi avaliado pela cirurgiã plástica que ao final fez um enxerto de pele na região perineal... como os parafusos ficaram mal posicionados foi feita a retirada dos mesmos, mais ou menos uns cinco dias após a primeira cirurgia, pelos doutores Fagundes, Antonio Jorge e o depoente. Após este procedimento, o paciente retornou à enfermaria, sendo submetido à tração esquelética no membro inferior esquerdo por mais ou menos três a quatro semanas. Depois deste período, o paciente foi submetido a cirurgia definitiva, desta feita realizada pelo doutor Manzoni que é o chefe da Clínica [...]*

12. Também merece destaque o depoimento do Dr. Antonio Donizeti Jorge, do qual destaco o trecho abaixo (fl. 54):

[...] o paciente foi submetido a nova cirurgia em decorrência de ter sido observado, logo após a cirurgia, um bloqueio da articulação do quadril esquerdo devido a *protusão de um dos parafusos canulados de fixação para fora da cabeça femoral*; enquanto que da parte da cirurgia plástica, o

*paciente foi operado por ter apresentado necrose de pele ao nível do perineo, devido, segundo o depoente, a ação do álcool iodado e ao contato com o pino da contra-tração da mesa ortopédica durante o primeiro ato cirúrgico [...] Perguntado se pode esclarecer o porque, na última cirurgia os parafusos canulados se fixaram satisfatoriamente, ao contrário da primeira cirurgia, respondeu que talvez se devesse ao resultado da tração esquelética feita após a retirada dos parafusos da primeira cirurgia. (grifei).*

13. Demais disso, o verso do laudo de exame de lesões corporais do Instituto Médico Legal juntado à fl. 36 descreveu que o paciente, “no pós-operatório imediato apresentou queimadura em região perineal e escrotal caracterizada por edema, hiperemia e dor, que evoluiu para necrose sem infecção secundária”. Em seguida, concluiu assegurando que “Periciando em pós-operatório tardio de cirurgia ortopédica queimaduras perineal e escrotal sem fator etiológico definido e com nexos de causalidade com a 1ª cirurgia ortopédica.”

14. Não fora isso, o Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, em parecer do Conselheiro Afonso Henriques P. de A. Fernandes (fls. 108–111), arguiu que a primeira cirurgia realizada apresentou falhas técnicas consideráveis, notadamente no que toca a erro na colocação de pinos, tempo cirúrgico excessivamente prolongado, alegação improcedente de lesão perineal provocada por alergia ao álcool iodado, considerando que a mesma tintura fora utilizada em outras áreas de assepsia do campo cirúrgico sem que nenhuma outra lesão tenha ocorrido e também porque deu negativo o teste alérgico para solução de álcool iodado 2% realizado no paciente pelo Dr. Roberto Ronald, consultor-técnico do CRM-DF na área de alergia.

15. O parecer assentiu que

*Existem fortes indícios de que a necrose perineal ocorreu devido à permanência prolongada mais ou menos 5 horas sob tração, na mesa ortopédica, por isquemia provocada pelo mastro perineal da mesma sobre a referida região. [Disse, ainda, o Conselheiro que] A internação prolongada (2 meses) do paciente decorreu exclusivamente das complicações de natureza técnica ocorridas na cirurgia inicial, já que, em condições normais de execução desse procedimento, o paciente recebe alta após 48 a 72 horas do ato operatório (fl. 129).*

16. Por fim, registre-se que o referido parecer foi aprovado, por unanimidade, na reunião do dia 18/07/2002 do Conselho Regional de Medicina a fim de permitir a abertura de Processo Ético-Profissional – PEP em desfavor dos Médicos Luiz Otávio Rocha, Valdir Fagundes e Helder de Oliveira Andrada para responderem aos indícios de infração a dispositivos do

Código de Ética Médica inscritos nos Arts. 5º – por não terem aprimorado os seus conhecimentos técnicos em benefício do paciente; 29 – por terem praticado atos profissionais danosos (durante a cirurgia) ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia (falha técnica) e imprudência (arvorar-se em realizar procedimentos para os quais não estavam preparados); e, 34 – por atribuírem seus insucessos a circunstância ocasional (alergia), sem que a mesma tenha sido comprovada. (fl. 131).

17. Todos esses elementos postos em sintonia com o laudo do perito-médico judicial de fls. 188–190 comprovam o nexos de causalidade estatuído entre a culpa *in custodiendo* dos agentes públicos no procedimento médico-hospitalar dispensado ao paciente durante a primeira cirurgia para correção de epifisiólise da cabeça femoral e as lesões adquiridas em decorrência da intervenção médica que imprimiu a necessidade de novas cirurgias levadas a efeito para corrigir ou sanar deficiência adquirida no primeiro ato cirúrgico. Tudo a consubstanciar sofrimento e dor capazes de abalar o patrimônio moral de ambos os autores, bem como provocar danos estéticos ao primeiro postulante. No entanto, é cômico esclarecer que a hipótese não discute obrigação de resultado positivo da intervenção médica, e sim a ação comissiva imprópria que provocou lesão no patrimônio moral dos Demandantes.

18. Assim, tenho por configurado o dano moral e estético a consubstanciar a responsabilidade objetiva do estado, tendo presente que

*[...] a caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administrativo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, *latu sensu*; c) nexos causal: também denominado nexos de causalidade entre o fato administrativo e o dano, consecutivamente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido adveio da conduta estatal, sendo despidendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa.” (REsp 944.884/RS, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 18/10/2007, DJe 17/04/2008).*

19. Vale assentar que o egrégio Superior Tribunal de Justiça que tem a competência constitucional de uniformizar a jurisprudência infraconstitucional (art. 105/CF), decidiu sumular o entendimento que permite a cumulação de danos morais e estéticos, consoante se



vê do verbete 387 da sua Súmula de jurisprudência que tem a seguinte redação:

*É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. (grifei).*

20. Desse modo, não merece amparo judicial a pretensão da União de reduzir o valor da condenação estipulada na sentença recorrida em razão da condenação cumulada de danos morais e estéticos considerados ao primeiro autor, uma vez que a orientação jurisprudencial tutela a recomposição do prejuízo de ordem moral e de caráter estético ainda que derivado de um mesmo fato decorrente de culpa *in custodiendo* de profissionais ligados a rede pública de saúde.

*Do recurso adesivo dos autores*

21. Na dicção de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,

*[...] o recurso adesivo fica subordinado à sorte da admissibilidade do recurso principal. Para que o adesivo possa ser julgado pelo mérito, é preciso que: a) o recurso principal seja conhecido; b) o adesivo preencha os requisitos de admissibilidade. Não sendo conhecido o principal, seja qual for a causa da inadmissibilidade, fica prejudicado o adesivo. (Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante, 10ª edição/2007. Editora Revista dos Tribunais, p. 829).*

22. Assim, tendo presente à regularidade do processo principal e o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, conhecimento do presente recurso adesivo e passo ao exame da questão por ele apresentada.

23. Os autores ajuizaram recurso adesivo com a pretensão de majorar o valor da condenação fixados na sentença recorrida em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais e estéticos ao primeiro autor e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais conferidos ao segundo autor, para o importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ao primeiro postulante e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ao segundo.

24. Ao quantificar a indenização por dano moral o julgador deve atuar com razoabilidade, observando o caráter indenizatório e sancionatório de modo a compensar o abalo suportado, sem caracterizar enriquecimento ilícito. Ou seja,

*[...] a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela*

*jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. (REsp 245727/SE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 05/06/2000 p. 174).*

25. É certo que o choque e a perturbação sofridos pelos autores diante das lesões deixadas pela primeira intervenção cirúrgica que conduziram o primeiro postulante a submeter-se a outros três atos cirúrgicos em menos de dois meses a fim de reduzir ou sanar o sofrimento e a impropriedade do tratamento dispensado, bem como as sequelas psicológicas advindas ao paciente e a seu genitor que acompanhou desde o início a aflição e a agonia de seu filho na busca da terapêutica adequada para as enfermidades apresentadas são capazes de causar forte abalo emocional a ensejar a reparação pela via de indenização pecuniária.

26. Resumindo, o caso *sub examine* apresenta três formas diversas de dano, quais sejam: a) dano moral a Pedro Alessandro Chrystal de Ritter Marques em razão do sofrimento decorrente da impropriedade da primeira intervenção cirúrgica que lhe provocou sérios problemas de saúde e a necessidade de submeter-se às demais cirurgias; b) dano estético também ao primeiro postulante em razão da necrose perineal advinda do ato cirúrgico e que lhe fez submeter-se a cirurgia plástica para minorar cicatrizes antes inexistentes; e, c) dano moral ao genitor do paciente que atuou desde o início acompanhando o martírio de seu filho e dividindo a dor, o sofrimento e a angústia da impropriedade da intervenção médica.

27. Os danos de que trata estes autos ao atingirem o patrimônio moral dos demandantes resvala também em princípio fundamental tutelado da Carta Política de 1988 expressada na proteção à dignidade da pessoa humana de que trata o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal a dispensar tratamento mais severo no quantum indenizatório do que aquele arbitrado pelo juízo *a quo*.

28. Assim, entendo que o montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), fixados na sentença recorrida para o primeiro postulante a título de danos morais e estéticos, e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) arbitrados em favor do segundo postulante, encontram-se aquém da valoração da dor moral e do abalo estético consubstanciado no caso. Certo de que, *“A indenização por dano moral não é preço matemático, mas compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente provocada”* (REsp 617.131/MG, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 25/11/2009), elevo o valor da indenização para o importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)

para o primeiro autor e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o segundo a fim de minorar a agonia e a aflição sofridas pelos Demandantes.

*Dos juros moratórios*

29. Em sede de remessa oficial, procedo ao exame dos juros de mora aplicáveis ao caso. Com efeito, o eg. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, sob regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, assentiu que na definição dos juros moratórios deve ser levado em conta o momento da prolação da sentença à luz das situações específicas, conforme se depreende da ementa do julgado:

*Administrativo e Processual Civil. Recurso representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. FGTS. Expurgos inflacionários. Execução de sentença. Embargos. Taxa de juros. Novo código civil. Violação à coisa julgada. Inexistência. Art. 406 do Novo Código Civil. Taxa Selic.*

I. Não há violação à coisa julgada e à norma do art. 406 do novo Código Civil, quando o título judicial exequendo, exarado em momento anterior ao CC/2002, fixa os juros de mora em 0,5% ao mês e, na execução do julgado, determina-se a incidência de juros de 1% ao mês a partir da lei nova.

II. Segundo a jurisprudência das duas Turmas de Direito Público desta Corte, devem ser examinadas quatro situações, levando-se em conta a data da prolação da sentença exequenda: (a) se esta foi proferida antes do CC/02 e determinou juros legais, deve ser observado que, até a entrada em vigor do Novo CC, os juros eram de 6% ao ano (art.1.062 do CC/1916), elevando-se, a partir de então, para 12% ao ano; (b) se a sentença exequenda foi proferida antes da vigência do CC/02 e fixava juros de 6% ao ano, também se deve adequar os juros após a entrada em vigor dessa legislação, tendo em vista que a determinação de 6% ao ano apenas obedecia aos parâmetros legais da época da prolação; (c) se a sentença é posterior à entrada em vigor do novo CC e determinar juros legais, também se considera de 6% ao ano até 11 de janeiro de 2003 e, após, de 12% ao ano; e (d) se a sentença é posterior ao Novo CC e determina juros de 6% ao ano e não houver recurso, deve ser aplicado esse percentual, eis que a modificação depende de iniciativa da parte.

III. No caso, tendo sido a sentença exequenda, prolatada anteriormente à entrada em vigor do Novo Código Civil, fixado juros de 6% ao ano, correto o entendimento do Tribunal de origem ao determinar a incidência de juros de 6% ao ano até 11 de janeiro de 2003 e, a partir de então, da taxa a que alude o art. 406 do Novo CC, conclusão que não caracteriza qualquer violação à coisa julgada.

IV. “Conforme decidiu a Corte Especial, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [ art. 406 do CC/2002 ] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como

juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/2002)’ (REsp 727.842, DJ de 20/11/08)” (REsp 1.102.552/CE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, pendente de publicação).

V. O recurso deve ser provido tão somente para garantir a aplicação da taxa SELIC a partir da vigência do Novo Código Civil, em substituição ao índice de 1% por cento aplicado pela sentença e mantido pelo acórdão recorrido.

VI. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/STJ.

(REsp 1112743/BA, rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 12/08/2009, DJe 31/08/2009). (Negritei).

30. No caso, verifico que a r. sentença, prolatada já sob a vigência do Novo Código Civil, em março de 2010, não está em consonância com a orientação jurisprudencial do eg. STJ na parte que fixa os juros moratórios, pelo que merece correção nos moldes preconizados no precedente citado. Assim,

[...] nas indenizações por danos morais, decorrentes da responsabilidade objetiva do Estado, incidem juros moratórios de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei 10.406/2001), a partir do qual, conforme disposto em seu art. 406, deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, qual seja, a SELIC, ex vi a Lei 9.250/1995. Tal sistemática prevalecerá até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997.(REsp 763.983/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 28/11/2005).

*Dispositivo*

Pelo exposto, nego provimento à apelação da União e dou parcial provimento ao recurso adesivo dos autores e à remessa oficial, tida por interposta, a fim de majorar a verba indenizatória para o importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para o autor Pedro Alessandro Chrystal de Ritter Marques e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o segundo autor Edval Marques de Oliveira Filho a título de indenização por danos morais e estéticos ao primeiro e morais ao segundo, cuja quantia deve ser atualizada monetariamente desde a data do evento danoso, acrescida de juros de mora de 0,5% ao mês até a entrada em vigor da Lei 10.406/2001 e, a partir daí, pela taxa Selic até a vigência da Lei 11.960/2009, quando fluirão pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, consoante regra do art. 1º-F da Lei 9.494/1997.

É como voto.

## Sétima Turma

Numeração única: 0004307-20.2010.4.01.3900

Apelação/Reexame Necessário 2010.39.00.001573-8/PA

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral  
 Apelante: Fazenda Nacional  
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
 Apelado: Carlos Alberto Melo de Oliveira  
 Advogados: Dr. João Maria Lobato da Silva e outros  
 Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara/PA  
 Publicação: e-DJF1 de 05/10/2012, p. 1.676

### Ementa

*Tributário. Ação ordinária. Imposto de Renda. Venda de cotas de empresa. Fato gerador: disponibilidade econômica ou jurídica da renda. Negócio quitado com precatório ainda não pago. Disponibilidade financeira: desnecessidade para configurar o fato gerador do IR.*

I. O fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica da renda (art. 43 do CTN).

II. Disponibilidade econômica ou jurídica de renda caracteriza-se pelo acréscimo econômico patrimonial do sujeito passivo por um direito ou elemento material que possa ser identificado como renda, não importando se esse direito é imediatamente exigível ou que o crédito seja de difícil e duvidosa liquidação.

III. A disponibilidade econômica ou jurídica não se confunde com a disponibilidade financeira (AgRg nos EDcl no REsp 1232796/RS).

IV. Negociadas as cotas da empresa, a quitação do negócio mediante cessão de direito a precatório judicial configura fato gerador do Imposto de Renda, ainda que o precatório não tenha sido pago pelo poder público obrigado a sua quitação.

V. Apelação da FN e remessa oficial providas: ação improcedente. Recurso adesivo do autor prejudicado.

VI. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 25 de setembro de 2012, para publicação do acórdão.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação da FN e à remessa oficial para julgar improcedente a ação; prejudicado o recurso adesivo do autor.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 25/09/2012.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral:* — Carlos Alberto Melo de Oliveira ajuizou AO (em 9 fev. 2010) contra a FN, objetivando anular crédito tributário referente a Imposto de Renda (ano base 1997), no valor de R\$ 255.473,01, incidente sobre cessão de crédito de precatório recebido em pagamento pela alienação de suas cotas da empresa Incex – Ind., Com.,

Exp. e Navegação do Xingu Ltda.; e extinguir a EF 2002.39.00.004138-5.

Alegou que o precatório ainda se encontra pendente de pagamento, daí porque não auferiu renda a justificar a incidência do imposto; e que não pode ser responsabilizado pelo imposto, pois a obrigação pela retenção do IR é da fonte pagadora do precatório.

VC=R\$ 165.365,81.

Na contestação (fl. 214-6), a FN sustentou que o imposto incidiu sobre o ganho de capital que autor teve quando da venda de suas cotas da empresa, negócio devidamente quitado mediante a cessão de direitos ao precatório judicial.

Com réplica (fl. 218-24), sem fatos novos.

Sem outras provas.

Por sentença datada de 30 nov. 2010 (fl. 232-5), o MM. Juiz Federal Ruy Dias de Souza Filho, da 6ª Vara/PA, julgou Procedente a ação, ao fundamento de que a mera expectativa de ganho futuro não pode ser entendida como “*aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda*”; e extinguiu a EF 2002.39.00.004138-5. Condenou a FN em honorários advocatícios de R\$ 2.000,00.

Com remessa oficial.

A FN apela (fl. 239-42), insistindo que, “*tendo o contribuinte alienado as suas cotas de capital e não recolhido o imposto referente ao ganho, ocorreu em omissão, visto que houve prova da quitação da dívida, através da Escritura Pública de Quitação*”, o que configuraria disponibilidade jurídica imediata do rendimento, nos termos do art. 43 do CTN, do art. 117, § 4º, do RIR/1999 e do art. 100, §§11 e 13 da CF/1988.

Em contrarrazões (fl. 245-50), o autor pugna pela manutenção da sentença.

O autor recorre adesivamente (fl. 261-7), pela majoração dos honorários advocatícios.

Autos recebidos em gabinete em 18 ago. 2011.

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Diz o art. 43 do CTN:

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

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

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

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da

localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

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

O fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda. E o que seria disponibilidade econômica ou jurídica de renda? O STJ, citando a doutrina abalizada de Zuudi Sakakihara, em *Código Tributário Nacional Comentado* (FREITAS, 2004), define:

*Tributário. Imposto de renda pessoa jurídica. [...] Disponibilidade jurídica da renda. Art. 74 da MP 2.158-35/2001. Hipótese de incidência contida no caput do art. 43 do CTN. Precedentes.*

I. “*Para que haja a disponibilidade econômica, basta que o patrimônio resulte economicamente acrescido por um direito, ou por um elemento material, identificável como renda ou como proventos de qualquer natureza. Não importa que o direito ainda não seja exigível (um título de crédito ainda não vencido), ou que o crédito seja de difícil e duvidosa liquidação (contas a receber). O que importa é que possam ser economicamente avaliados e, efetivamente, acresçam ao patrimônio.*” (Zuudi Sakakihara in “*Código Tributário Nacional Comentado*”, coordenador Vladimir Passos de Freitas, Ed. RT, p. 133).

II. “*Não se deve confundir disponibilidade econômica com disponibilidade financeira da renda ou dos proventos de qualquer natureza. Enquanto esta última se refere à imediata ‘utilidade’ da renda, a segunda está atrelada ao simples acréscimo patrimonial, independentemente da existência de recursos financeiros.*” (REsp 983.134/RS, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 3.4.2008, DJe 17.4.2008.)

III. “*Não é necessário que a renda se torne efetivamente disponível (disponibilidade financeira) para que se considere ocorrido o fato gerador do imposto de renda, limitando-se a lei a exigir a verificação do acréscimo patrimonial (disponibilidade econômica). No caso, o incremento patrimonial verificado no balanço de uma empresa coligada ou controlada no exterior representa a majoração, proporcionalmente à participação acionária, do patrimônio da empresa coligada ou controladora no Brasil.*” (REsp 983.134/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 3.4.2008, DJe 17.4.2008.)

[...] (Grifei)

(STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1232796/RS, rel. Min. Humberto Martins, T2, julgado em 02/02/2012, DJe 09/02/2012.)

No caso, o autor vendeu, em 16 jun. 1995 (fl. 88-91), suas cotas da empresa Incex – Ind., Com., Exp. e Navegação do Xingu Ltda. (fl. 106-57), recebendo

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado).

como pagamento, em 15 mai. 1997, créditos oriundos de Precatório Requisitório a Ação dos Autos 11091, da Quarta Vara da Fazenda da Comarca de Curitiba/PR, consoante Escritura Pública de Cessão de Crédito (fl. 117).

Assim, o fato gerador do Imposto de Renda sobre essa transação se deu com a assinatura do contrato de compra e venda, restando desinfluyente quando ou se o autor recebeu o precatório, pois, para que haja a disponibilidade econômica de renda,

*[...] basta que o patrimônio resulte economicamente acrescido por um direito [...] não se devendo confundir disponibilidade econômica com disponibilidade financeira da renda.*

Pelo exposto, dou provimento à apelação da FN e à remessa oficial para julgar improcedente a ação; prejudicado o recurso adesivo do autor.

Condeno o autor em custas e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

É como voto.

## Sétima Turma

### Agravo de Instrumento 0066283-54.2011.4.01.0000/BA

Relator:	Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)
Agravante:	Fazenda Nacional
Procurador:	Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Agravados:	Dímas José da Silva e outros
Advogados:	Dr. Antônio César Joau e Silva Dr. Renato Bastos Brito Dr. Nélio Lopes Cardoso Júnior Dra. Luciana Ramos Torres Dr. Lucas Biondi Dra. Ivane Margarida Simões Pereira Dr. Nilton Simões Cardoso Dra. Débora Lima Sacramento
Agravados:	Lúcio Ribeiro José Marques da Silveira
Publicação:	e-DJF1 de 07/12/2012, p. 736

## Ementa

*Processual Civil e Tributário. Execução fiscal em vara federal. Exceção de pré-executividade. Legitimidade de corresponsável. Hipótese de responsabilidade objetiva (CTN, art. 134, III), não de responsabilidade pessoal (subjetiva). Sócios que se retiram posteriormente ao fato gerador de parte do crédito cobrado: legitimidade. Sócio apenas cotista: prova inexistente. Ajuizamento após o falecimento do executado. Regularização processual: impossibilidade.*

I. A exceção de pré-executividade não é ação autônoma nem chega a ser incidente processual. É de tão restrito espectro que, criação da jurisprudência, se resume a uma simples petição convenientemente instruída, que permita ao juízo conhecer de plano das questões que, à vista d'olhos, permitam concluir, de logo, pelo insucesso da execução (AG 1999.01.00.055381- 1/DF; AG 1999.01.00.026862-2/BA).

II. Na hipótese de dívidas das pessoas jurídicas geradas no giro comercial regular, a citação dos seus gestores, gerentes, administradores (eventualmente até os demais sócios [inciso VII]) nas EF's tem justa causa e comando normativo obrigatório outro (*ex vi* do parágrafo único do art. 121 do CTN [conceito de sujeito passivo da obrigação, ora *contribuinte*, ora *responsável*]): o art. 134 do CTN (que trata da *responsabilidade de terceiro*). A tributação, pois, dos atos societários usuais e legítimos induz a *responsabilidade solidária* objetiva do art. 134, III, do CTN, subsidiária, quando não localizada a devedora principal (empresa) ou não localizados bens dela suficientes.

III. A retirada do sócio do quadro societário da devedora principal não implica em sua não responsabilização pelos débitos tributários com fatos geradores até essa retirada, não se responsabilizando apenas pelos créditos cobrados com fatos geradores posteriores a sua retirada.

IV. A inexistência de provas de que o sócio, à época do fato gerador, era apenas sócio cotista inviabiliza sua exclusão do polo passivo, tanto mais quando a FN traz consulta realizada em seu sistema onde consta o sócio como administrador.

V. Constatado que o executado, pessoa física, faleceu antes do ajuizamento da EF, não é possível a regularização processual para fins de citar seu espólio ou herdeiros.

VI. Agravo de instrumento parcialmente provido: mantidos no polo passivo da EF *Dimas José da Silva, Lúcio Ribeiro e João Batista Nunes*.

VII. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 27 de novembro de 2012, para publicação do acórdão.

## Acórdão

Decide a Turma dar parcial provimento ao agravo de instrumento por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 27/11/2012.

Juiz Federal *Rafael Paulo Soares Pinto*, relator convocado.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto*: — A FN pede a reforma do acolhimento da exceção de pré-executividade de Dimas José da Silva e Lúcio Ribeiro e exclusão do polo passivo, de ofício, de João Batista Nunes e José Marques da Silveira, datado de 20 jul 2011 (fls. 28–31), pelo MM. Juiz Federal Cândido Moraes Pinto Filho, da 20ª Vara/BA, nos autos da EF 2002.33.00.014944-4, que a FN ajuizou em 05/07/2002 contra Viação Cidade do Salvador Ltda., com posterior redirecionamento aos agravados, para cobrança de PIS, no período de ago.1991 a jun.1993, no valor de, à época, R\$ 337.689,18.

Em 13/01/2011, Lúcio Ribeiro apresentou exceção de pré-executividade (fls. 226–8), alegando sua ilegitimidade, porque se retirara da sociedade em 1994, antes de ajuizada a EF; e porque a razão do redirecionamento da EF contra ele se deu pelo art. 13 da Lei 8.620/1993, declarada inconstitucional pelo STF, não podendo, pois, responder pelo crédito sem que comprovados os requisitos do art. 135 do CTN.

Em 23/03/2011, Dimas José da Silva apresentou exceção de pré-executividade (fls. 236–9), alegando sua ilegitimidade, por nunca ter exercido a administração da devedora principal; por ter se retirado da sociedade em 1996, antes de ajuizada a execução; e porque a razão do redirecionamento da EF contra ele se deu pelo art. 13 da Lei 8.620/1993, declarada inconstitucional pelo STF, não podendo, pois, responder pelo crédito sem que comprovados os requisitos do art. 135 do CTN.

Em impugnação (fls. 230–1 e 249–50), a FN sustentou que os excipientes eram sócios administradores à época dos fatos geradores, consoante consulta a seu sistema informatizado (fls. 141–2); e que houve dissolução irregular, cabendo aos executados o ônus de provarem que não agiram com excesso de poderes ou infração à lei.

S. Exa. entendeu que, não estando os nomes dos sócios na CDA, cabe à FN comprovar que eles agiram com excesso de poderes ou infração à lei (art. 135, III, do CTN); e que os excipientes não podem ser responsabilizados pela dissolução irregular da empresa, porque já haviam se retirado da sociedade à época do ocorrido (2003).

A agravante alega inadequação da exceção de pré-executividade para apurar a legitimidade de sócios; que, em havendo dissolução irregular a sociedade, cabe ao sócio provar que não agiu com excesso de poderes ou infração à lei; os excipientes eram sócios-administradores, como informa a consulta a seu sistema informatizado; e a responsabilidade solidária dos sócios-administradores tem previsão no art. 121, art. 124 e art. 134 do CTN.

Em contraminuta (fls. 275–98), Lúcio Ribeiro, João Batista Nunes e Dimas José da Silva pugnam pela manutenção da decisão.

Autos recebidos em gabinete em 29/05/2012.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto: — A exceção de pré-executividade não é ação autônoma nem chega a ser incidente processual. É de tão restrito espectro que, criação da jurisprudência, se resume a uma simples petição convenientemente instruída, que permita ao juízo conhecer de plano das questões que, à vista d'olhos, permitam concluir, de logo, pelo insucesso da execução (AG 1999.01.00.055381- 1/DF; AG 1999.01.00.026862-2/BA).

O art. 135 do CTN cuida da responsabilidade *pessoal*, em que *contribuinte* é o gerente que agiu com excesso de poderes por infração à lei, não a empresa, que sequer é executada. Não é a hipótese dos autos.

Na hipótese de dívidas das pessoas jurídicas geradas no giro comercial regular, a citação dos seus gestores, gerentes, administradores (eventualmente até os demais sócios [inciso VII]) nas EF's tem justa causa e comando normativo obrigatório outro (*ex vi* do parágrafo único do art. 121 do CTN [conceito de sujeito passivo da obrigação, ora *contribuinte*, ora *responsável*): o art. 134 do CTN (que trata da *responsabilidade de terceiro*). A tributação, pois, dos atos societários usuais e legítimos induz a *responsabilidade solidária* objetiva do art. 134, III, do CTN, subsidiária, quando não localizada a devedora principal (empresa) ou não localizados bens dela suficientes. Tal a hipótese dos autos.

A FN traz consulta a seu sistema informatizado onde consta que os agravados, à época dos fatos geradores, eram sócios-administradores da empresa.

Assim, pelo período em que ainda compunha o quadro social da empresa executada, deve responder pelos débitos tributários contemporâneos.

Esta, jurisprudência do STJ (*mutatis mutandis*):

[...] *Redirecionamento. Ex-sócio. Retirada da sociedade antes da ocorrência do fato gerador. Impossibilidade*

[...]

3. Esta Corte já se pronunciou pela não responsabilização do sócio que se retirou da sociedade, a não ser que fique demonstrada qualquer das hipóteses ab initio elencadas, relativamente ao período de permanência na empresa. [...]

(STJ, AgRg no Ag 1065541/SP, rel. Min. Eliana Calmon, T2, DJe 27/02/2009)

Impossível, ainda, excluir o executado Dimas José da Silva do polo passivo da EF, pois a alteração do contrato social que trouxe (fls. 301–6), datada de 11/12/1996, não faz prova de que ele era apenas sócio quotista à época dos fatos geradores (1991 a 1993), não desincumbindo, assim, de seu ônus (art. 333, I, do CPC).

De outra banda, consta nos autos Certidão de Óbito de José Marques da Silveira (fl. 159), informando que ele falecera em 1997, antes do ajuizamento da EF (2002). A jurisprudência do TRF1 e do STJ não abona a manutenção de executado falecido antes da EF que não fora ajuizada em nome do espólio:

*Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Ajuizamento após o falecimento do executado. Regularização processual: impossibilidade.*

I. Constatado que o executado, pessoa física, faleceu antes do ajuizamento da EF, não é possível a regularização processual para fins de citar seu espólio ou herdeiros. Precedentes da T7."

(TRF1, Ap 3365.32.2003.4.01.3900, minha relatoria, e-DJF1 de 03/12/2010, p. 364.)

Súmula 392/STJ: A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento para manter no polo passivo da EF Dimas José da Silva, Lúcio Ribeiro e João Batista Nunes.

É como voto.

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé (convocado).

## Oitava Turma

Numeração única: 0022023-90.2005.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2005.33.00.022036-0/BA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso  
Apelante: União Federal  
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
Apelado: Município de Conceição da Feira/BA  
Procurador: Dr. Tadeu Muniz Nogueira  
Remetente: Juízo Federal da 12ª Vara / BA  
Publicação: e-DJF1 de 23/11/2012, p. 1.087

### Ementa

*Constitucional e Financeiro. Programa Nacional de Alimentação Escolar. Suspensão do repasse de recursos financeiros. Irregularidades sanadas.*

I. O repasse de recursos financeiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar pressupõe, conforme previsão contida no art. 3º da MP 2.178-36/2001 (alterada pela Lei 11.947/2009), a constituição, pela municipalidade, do Conselho de Alimentação Escolar – CAE.

II. Se há comprovação nos autos de que o CAE foi regularmente constituído, não se justifica a suspensão do repasse de verbas ao município.

III. Apelação da União e remessa oficial a que se nega provimento.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 26/10/2012.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

### Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:*  
— Este recurso de apelação foi interposto pela Fazenda Nacional à sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação de procedimento ordinário, para assegurar à parte autora, Município de Conceição da Feira/BA, o repasse das verbas do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) e do Programa Nacional de Alimentação em Creche (PNAC) referente às competências de abril e maio/2005.

A apelante sustenta ser equivocada a fundamentação da sentença, por inaplicabilidade, ao caso, da restrição contida no art. 25, § 3º, da Lei de

Responsabilidade Fiscal — a qual veda a utilização de sanção de suspensão de transferências voluntárias na hipótese de recursos destinados a ações de educação, saúde e assistência social.

Aduz que, na espécie, não se cuida de transferências voluntárias, mas sim de transferências constitucionais, cujo repasse pode ser suspenso quando existentes irregularidades, por força do §7º do art. 3º da MP 2.178-36/2001 — então vigente —, como no caso concreto, em que não se comprovou a instituição do Conselho de Alimentação Escolar – CAE.

Foram apresentadas as contrarrazões, pugnando-se pela manutenção da sentença.

É o relatório.



## Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:*  
— O Programa Nacional de Alimentação Escolar objetiva atender ao comando previsto no art. 208, VII, da Constituição e foi disciplinado pela Medida Provisória 2.178-36/2001, a qual foi parcialmente alterada pela Lei 11.947/2009.

O art. 3º da referida Medida Provisória, então em vigor, no que interessa, assim estabelecia:

Art. 3º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por instrumento legal próprio, no âmbito de suas respectivas jurisdições, um Conselho de Alimentação Escolar - CAE, como órgão deliberativo, fiscalizador e de assessoramento, constituído por sete membros e com a seguinte composição:

[...]

§ 5º Compete ao CAE:

I - acompanhar a aplicação dos recursos federais transferidos à conta do PNAE

II - zelar pela qualidade dos produtos, em todos os níveis, desde a aquisição até a distribuição, observando sempre as boas práticas higiênicas e sanitárias;

III - receber, analisar e remeter ao FNDE, com parecer conclusivo, as prestações de contas do PNAE encaminhadas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, na forma desta Medida Provisória.

§ 6º Sem prejuízo das competências estabelecidas nesta Medida Provisória, o funcionamento, a forma e o *quorum* para as deliberações do CAE, bem como as suas demais competências, serão definidas pelo Conselho Deliberativo do FNDE.

§ 7º Fica o FNDE autorizado a não proceder o repasse dos recursos do PNAE aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, na forma estabelecida pelo seu Conselho Deliberativo, comunicando o fato ao poder legislativo correspondente, quando esses entes: (Revogado pela Lei nº 11.947, de 2009)

*I - não constituírem o respectivo CAE, no prazo de noventa dias, a contar de 5 de junho de 2000;*

*II - não utilizarem os recursos de acordo com as normas estabelecidas para execução do PNAE;*

III - não aplicarem testes de aceitabilidade e não realizarem controle de qualidade dos produtos adquiridos com os recursos do PNAE, ou o fizerem em desacordo com a regulamentação aprovada pelo FNDE;

IV - não apresentarem a prestação de contas nos prazos e na forma estabelecidos. (sem grifos no original)

Nas razões de seu apelo, a União defende, no essencial, que a ausência de instituição regular do Conselho de Alimentação Escolar – CAE pela parte autora justificaria o não repasse dos recursos, em face da existência de *óbice legal intransponível à execução do programa*.

Sem adentrar a questão atinente à incidência, ou não, no caso concreto, da restrição contida no art. 25,§3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, está comprovada nos autos a instituição do CAE pelo município, o que afasta a motivação utilizada pela União para suspender o repasse dos recursos ora questionados.

De fato, na documentação apresentada às fls. 247-261 e 272 e seguintes, está evidenciada a instituição do CAE por meio da Lei 390/2001, bem como a nomeação de seus membros efetivos e suplentes, além da adoção das providências cabíveis pela municipalidade, com vistas a regularizar a prestação de contas atinente à gestão do prefeito anterior, inclusive, por meio do ajuizamento de ação de busca e apreensão de documentos.

Afasto, por outro lado, a alegação pela União da *ausência de comprovação da efetiva publicação* dos atos de criação e regulamentação do CAE, tendo em vista as certidões juntadas às fls. 273-275, as quais atestam que os aludidos atos legislativos teriam sido afixados no quadro de avisos daquela prefeitura, para conhecimento dos interessados.

Uma vez que se trata de município pequeno e, como bem ressaltado pelo juízo de origem, de verba alimentar de máxima importância para a população carente da localidade, entendo injustificada a exigência de publicação dos referidos atos em (*Diário Oficial*) — como faz crer a União em seu apelo —, uma vez que sua publicação no quadro de avisos da Prefeitura atendeu à finalidade de divulgação da norma.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova e o Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado).

## Primeira Turma Suplementar

Numeração única: 0009057-53.2000.4.01.3500

Apelação Cível 2000.35.00.009097-9/GO

Relator: Juiz Federal Márcio Luiz Coêlho de Freitas (convocado)  
Apelante: Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia do Estado de Goiás – Creago  
Advogados: Dr. Divino Terenco Xavier e outros  
Apelada: Associação Goiana de Medicina do Trabalho – AGOMT  
Advogados: Dr. Flávio Rodrigues Godinho e outros  
Publicação: e-DF1 de 16/11/2012, p. 1.055

### Ementa

*Processual Civil e Administrativo. Plano de Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho – PPRA. Elaboração por médicos do trabalho. Possibilidade. Apelação improvida*

I. A teor do art. 200 da CLT, cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, estabelecer normas complementares sobre medidas de prevenção de acidentes.

II. A Norma Regulamentadora 9 da Secretaria de Segurança e Saúde do Trabalho, ligada ao Ministério do Trabalho e Emprego, dispõe em seu item 9.3.1.1 que “a elaboração, implementação, acompanhamento e avaliação do PPRA poderão ser feitas pelo Serviço Especializado em Engenharia e em Medicina do Trabalho – SESMT ou por qualquer pessoa ou equipe de pessoas que, a critério do empregador, sejam capazes de desenvolver o disposto nesta”

III. A elaboração do PPRA é atividade multidisciplinar, podendo ser feita por profissional de engenharia, medicina ou, ainda, qualquer pessoa ou equipe de pessoas que detenha qualificação hábil a desenvolver o PPRA, a critério do empregador, não havendo qualquer exigência no sentido de que o responsável deverá ter formação profissional exclusivamente em Engenharia do Trabalho.

IV. Apelação e remessa, tida por interposta, improvidas.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, *negar provimento* à apelação e à remessa, tida por interposta.

1ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 06/11/2012.

Juiz Federal Márcio Luiz Coêlho de Freitas, relator convocado.

### Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Luiz Coêlho de Freitas: — Cuidam os autos de remessa necessária, tida por interposta, e apelação do Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia do Estado de Goiás – CREA/GO contra sentença proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás que concedeu a segurança pleiteada pela Associação Goiana de Medicina do Trabalho – AGOMT e determinou ao CREA/GO

[...] a suspensão dos atos de fiscalização e de execução das autuações realizadas junto aos associados da Impetrante, pelo menos enquanto a Delegacia Regional do Trabalho aceitar,

administrativamente, a subscrição do PPRA pelos profissionais do trabalho associados à impetrante.

Em suas razões, a apelante sustenta, em síntese, que a elaboração, implementação, acompanhamento e avaliação dos Programas de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA é exclusiva dos engenheiros de segurança do trabalho, nos termos da Lei 5.194/1966 e Decreto 92.530/1986, daí a legalidade da fiscalização exercida e conseqüente lavratura dos autos de infração quando não for verificada a presença de um Engenheiro de Segurança do Trabalho na confecção dos PPRA.

Com as contrarrazões (177-179), subiram os autos a esse e. Tribunal.

Nesta instância, a Procuradoria Regional da República opinou pelo não provimento da apelação e da remessa oficial (fls. 200-203).

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Luiz Coêlho de Freitas:* — A Associação Goiana de Medicina do Trabalho – AGOMT impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente do CREA/GO visando a suspensão imediata da fiscalização empreendida pelo impetrado sobre os Programas de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRAs elaborados pelos seus associados que, por sua vez, estavam sendo autuados sob o fundamento de que tal mister é de competência exclusiva dos engenheiros de segurança do trabalho, o que foi deferido pelo juízo monocrático.

Discute, portanto, se a elaboração de PPRAs é exclusiva do profissional da área de engenharia ou se pode ser feito por outro profissional e, ainda, a quem compete sua fiscalização.

A CLT ao tratar da segurança e medicina do trabalho assim dispõe em seus arts. 155, 156, 162 e 200 que é da competência dos órgãos ligados ao Ministério do Trabalho a normatização e a fiscalização das atividades ligadas à segurança e medicina do trabalho, *verbis*:

Art. 154 - A observância, em todos os locais de trabalho, do disposto neste Capítulo, não desobriga as empresas do cumprimento de outras disposições que, com relação à matéria, sejam incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos, bem como daquelas oriundas de convenções coletivas de trabalho.

[...]

Art. 156 - Compete especialmente às Delegacias Regionais do Trabalho, nos limites de sua jurisdição:

I. promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho;

II. adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias;

III - impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do art. 201.

[...]

Art. 162 - As empresas, de acordo com normas a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, estarão obrigadas a manter serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho.

Parágrafo único - As normas a que se refere este artigo estabelecerão:

a) classificação das empresas segundo o número de empregados e a natureza do risco de suas atividades;

b) o número mínimo de profissionais especializados exigido de cada empresa, segundo o grupo em que se classifique, na forma da alínea anterior;

c) a qualificação exigida para os profissionais em questão e o seu regime de trabalho;

d) as demais características e atribuições dos serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho, nas empresas.

[...] Art. 200 - Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este Capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre:

I. medidas de prevenção de acidentes e os equipamentos de proteção individual em obras de construção, demolição ou reparos;

II. depósitos, armazenagem e manuseio de combustíveis, inflamáveis e explosivos, bem como trânsito e permanência nas áreas respectivas;

III. trabalho em escavações, túneis, galerias, minas e pedreiras, sobretudo quanto à prevenção de explosões, incêndios, desmoronamentos e soterramentos, eliminação de poeiras, gases, etc. e facilidades de rápida saída dos empregados;

IV. proteção contra incêndio em geral e as medidas preventivas adequadas, com exigências ao especial revestimento de portas e paredes, construção de paredes contra-fogo, diques e outros anteparos, assim como garantia geral de fácil circulação, corredores de acesso e saídas amplas e protegidas, com suficiente sinalização;

V. proteção contra insolação, calor, frio, umidade e ventos, sobretudo no trabalho a céu aberto, com provisão, quanto a este, de água potável, alojamento profilaxia de endemias;

VI. proteção do trabalhador exposto a substâncias químicas nocivas, radiações ionizantes e não ionizantes, ruídos, vibrações e trepidações ou pressões anormais ao ambiente de trabalho, com especificação das medidas cabíveis para eliminação ou atenuação desses efeitos limites máximos quanto ao tempo de exposição, à intensidade da ação ou de seus efeitos sobre o organismo do trabalhador, exames médicos obrigatórios, limites de idade controle permanente dos locais de trabalho e das demais exigências que se façam necessárias;

VII - higiene nos locais de trabalho, com discriminação das exigências, instalações sanitárias, com separação de sexos, chuveiros, lavatórios, vestiários e armários individuais, refeitórios ou

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral e o Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado).

condições de conforto por ocasião das refeições, fornecimento de água potável, condições de limpeza dos locais de trabalho e modo de sua execução, tratamento de resíduos industriais;

VIII - emprego das cores nos locais de trabalho, inclusive nas sinalizações de perigo.

Parágrafo único - Tratando-se de radiações ionizantes e explosivos, as normas a que se referem este artigo serão expedidas de acordo com as resoluções a respeito adotadas pelo órgão técnico.

Por essa razão, a Secretaria de Segurança e Saúde do Trabalho, ligada ao Ministério do Trabalho e Emprego, expediu a Norma Regulamentadora 9 que em seu item 9.3.1.1 dispõe que

*[...] a elaboração, implementação, acompanhamento e avaliação do PPRA poderão ser feitas pelo Serviço Especializado em Engenharia e em Medicina do Trabalho – SESMT ou por qualquer pessoa ou equipe de pessoas que, a critério do empregador, sejam capazes de desenvolver o disposto nesta NR.*

Da própria dicção do texto normativo, verifica-se que a atividade necessária à elaboração do PPRA é multidisciplinar, podendo ser feita por profissional de engenharia, medicina ou, ainda, qualquer pessoa ou equipe de pessoas que detenha qualificação hábil a desenvolver o PPRA, a critério do empregador, não havendo qualquer exigência no sentido de que o responsável deverá ter formação profissional exclusivamente em Engenharia do Trabalho como pretende o apelante.

Desse modo, a fiscalização empreendida pelo CREA/GO é abusiva e ilegal, a uma, porque lhe falece competência para tanto, vez que não juntou aos autos convênio com o Ministério do Trabalho que lhe delegasse tal atribuição, nos termos do art. 159 da CLT; a duas, porque estabeleceu restrição que o ordenamento em questão não fixou.

Neste sentido, confira-se o seguinte julgado do e. TRF da 2ª Região:

*Administrativo. Embargos a execução fiscal. Programa de Prevenção de Riscos Ambientais elaborado por médico do Trabalho. Regularidade. Norma Regulamentadora 9 (NR-9) do Ministério do Trabalho. Portaria 3.214, de 08/06/1978, do Ministério do Trabalho. 1) Em questão a possibilidade de médico do trabalho elaborar o chamado “Programa de Prevenção de Riscos Ambientais” (PPRA). De um lado, entende o CREA que tal função é privativa de engenheiro de segurança do trabalho, tese acolhida pelo decism. O fundamento legal de tal entendimento é o art. 4º da Resolução 437 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA, datada de 27/11/99. 2) Noutro eito, entende o empresário atuado, ora apelante, que tal atribuição não é privativa do engenheiro de segurança do trabalho, podendo também ser exercida pelo médico do trabalho. O fundamento legal de tal tese é o art. 195, da CLT, bem como o item 9.3.1.1 da Norma Regulamentadora 9 (NR-9), relativa à Portaria n. 3.214, de 08/06/78, do MT. 3) O recurso merece prosperar, a uma porque o art. 4º da Resolução 437 do CONFEA em momento algum menciona que as atribuições ali elencadas ostentam caráter de privatividade; e, a duas, porque o item 9.3.1.1 da Norma Regulamentadora 9 (NR-9), relativa à Portaria n. 3.214, de 08/06/78, do Ministério do Trabalho – argumento não infirmado pelo Conselho recorrido, em suas contra-razões –, é claro ao permitir que o PPRA seja elaborado não necessariamente por engenheiro, como se depreende dos termos expressos daquela norma: “9.3.3.1 – a elaboração, implementação, acompanhamento e avaliação do PPRA poderão ser feitos pelo Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho – SESMT ou por pessoa ou equipe de pessoas que, a critério do empregador, sejam capazes de desenvolver o disposto nesta NR”. Forçoso concluir, portanto, pela inexistência de exercício ilegal da profissão, por parte do profissional encarregado de elaborar o PPRA do empresário atuado, na espécie. 4) Dou provimento ao recurso*

(TRF 2, AC 200650050001174, rel. Des. Federal Poul Erik Dyrlund, Oitava Turma Especializada, DJU de 1º/07/2008, p. 221.)

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação e à remessa necessária, tida por interposta.

É como voto.

## Primeira Turma Suplementar

Numeração única: 0024458-14.2003.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2003.01.00.030907-8/BA

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)  
Agravante: Fazenda Nacional  
Procuradora: Dra. Acácia Maria Souza Costa  
Agravados: Dr. Itapoan Transportes Triunfo Ltda. e outros  
Advogados: Dr. João Batista Nunes e outros  
Publicação: e-DJF1 de 17/12/2012, p. 655

## Ementa

*Tributário. Execução fiscal. Empresa concessionária de serviço de transporte coletivo urbano. Contrato. Redirecionamento contra autarquia municipal. Omissão de dever legal de exigência de certidão negativa de débitos. Arts. 47 e 48 da Lei 8.212/1991. Agravo a que se nega provimento.*

I. Quanto à matéria de fato, os documentos de fls. 105–108, extraídos do banco de dados do INSS, demonstram que a CND emitida em relação à agravada datou de 21/05/1998, enquanto que o Termo de Permissão para Exploração de Serviço Regular de Transporte foi avençado em 1º/11/1996, o que prova que a autarquia do Município de Salvador/BA não exigiu da permissionária o documento comprobatório da inexistência de débitos relativos a contribuições sociais no momento da contratação, conforme determina o art. 47 da Lei 8.212/1991.

II. Quanto à questão de direito objeto do presente recurso, tanto a Primeira quanto a Segunda Turma do colendo STJ, já se posicionaram sobre a questão: “O contratante que não exige a CND do contratado torna-se solidariamente responsável para com o mesmo face o cumprimento das obrigações tributárias inerentes à seguridade social (arts. 47 e 48 da Lei 8.212/1991)” (REsp 819.023/BA, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/08/2007, DJ 1º/10/2007, p. 222). “Incide, de fato, o disposto no art. 48 da Lei 8.212/1991, a saber: A prática de ato com inobservância do disposto no artigo anterior, ou o seu registro, acarretará a responsabilidade solidária dos contratantes e do oficial ou registrar o instrumento, sendo o ato nulo para todos os efeitos.” (REsp 800.685/BA, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009).

III. Agravo provido para determinar a citação da Superintendência de Transporte Público do Município de Salvador – STP, nos termos dos arts. 47 e 48 da Lei 8.212/1991.

## Acórdão

Decide a Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral, dar provimento ao agravo de instrumento.

1ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 08/10/2012.

Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio, relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do juiz de origem que nos autos da execução fiscal, indeferiu o pedido do agravante para que a Superintendência de Transporte Público do Município de Salvador/BA fosse incluída no pólo passivo da lide como corresponsável.

Nafase do art. 527, V, foi deferida antecipadamente a pretensão recursal, determinando-se a citação da autarquia municipal.

Contra minuta ofertada pela agravada.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — Conforme relatado, trata-se de agravo

de instrumento interposto contra decisão do juiz de origem que nos autos da execução fiscal, indeferiu o pedido do agravante para que a Superintendência de Transporte Público do Município de Salvador/BA fosse incluída no pólo passivo da lide como corresponsável, pois não restou provado que não fora exigido da permissionária a necessária CND, nos termos dos arts. 47 e 48 da Lei 8.212/1991.

Art. 47. É exigida Certidão Negativa de Débito-CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos:

I - da empresa:

a) na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou crédito concedido por ele;

Art. 48. A prática de ato com inobservância do disposto no artigo anterior, ou o seu registro, acarretará a responsabilidade solidária dos contratantes e do oficial que lavrar ou registrar o instrumento, sendo o ato nulo para todos os efeitos.

Analisando, prova produzida no agravo, decidiu a então relatora Des. Federal Maria do Carmo Cardoso (fl. 146):

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral e o Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Luiz Coêlho de Freitas (convocado).

Todavia, como nos autos do presente recurso a agravante juntou documentos que comprovam a expedição de Certidões Negativas de Débitos somente em datas posteriores ao implemento do contrato de concessão (fls.105–108), entendendo estarem satisfeitas as condições do permissivo legal acima mencionado, no sentido de autorizar a habilitação da execução contra a autarquia devedora.

Assim, quanto à matéria fática, efetivamente, os documentos de fls. 105–108, extraídos do banco de dados do INSS, demonstram que a CND emitida em relação à agravada datou de 21/05/1998, enquanto que o Termo de Permissão para Exploração de Serviço Regular de Transporte foi avençado em 1º/11/1996, o que prova que a autarquia do município de Salvador-BA não exigiu da permissionária o documento comprobatório da inexistência de débitos relativos a contribuições sociais no momento da contratação, conforme determina o art. 47 da Lei 8.212/1991.

Quanto à questão de direito objeto do presente recurso, tanto a Primeira quanto a Segunda Turma do Colendo STJ, já se posicionaram sobre a questão:

*Tributário. Recurso especial. Execução fiscal. Empresa concessionária de serviço de transporte coletivo urbano. Contrato. Redirecionamento contra autarquia municipal. Omissão de dever legal de exigência de certidão negativa de débitos. Arts. 47 e 48 da Lei 8.212/1991.*

1. O contratante que não exige a CND do contratado torna-se solidariamente responsável para com o mesmo face o cumprimento das obrigações tributárias inerentes à seguridade social (arts. 47 e 48 da Lei 8.212/1991). (Precedente: Resp 819.023/BA, rel. Min. Luiz Fux, DJ 1º/10/2007) 2. Incide, de fato, o disposto no art.48 da Lei 8.212/1991, a saber: A prática de ato com inobservância do disposto no artigo anterior, ou o seu registro, acarretará a responsabilidade solidária dos contratantes e do oficial ou registrar o instrumento, sendo o ato nulo para todos os efeitos.” 3. Recurso especial provido.

(REsp 800.685/BA, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009.)

*Tributário. Recurso especial. Execução fiscal. Contribuição social de empresa concessionária de serviço de transporte coletivo urbano. Redirecionamento contra autarquia municipal por*

*alegada omissão de dever legal de exigência de certidões. Arts. 47 e 48 da Lei 8.212/1991.*

I. O contratante que não exige a CND do contratado torna-se solidariamente responsável para com o mesmo face o cumprimento das obrigações tributárias inerentes à seguridade social (arts. 47 e 48 da Lei 8.212/1991).

II. A solidariedade legal imposta tem a sua juridicidade assentada no art. 124, inciso II, do CTN, lei complementar que, por seu turno, permite que a lei erija outros casos de co-responsabilidade além dos previstos no art. 135 da norma geral base, expungindo qualquer vício de inconstitucionalidade por ofensa ao art. 146, III, da Constituição Federal.

III. A ratio essendi do dispositivo assemelha-se a todos os casos de responsabilidade patrimonial secundária, in casu, a omissão ab origine, cuja prevenção evitaria o débito do responsável primário.

IV. Consectariamente, incide na causa sub judice, de forma inequívoca, o disposto nos arts. 47, I, a), primeira parte, e 48 da Lei 8.212/1991, *verbis*:

“Art. 47. É exigida Certidão Negativa de Débito-CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos: I - da empresa: a) na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou crédito concedido por ele;[...].” Art. 48. A prática de ato com inobservância do disposto no artigo anterior, ou o seu registro, acarretará a responsabilidade solidária dos contratantes e do oficial ou registrar o instrumento, sendo o ato nulo para todos os efeitos.”

V. *In casu*, a dívida a que se refere a execução ora em comento tem como competência os meses de agosto a dezembro de 1993, revelando-se posterior, portanto, à assinatura do contrato firmado entre a STP e a Empresa Liberdade de Transportes Ltda, que ocorreu em dezembro de 1992.

VI. Recurso especial provido.

(REsp 819.023/BA, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/08/2007, DJ 01/10/2007, p. 222.)

Nesses termos, confirmando a decisão de fls. 146–147, dou *provimento ao agravo* para determinar a citação da Superintendência de Transporte Público do Município de Salvador/STP, nos termos dos arts. 47 e 48 da Lei 8.212/1991.

É o voto.

## Segunda Turma Suplementar

Numeração única: 0008487-94.2001.4.01.3900

Apelação Cível 2001.39.00.008509-8/PA

Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)  
 Apelante: Allan Marcel Warwa Teixeira  
 Advogados: Dr. Talisman Secundino de Moraes Senior e outros  
 Apelado: União Federal (Marinha)  
 Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero  
 Publicação: e-DJF1 de 13/12/2012, p. 260

### Ementa

*Constitucional e Administrativo. Militar. Demissão. Menos de cinco anos de oficialato. Posse em cargo inacumulável. Indenização pelo não cumprimento de período de serviço obrigatório. Art. 116 e 117 da Lei 6.880/1980. Despesas custeadas na preparação e formação. Constitucionalidade e legalidade.*

I. A Lei 9.297/1996, que deu nova redação ao art. 117 da Lei 6.880/1980, prevendo a indenização pelas despesas com a formação, preparação ou aperfeiçoamento do militar foi expressamente estendida a todas as espécies de demissão do servidor da referida carreira.

II. Realizado curso de formação e não cumprido o período de carência de cinco anos de oficialato, conforme previsto no art. 116, II, e seu §1º, c, da Lei 6.880/1980, a indenização é devida, não havendo inconstitucionalidade do dispositivo em comento, conforme dicção da Suprema Corte: “Militar: demissão ex officio por investidura em cargo ou emprego público permanente estranho à carreira: indenização das despesas com a formação e preparação do oficial, sem que hajam transcorridos, até a demissão e transferência pra a reserva, os prazos estabelecidos em lei (art. 117 do Estatuto dos Militares, cf. redação da Lei 9.297); arguição de inconstitucionalidade à qual não se reconhece a plausibilidade bastante a justificar a suspensão liminar da norma”. (STF, Tribunal Pleno, MCADI 1.626-1, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26/09/1997).

III. A lei que regula o licenciamento do militar é aquela vigente na data do desligamento e não na data do ingresso no serviço público.

IV. “O oficial que faz curso a expensas da Administração com duração superior a dezoito meses, somente pode obter a demissão a pedido após pagar indenização pelas despesas correspondentes ao curso que realizou.” (STJ, 3ª Seção, MS 7.728/DF, rel. Min. Felix Fischer, DJ 17/06/2002, p. 186).

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

2ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 31/10/2012.

Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho, relatora convocada.

### Relatório

A Exma Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Trata-se de apelação por interposta pelo requerido buscando a reforma da sentença que julgou procedente ação de cobrança ajuizada pela União para condená-lo a restituir o valor de R\$ 22.659,65 aos cofres

públicos, com correção desde a data do desligamento e juros de 0,5% ao mês a partir da citação.

O apelante sustenta violação ao art. 5º da CF, que preserva o direito adquirido e veda distinção de qualquer natureza, considerando que ingressou nas forças armadas em 1989 e a alteração legislativa promovida pela Lei 9.297/1996, que passou a exigir a indenização é superveniente e não pode retroagir.

Sustenta inconstitucionalidade da Lei referida, ao argumento de que a posterior edição da EC 18/1998 não tem o condão de convalidar norma inconstitucional no momento da edição.

Alega que a União não comprovou o valor exato da importância gasta na sua formação, sendo insuficiente a planilha de fl. 35, de produção unilateral. Argumenta que deveria ser conferido ao militar o direito de discutir administrativamente o valor.

Acrescenta que sobre o fato de permanecer vinculado à Marinha, podendo ser convocado a qualquer momento para o posto antes ocupado não mereceu qualquer apreciação na sentença, reportando-se à defesa apresentada na contestação.

Recebido o recurso, em ambos os efeitos, vieram os autos a esta Corte, com as contrarrazões respectivas.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho:* — A obrigação de indenizar os Comandos Militares em razão de prematura licenciamento de militar que tenha realizado curso a custa da sua Força Armada é indiscutível, conforme reiterados julgados deste Tribunal, dos quais, exemplificativamente, destaco:

*Administrativo. Militar. Desmissão ex officio. Curso de especialização. Indenização pelo não cumprimento de período de serviço obrigatório. Arts. 116 e 117 da Lei 6.880/1980. Valor do ressarcimento proporcionalmente ao tempo de serviço ativo prestado após a conclusão do curso. Fixação quando da liquidação do julgado.*

I. Vindo a lume a Lei 9.297/1996, que deu nova redação ao art. 117 da Lei 6.880/1980, a indenização pelas despesas com a formação, preparação ou aperfeiçoamento do militar foi expressamente estendida a todas as espécies de demissão do servidor da referida carreira. Se ocorrido o desligamento no ano de 1997, correta se apresenta a demissão ex officio realizada com fulcro no aludido dispositivo legal, mesmo que se tenha concluído o curso anteriormente à inovação legal.

II. Resta claro o dever de ressarcir o erário do servidor militar que, aluno de curso ou estágio superior a 18 meses, não cumpre o período de carência de 5 anos de oficialato, conforme previsto no art. 116, II, e seu §1º, c, da Lei 6.880/1980, independentemente do fato de ter realizado seus estudos em instituição pública gratuita, pois a corporação investiu na sua formação, assegurando-

lhe, no mínimo, a remuneração integral de seu posto. Precedentes do STJ e desta eg. Corte.

III. Se os valores apresentados à cobrança a título de indenização pelo não cumprimento da carência mínima prevista não permitem aferir a forma como apurados, remenda-se sua liquidação em fase própria.

IV. Apelação e remessa oficial a que se dá parcial provimento.

(AC 2000.01.00.061800-8/BA, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, Primeira Turma, e-DJF1, p. 6 de 27/01/2009.)

*Administrativo. Militar. Oficial do Exército. Curso de aperfeiçoamento. Desligamento dos quadros das forças armadas. Ingresso no Serviço Público Federal. Indenização ao erário pela formação. Lei 6.880/1980, art. 116, §1º, c.*

I. A teor do disposto no art. 116, II, e § 1º, alínea c, da Lei 6.880/1980, o oficial das Forças Armadas que tenha realizado curso de aperfeiçoamento, de duração superior a 18 (dezoito) meses, somente pode ser demitido a pedido, sem o pagamento de indenização pelas despesas correspondentes à sua formação, depois de decorrido o prazo de cinco anos, como oficial, hipótese não configurada, no caso.

II. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal.

III. Sentença reformada.

IV. Apelação e remessa oficial providas, para julgar improcedente o pedido.

(AC 2004.36.00.005584-3/MT, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, e-DJF1, p. 289, de 18/02/2008)

*Administrativo. Processual Civil. Ação cautelar. Militar. Posse em cargo público civil. Curso de graduação no IME. Duração superior a 18 meses. Dever de indenizar as despesas realizadas. Inaplicabilidade de legislação pretérita. Ausência da plausibilidade do direito à exclusão do nome do rol de devedores.*

I. O oficial do Exército que cursou a graduação em Engenharia no Instituto Militar de Engenharia - IME, e posteriormente, foi empossado no cargo de Analista de Finanças do Ministério da Fazenda, tendo sido demitido "ex officio", deve indenizar a União quanto às despesas realizadas com o referido curso, já que este teve duração superior a 18 meses e não havia transcorrido cinco anos do seu término, nos termos da Lei 6.880/1980, art. 116, § 1º letra "c" c/c art. 117, com a redação dada pela Lei 9.297/1996, vigente à época da posse no cargo público civil. Inaplicável a legislação vigente à época em que o militar iniciou o curso de engenharia.

II. Ausente a plausibilidade do direito à exclusão do nome do militar do rol dos devedores inadimplentes da Fazenda Pública, em razão do dever de indenizar.

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto e o Exmo. Sr. Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado).



III. Determinada a retificação da autuação para dela constar a remessa oficial regularmente interposta.

IV. Apelação e remessa oficial providas.

(AC2000.01.00.085171-0/MG, rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ, p. 16, de 04/12/2006.)

No mesmo sentido, colhe-se do repertório jurisprudencial do eg. STJ: “O oficial que faz curso a expensas da Administração com duração superior a dezoito meses, somente pode obter a demissão a pedido após pagar indenização pelas despesas correspondentes ao curso que realizou.” (STJ, 3ª Seção, MS 7.728/DF, rel. Min. Felix Fischer, DJ 17/06/2002, p. 186).

Tal entendimento decorre das literais disposições do Estatuto dos Militares, a Lei 6.880/1980, *verbis*:

Art. 116 A demissão a pedido será concedida mediante requerimento do interessado:

I. sem indenização aos cofres públicos, quando contar mais de 5 (cinco) anos de oficialato, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo; e

II. com indenização das despesas feitas pela União, com a sua preparação e formação, quando contar menos de 5 (cinco) anos de oficialato.

§ 1º A demissão a pedido só será concedida mediante a indenização de todas as despesas correspondentes, acrescidas, se for o caso, das previstas no item II, quando o oficial tiver realizado qualquer curso ou estágio, no País ou no exterior, e não tenham decorrido os seguintes prazos:

a) 2 (dois) anos, para curso ou estágio de duração igual ou superior a 2 (dois) meses e inferior a 6 (seis) meses;

b) 3 (três) anos, para curso ou estágio de duração igual ou superior a 6 (seis) meses e igual ou inferior a 18 (dezoito) meses;

c) 5 (cinco) anos, para curso ou estágio de duração superior a 18 (dezoito) meses.

§ 2º O cálculo das indenizações a que se referem o item II e o parágrafo anterior será efetuado pelos respectivos Ministérios.

§ 3º O oficial demissionário, a pedido, ingressará na reserva, onde permanecerá sem direito a qualquer remuneração. O ingresso na reserva será no mesmo posto que tinha no serviço ativo e sua situação, inclusive promoções, será regulada pelo Regulamento do Corpo de Oficiais da Reserva da respectiva Força.

§ 4º O direito à demissão a pedido pode ser suspenso na vigência de estado de guerra, estado de emergência, estado de sítio ou em caso de mobilização.

Art. 117. O oficial da ativa que passar a exercer cargo ou emprego público permanente, estranho à

sua carreira e cuja função não seja de magistério, será, imediatamente, mediante demissão *ex officio*, transferido para a reserva, onde ingressará com o posto que possuía na ativa e com as obrigações estabelecidas na legislação que trata do serviço militar, não podendo acumular qualquer provento de inatividade com a remuneração do cargo ou emprego público permanente. (*redação original*)

Art. 117. O oficial da ativa que passar a exercer cargo ou emprego público permanente, estranho à sua carreira, será imediatamente demitido *ex officio* e transferido para a reserva não remunerada, onde ingressará com o posto que possuía na ativa e com as obrigações estabelecidas na legislação do serviço militar, *obedecidos os preceitos do art. 116 no que se refere às indenizações*.

Não restando dúvidas, portanto, quanto à legitimidade da indenização, para o deslinde da questão.

No caso específico, todavia, necessário examinar se a parte autora, em face da inovação legislativa dada pela Lei 9.297/1996 ao art. 117 – *in fine* – tem direito adquirido ao regime legal vigente na data da conclusão do curso e, assim, estaria dispensado de indenizar, por ser determinante a Lei vigente ao tempo do ingresso na força e não aquela em vigor no momento da demissão. Entendo, data vênua, que prevalece a lei vigente ao tempo em que o militar foi demitido, uma vez que não há direito adquirido a regime jurídico vigorante ao tempo do ingresso no serviço público.

Por isso, o licenciamento do militar para o exercício de cargo público inacumulável, ainda que incorporado à vida castrense na vigência da redação original do art. 117 da Lei 6.880/1980, é regido pela legislação vigente na data do licenciamento.

Tendo a parte autora realizado do ingresso até 1998, por mais de 18 meses, está obrigado a permanecer nas fileiras da Marinha por 5 (cinco) anos, ou de indenizar as “despesas feitas pela União, com a sua preparação e formação”.

No sistema jurídico pátrio a lei nova terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei 4.657/1942). No caso, não havia integrado o patrimônio do autor o direito à não indenizabilidade, dado que a Lei passou a vigor no curso da prestação dos serviços e realização dos cursos. Portanto, não há ofensa ao postulado constitucional do direito adquirido.

Consideram-se adquiridos os direitos que o seu titular possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

O direito adquirido é espécie de direito subjetivo definitivamente incorporado ao patrimônio jurídico do titular (já consumado ou não), imediatamente exigível.

A previsão de que o oficial da ativa que passar a exercer cargo ou emprego público permanente, estranho à sua carreira, está sujeito aos preceitos do art. 116 no que se refere às indenizações alcança a todos aqueles que se encontram prestando serviço ativo e se enquadre em qualquer das hipóteses do §1º do art. 116, independentemente da data de incorporação.

Pensar-se diferente é negar vigência a lei e assegurar ao recorrido determinado regime jurídico, o que vai de encontro ao entendimento da Suprema Corte.

Nesse sentido:

[...] não tem o servidor público, seja ele civil ou militar, direito adquirido à manutenção de determinado estatuto ou regime jurídico, sendo indiscutível, na doutrina ou na jurisprudência, que a Administração não firma contrato com seus servidores, mas estabelece, unilateralmente, regime estatutário legal, motivo por que pode, por meio de lei superveniente, alterar as condições de serviço e remuneração, valendo-se da discricionariedade de sua atuação.”

(AC 2000.37.01.000075-8/MA, rel. Des. Federal Francisco de Assis Betti, Segunda Turma, e-DJF1 p. 108 de 02/06/2008)

*Mandado de segurança preventivo. Militar. Demissão a pedido logo após a conclusão do Instituto Tecnológico da Aeronáutica - ITA. Indenização. Cabimento.*

I. O mandado de segurança preventivo reclama fato concreto atribuível à autoridade apontada como coatora e autorizativo da afirmação do perigo de lesão de direito, que em nada se identifica com a simples afirmação de que o Diretor do Parque de Material Aeronáutico de Recife emitirá parecer desfavorável que será acolhido pelo Comandante da Aeronáutica.

II. É indubitável, como expressão positiva de autêntico imperativo ético, ante a renúncia a uma vocação pressuposta nos que aspiram ao oficialato nas Forças Armadas e galgam os degraus da ascensão às Escolas Militares, o dever de indenizar as despesas do Estado com a preparação e a formação dos oficiais, tanto quanto as despesas dos cursos que fizerem no país ou no exterior, à luz, sobretudo, da letra do artigo 116, inciso II e § 1º do Estatuto dos Militares.

III. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no MS 12.676/DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ-e 11/03/2008.)

No que concerne à alegação de inconstitucionalidade, não bastasse a suficiência

dos fundamentos postos na sentença que adoto integralmente, de ver-se, ainda, que o § 3º do art. 42 da CF, em sua redação original, não foi vulnerado pela exigência ora em discussão, que consagrava regra decorrente do próprio sistema jurídico pois se trata de materialização do dever de indenizar não somente imposto à Administração mas também ao servidor.

O acréscimo, nos termos da lei, não permite concluir que antes do seu advento estava o administrador cerceado do poder-dever de exigir a indenização pelos custos não revertidos em prol do Serviço Público Militar. O legislador constituinte passou a prever a necessidade, clara, de lei ordinária para definição do *modus faciendi*. Nada mais.

Ademais, quando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.626-1, o plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu a medida acolhendo o voto do rel. Min. Sepúlveda Pertence, sinalizando assim pela constitucionalidade do art. 117 da Lei 6.880/1980, com a redação dada pela Lei 9.297/1996, refutando as alegações do requerente quanto à garantia do direito à liberdade e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, nos seguintes termos:

O que se impugna, pois, é a extensão, à hipótese de demissão ex officio do art. 117, do regime de indenizações antes restrito, nos termos do art. 116, à demissão a pedido, a existir inconstitucionalidade na exigência da indenização, ela abrangeria ambas as hipóteses: é que, se é certo que independe de requerimento, a demissão ex officio, entretanto, é consequência de um ato de vontade, qual seja a assunção de cargo público civil, ao qual o art. 42, § 2º, da Constituição, imputa a compulsória transferência para a reserva. Se ambas, a demissão a pedido como a demissão ex officio resultam afinal de uma opção voluntária do servidor militar, o que seria desarrazoado é só exigir a indenização apenas na primeira hipótese.

Existe uma diferença entre os dois casos: na demissão ex officio, o militar deixa a caserna para prestar serviços à administração pública, onde lhe podem ser eventualmente úteis os conhecimentos adquiridos na formação militar.

A circunstância, entretanto, não elide a razoabilidade das indenizações questionadas, uma vez que, de regra, o Estado não custeia a preparação dos cidadãos para o serviço público civil, salvo os casos em que esta preparação específica requer a prévia seleção dos candidatos, mediante concurso público.

Assim restou ementado o v. acórdão:

I. Ação direta de inconstitucionalidade: partidos políticos: legitimação ativa que não

depende do requisito da pertinência temática: precedentes.

II. Militar: demissão ex officio por investidura em cargo ou emprego público permanente estranho à carreira: indenização das despesas com a formação e preparação do oficial, sem que hajam transcorridos, até a demissão e transferência para a reserva, os prazos estabelecidos em lei (art. 117 do Estatuto dos Militares, cf. redação da L. 9.297); arguição de inconstitucionalidade à qual não se reconhece a plausibilidade bastante a justificar a suspensão liminar da norma. (STF, Tribunal Pleno, MCADI 1.626-1, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26/09/1997).

E mais, como definiu o eg. STJ: “É indubitoso, como expressão positiva de autêntico imperativo ético, ante a renúncia a uma vocação pressuposta nos que aspiram ao oficialato nas Forças Armadas e galgam os degraus da ascensão às Escolas Militares, o dever de indenizar as despesas do Estado com a preparação e a formação dos oficiais, tanto quanto as despesas dos cursos que fizerem no País ou no exterior, à luz, sobretudo, da letra do art. 116, inciso II e § 1º do

Estatuto dos Militares”. (STJ, 3ª Seção, AgRMS 12.676/DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 11/03/2008).

A possibilidade de convocação do autor, por estar na reserva não remunerada, não é hipótese legal ou extralegal de exclusão de sua responsabilidade indenizatória, pois caso configurada a situação de prestação de serviço militar por convocação extraordinária haverá a devida compensação financeira por parte da administração militar. As hipóteses são distintas e não se excluem.

Por fim, quanto à apuração dos valores, sabe-se que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, de forma que cabia ao autor demonstrar a imprecisão dos cálculos e não a simples alegação genérica de que incorretos. Nesta ação, de amplo espectro probatório, poderia ter demonstrado, com facilidade, por meio de prova técnica – inclusive, que o valor não é representativo do custo, todavia limitou à impugnar abstratamente sem apontar erro nos cálculos apresentados. Aplicação do art. 333, I, do CPC.

Isso posto, *nego* provimento à apelação.

## Terceira Turma Suplementar

Numeração única: 0033900-14.1997.4.01.0000

Apelação Cível 1997.01.00.041471-9/PA

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu (convocada)  
 Apelante: Maria Teresa de Jesus Salgado Pampolha  
 Advogado: Dr. José Epifânio de Souza  
 Apelada: União Federal  
 Procurador: Dr. Amaury José de Aquino Carvalho  
 Publicação: e-DJF1 de 30/11/2012, p. 1.326

## Ementa

*Administrativo. Processo Administrativo disciplinar. Servidor público federal. Demissão. Servidora não denunciada em ação penal. Possibilidade de responsabilização administrativa. Lei 1.711/1925. Infrações de natureza grave devidamente comprovadas em processo administrativo. Proporcionalidade.*

I. O fato de a autora não ter sido denunciada pelo Ministério Público em ação penal, em nada influencia a apuração dos fatos e aplicação de penalidade na seara administrativa, vez que a Lei 1.711/1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União vigente à época –, já previa, em seu art. 200, que “as cominações civis, penais e disciplinares poderão cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa”.

II. O controle judicial dos atos administrativos disciplinares deve ficar adstrito à verificação da existência dos fatos que deram ensejo à punição, bem como à correspondência entre o fato atribuído ao servidor e a sanção aplicada, à luz da legislação aplicável.

III. Apurou-se, em regular tramitação de processo administrativo disciplinar – PAD, que a conduta da autora – ocupante do cargo de agente administrativo, lotada na área de Tributação da Delegacia da Receita Federal em

Belém e, quando dos fatos, era chefe da Divisão de Tributação – infringiu os arts. 194, VI, 195, IV e IX, e 199, da Lei 1.711/1952, fato que culminou com sua demissão.

IV. A Comissão de Inquérito concluiu que a autora utilizou indevidamente o cargo, porquanto atuava em escritório de advocacia cujas atividades eram relacionadas ao cargo público ocupado e acelerava, no âmbito do Ministério da Fazenda, a tramitação dos processos nos quais, porventura, tinha interesse.

V. A falta praticada amolda-se perfeitamente à conduta expressamente vedada ao servidor público prevista no art. 195, inciso IV, da lei acima, qual seja, “*valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função*”, pelo que não há qualquer injustiça ou ilegalidade na aplicação da sanção demissional, visto que, de acordo com o art. 207, X, da Lei 1.711, os fatos capitulados subsumem-se às hipóteses de imposição da pena de demissão.

IV. Demonstrada a veracidade dos fatos que fundamentaram o ato administrativo questionado, bem como a correspondência entre os motivos e objeto do ato (demissão), descabido o pedido de reintegração.

VII. Apelação desprovida.

## Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação.

3ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 24/10/2012.

Juíza Federal *Adverci Rates Mendes de Abreu*, relatora convocada.

## Relatório

*A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu*: — Trata-se de apelação da autora – Maria Teresa de Jesus Salgado Pamplona em face da sentença (fls. 245–254) que julgou improcedente a ação, consistente na reintegração no cargo público que ocupava e do qual foi demitida, com ressarcimento de todos os direitos e vantagens concedidos à categoria no período de afastamento.

Em seu recurso (fls. 256–263), sustenta que as provas acusatórias constantes do inquérito administrativo são controversas, inverídicas e insuficientes, não podendo permanecer, portanto, como suporte legal do ato expulsivo de funcionária estável com 30 anos de serviço, com direitos assegurados na Constituição Federal.

A União apresentou contrarrazões.

É o relatório.

## Voto\*

*A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu*: — A autora, ora apelante, ex-servidora pública federal do quadro do Ministério da Fazenda, ajuizou a presente ação em 29/05/1985, objetivando seja

declarada a nulidade do ato demissório e determinada sua imediata reintegração.

Inicialmente, necessário esclarecer que, o fato de a autora não ter sido denunciada pelo Ministério Público em ação penal, em nada influencia a apuração dos fatos e aplicação de penalidade na seara administrativa, vez que a Lei 1.711/1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União vigente à época –, já previa, em seu art. 200, que “*as cominações civis, penais e disciplinares poderão cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa*”.

Conforme se extrai dos autos, após a instauração de processo administrativo disciplinar – PAD, a Comissão de Inquérito concluiu que a autora – ocupante do cargo de Agente Administrativo, lotada na área de Tributação da Delegacia da Receita Federal em Belém e, quando dos fatos, era chefe da Divisão de Tributação – infringiu os arts. 194, VI, 195, IV e IX, e 199, da Lei 1.711/1952, fato que culminou com sua demissão.

A demandante não apresenta impugnações relativas às formalidades do Pad, razão pela qual nada há de ser examinada sobre este aspecto do processo administrativo.

O controle judicial dos atos administrativos disciplinares deve ficar adstrito à verificação da existência dos fatos que deram ensejo à punição, bem como à correspondência entre o fato atribuído ao servidor e a sanção aplicada, à luz da legislação aplicável.

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

Acerca dos motivos do ato administrativo, ensina Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade<sup>1</sup>.

Necessário, pois, para analisar a validade do ato impugnado, o exame da existência e da veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a demissão.

No caso dos autos, a Comissão de Inquérito, no relatório da fase instrutória, atestou o seguinte (fls. 82–83) :

I. Ao depor perante a Comissão, o Sr. Lourival Seabra Boulhosa disse: “o escritório de Dra. Teresa Pampolha, que de vez em quando os empregados desse escritório entregam guias na Agência de Breves, dizendo que é do escritório da Dra. Maria Teresa Pampolha, que a mesma lhe disse que o escritório não era dela” (item 39, fl. 69)

II. Depondo diante da Comissão, o Sr. Antônio Ramos da Silva disse ao lhe ser perguntado: “Quais os escritórios ou pessoas em Breves ou Belém, que cuidam do andamento desses processos dentro da Receita Federal? R: Conheço o escritório da Dra. Maria Teresa Pampolha situado na rua 13 de Maio...” (item 2, fl. 124)

III. Ao apresentar livre e espontaneamente para ser reinquirido, o Sr. Lourival Seabra Boulhosa afirmou: “Que as funcionárias da Receita Federal doutora Maria Teresa de Jesus Salgado Pampolha e... têm escritório que cuida de processos de incentivos à exportação. Conheci vários empregados delas que me procuravam em minha casa, tanto em Belém como aqui em Breves, para que eu visasse as guias de ressarcimento e fornecesse certidão negativa de contribuintes que estavam em débitos com a Fazenda Nacional”. (fl. 131)

[...]

V. O Sr. José Hudson Rodrigues Pinheiro, um dos sócios da empresa Tucano Ltda., diante

da Comissão, argumentou: “...utilizou os serviços do escritório do Sr. Adamor Pereira de Deus, este mais tarde, não querendo mais trabalhar com os processos de incentivos, indicou o escritório da Dra. Maria Teresa Pampolha...” “que, paga cinco por cento para o atual escritório, ...” (fl. 201) “que a pedido do escritório remetia as notas fiscais, guias de exportação, mapas e certidões negativas visadas pela Agência de Breves” (fl. 201) “que o referido escritório providenciava o que fosse necessário para instruir o processo, inclusive o carimbo do órgão da SRF de Breves, na guia de ressarcimento...” (fl. 201).

Além desses fatos, constatou-se que a servidora priorizou a tramitação de processos de ressarcimento do IPI em espécie de contribuintes do interior do Estado, em detrimento de contribuintes de Belém, bem como recepcionou e deu andamento de processos de ressarcimento do IPI de maneira irregular (fl. 85).

Ao final, restou comprovado que a autora utilizou indevidamente o cargo, porquanto atuava em escritório de advocacia cujas atividades eram relacionadas ao cargo público ocupado e acelerava, no âmbito do Ministério da Fazenda, a tramitação dos processos nos quais, porventura, tinha interesse.

Disponha o art. 202 da Lei 1.711/1952 que a aplicação da penalidade deve ser proporcional à natureza e à gravidade da infração, bem como aos danos que dela provieram para o serviço público.

No caso dos autos, a demissão imposta mostrou-se cabível e pertinente, vez que a que a falta administrativa praticada e regularmente apurada pela Administração amolda-se perfeitamente à conduta expressamente vedada ao servidor público prevista no art. 195, inciso IV, da lei acima, qual seja, “*valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função*”, cuja penalidade administrativa é a demissão. Fica evidenciado, pois, que restou guardada na aplicação da sanção a proporcionalidade com os reflexos negativos para o serviço público, advindos com a prática da conduta de tal natureza.

Assim, demonstrada a veracidade dos fatos que fundamentaram o ato administrativo questionado, bem como a correspondência entre os motivos e objeto do ato (demissão), indevido o pedido de reintegração.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

<sup>1</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 181-182.

## Quarta Turma Suplementar

Numeração única: 0020981-65.2003.4.01.3400

Apelação Cível 2003.34.00.020987-0/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)  
Apelante: Coopanest/GO – Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas de Goiás Ltda.  
Advogados: Dr. Vinícius Ribeiro de Figueiredo Teixeira e outros  
Apelado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade  
Procurador: Dr. Mauro César Santiago Chaves  
Publicação: e-DJF1 DE 12/11/2012, p. 88

### Ementa

*Administrativo e Processual Civil. Cade. Infração à ordem econômica (Lei 8.884/1994, art. 20). Tabelamento de preços de serviços médicos anestésistas. Não configuração de infração.*

I. Não configura infração à ordem econômica a simples recomendação para utilização da Tabela de Honorários Médicos, que apenas sugere aos profissionais os valores mínimos de honorários capazes de remunerar dignamente os serviços prestados, não contendo norma de conduta, nem conduzindo a “conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”. (AMS 1999.01.00.059757-6/DF, rel. Juiz Federal Daniel Paes Ribeiro, Terceira Turma Suplementar, DJ de 28/01/2002, p.132.)

II. É cabível a condenação da parte vencida para arcar com o pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, de acordo com os parâmetros estabelecidos no § 3º do mesmo artigo, bem como ao pagamento de custas processuais antecipadas pela parte-autora.

III. Dá-se provimento ao recurso de apelação.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

4ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 30/10/2012.

Juiz Federal *Rodrigo Navarro de Oliveira*, relator convocado.

### Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Rodrigo Navarro de Oliveira*: — Trata-se de recurso de apelação interposto pela Coopanest/GO – Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas de Goiás Ltda. contra sentença que julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade da decisão proferida nos autos do Processo Administrativo 08000-021738/96-92, por suposta infração à ordem econômica (formação de cartel), prevista nos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994.

A autora interpôs recurso de apelação, afirmando que a Lista de Referência de Honorários Médicos é editada pela Associação Médica Brasileira, não se podendo conceber como a apelante poderia determinar àquela que interrompesse sua edição. Aduz que cada profissional é apto para decidir o que lhe é mais conveniente em termos de celebração de convênios e de preços a serem praticados. Não há que se falar em uniformização de condutas e valores. Requer o provimento do recurso e a reforma da sentença.

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira: — Os arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994 definem as infrações à ordem econômica, *verbis*:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

Art. 21 - As seguintes condutas, além de outras, na medida que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração à ordem econômica:

[...]

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concentrada entre concorrentes

Consoante entendimento já manifestado nesta Corte, a simples recomendação dada pela apelante aos seus cooperados, para que utilizassem a Tabela de Honorários Médicos como parâmetro mínimo para remuneração dos serviços prestados, não pode ser considerada como prática limitadora da livre concorrência. Isso porque as tabelas são balizadoras dos preços praticados no setor médico e não tem caráter vinculativo.

Deve-se ressaltar que o balizamento dos honorários encontra respaldo na Resolução 89/1989 do Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, que preceitua:

Art. 1º - A contratação de serviços médicos praticados por pessoas físicas ou jurídicas, por empresas públicas ou privadas que atuam no Distrito Federal, na forma de credenciamento, convênio ou contrato, obedecerá os seguintes critérios:

[...]

e - os honorários obedecerão os valores fixados pela Tabela Nacional de Honorários Médicos, elaborada e aprovada pelas entidades médicas nacionais ( Associação Médica Brasileira, Fundação

Nacional dos Médicos e Conselho Federal de Medicina)

Art. 2º - O Responsável Técnico da pessoa jurídica ou a pessoa física do médico de ambas as partes devem providenciar o registro do contrato, convênio ou credenciamento no CRM - DF e respondem junto ao mesmo pela aplicação desta Resolução.

Assim, não há em que se falar em ilegalidade na conduta da recorrida. A utilização da tabela em si não configura infração à ordem econômica, enquanto se limite a orientar, sem qualquer poder de vinculação ou imposição, tendo em vista não é negado ao interessado nos serviços médicos o direito de escolha. Nesse sentido:

*Embargos à execução fiscal. Multa Imposta pelo Conselho de Defesa Econômica (CADE). Utilização da Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira (AMB). Infração ao art. 3º, incisos I e IV, da Lei 8.158/1991. Inocorrência.* I. Conselho de Defesa Econômica (CADE). Multa imposta a Laboratório Clínico por infração ao art. 3º, incisos I e IV, da Lei 8.158/1991. Utilização da Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira (AMB). Legitimidade. Não caracterização da infração imputada. Precedentes. II. Apelação provida.

(AC 0012850-77.1998.4.01.3400 / DF, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves, 6ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 236, de 18/01/2012.)

*Direito Econômico. Tabela de Honorários Médicos Mínimos elaborada por Associação de Médicos e Hospitais Privados. Caráter não vinculativo. Infração à Ordem Econômica não configurada.* I. A fixação de valores mínimos de honorários médicos por entidade representativa da classe profissional, em tabela não vinculativa, não configura infração à ordem econômica, por não se enquadrar nas hipóteses dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94. Precedentes: AMS 2002.34.00.014122-2/DF, relator Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (conv.), Sexta Turma, publ. DJ p.79 de 15/10/2007; AC 1999.34.00.005092-2/DF, relator Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (conv.), Sétima Turma, publ. e-DJF1 p.240 de 20/03/2009; AMS 1999.01.00.059757-6/DF, Rel. Juiz Daniel Paes Ribeiro, Terceira Turma Suplementar, DJ de 28/01/2002, p.132; AMS 1998.01.00.014517-7/DF, rel. Juiz Wilson Alves de Souza (conv), Terceira Turma Suplementar, DJ de 16/01/2003, p.100. II. Não se conforma à jurisprudência do Tribunal a pretensão do CADE de reformar a sentença que declarou nula decisão que aplicou multa à Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal - AMHPDF com base no art. 23 da Lei Antitruste, por suposta violação à ordem econômica. III. Apelação do CADE e remessa oficial improvidas.

(AC 0012607-70.1997.4.01.3400 / DF, rel. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo, 5ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 101, de 28/09/2011.)

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian e o Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado).

*Administrativo e Processual Civil. Cade. Infração à Ordem Econômica (Lei 8.884/1994, art. 20). Não configuração.*

I. Consoante disposto no art. 20 da Lei n. 8.884/94, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.

II. O art. 21 do mesmo diploma legal enumera as condutas caracterizadoras de infração da ordem econômica, “na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos”, entre as quais obter ou influenciar a adoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes (inciso II).

III. Não configura tal hipótese, todavia, simples recomendação para utilização da Tabela de Honorários Médicos, que apenas sugere aos profissionais os valores mínimos de honorários capazes de remunerar dignamente os serviços prestados, não contendo norma de conduta, nem conduzindo a “conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”.

IV. Sentença reformada.

V. Apelação provida, para conceder a segurança.

(AMS 1999.01.00.059757-6/DF, Juiz Federal Daniel Paes Ribeiro, rel. p/ acórdão, Terceira Turma Suplementar, DJ de 28/01/2002, p.132.)

*Administrativo e Processual Civil. Cade. Infração à Ordem Econômica (Lei 8.884/1994, art. 20). Não Configuração. Autoridade Coatora. Órgão Colegiado. Ilegitimidade ad Causam. Rejeição. Mandado de Segurança. Direito Líquido e Certo. Conceito. Fato certo, documentalmente comprovado. Prova pré-constituída.*

I. É admissível a indicação de órgão colegiado no pólo passivo da impetração de mandado de segurança. Nada obstante, se o ato vergastado é defendido tempestiva e oportunamente pelo próprio representante legal do órgão do qual emanou o ato, emerge sua qualidade de autoridade coatora responsável, conforme previsto na legislação que disciplina o mandado de segurança.

II. O direito líquido e certo é aquele que emerge de fato certo, documentalmente comprovado no momento da impetração.

III. Na forma do disposto nos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante, a exemplo da conduta de obter ou influenciar a adoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes (art. 21, inciso II).

IV. Não se subsume à hipótese legal mera orientação para utilização da Tabela de Honorários Médicos elaborada pela AMB, que apenas sugere aos profissionais os valores mínimos de honorários capazes de remunerar dignamente os serviços prestados, não contendo norma de conduta, muito menos capitulando qualquer sanção (precedentes do STJ e da 3ª Turma Suplementar).

V. Apelação e remessa improvidas. Sentença mantida.

(AMS 1998.01.00.014517-7/DF, rel. Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado), Terceira Turma Suplementar, DJ de 16/01/2003, p.100.)

Devem ser destacadas as razões contidas no voto condutor da AMS 1999.01.00.059757-6/DF, da lavra do Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, na apreciação de questão similar:

O próprio impetrado afirma, em suas informações, que “a tabela em si, não impõe qualquer desrespeito à Lei, mais sim, (sic) a sua imposição como parâmetro de mínimo a ser cobrado dos serviços médicos e laboratoriais de todas as entidades já mencionadas culminando numa uniformização de preços e castrando a livre iniciativa, onde a comunidade seria a maior beneficiária (fls. 225).

Argumenta, de outra parte, em memorial apresentado, que “o fato de tal tabela não ter produzido qualquer efeito é irrelevante para a avaliação da presente infração, uma vez que a Lei dispõe, com clareza solar, no seu artigo 20 que ‘constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados’ (grifos do original).

Efetivamente, o artigo citado assim dispõe. Tal dispositivo, contudo, sofreu acerba crítica de João Luiz Coelho da Rocha, in *Alguns Aspectos Heréticos da Lei Antitruste (Lei 8.884/94)*, Revista de Direito Mercantil, n. 97, Janeiro-Março/1995, p. 109/113. Depois de tecer considerações críticas sobre a severidade de alguns dispositivos da Lei, enfatiza, no que se refere ao art. 20:

Mais flagrante, porém, e aí autorizando perceber-se logo uma patente inconstitucionalidade é a absurda tipificação dos delitos contra ordem econômica expressa no caput do art. 20: ‘Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos, sob qualquer forma manifestadas, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados’.

Esta-se aí definindo tipologicamente certas ações como ilícitos. Ilícitos civis, naturalmente. *Ora, o ilícito civil no princípio básico da lei brasileira (art. 159 do CC) assenta-se na culpa, naquele dispositivo definida (v. Serpa Lopes, Curso de Direito Civil, 7.ª ed., I/366 e Bevilacqua, Código Civil, Ed. Histórica, I/426).*



Não tem cabimento jurídico, pois, que, em afronta aos termos da Lei Complementar (como é o Código Civil, que tal força óbvia teria) a Lei 8.884 defina como ilícitos civis (comerciais, na espécie) atos não culposos. Fala-se aqui de ilícito, de tipificação de uma conduta injurídica punível e não de criação de uma simples responsabilização patrimonial derivada do mero risco, como acontece nos casos de responsabilidade objetiva.

Parece contudo inesgotável a impropriedade do legislador nesse trato da ordem econômica e suas infrações. Pois na composição tipológica daqueles ilícitos resolveu compreender atos que tenham por objeto certos efeitos nocivos ao saudável fluxo econômico, então listados, mas ainda atos que não propriamente objetivem o alcance daquelas situações de incorreto desbalanceamento da economia mas que ‘possam produzir’ tais efeitos ‘ainda que não sejam alcançados’.

*Entende-se portanto no texto legal que qualquer ato da empresa – ainda que desprovido de culpa, como vimos – que na verdade não prejudique a livre concorrência, mas que poderia eventualmente tê-lo feito, qualifica um ilícito contra a ordem econômica.*

*E, certamente, invertendo toda a concepção do ato ilícito, e pervertendo a técnica mais comezinha da formação dos tipos legais, defere do abstrato, vago, nebuloso e perigoso parâmetro da ‘possibilidade’ de produção de algum daqueles efeitos tidos como deletérios, a verificação da ocorrência da infração legal.*

Não temos ciência, no quadro legal brasileiro nem nos chamados crimes de perigo (arts. 250 e ss. do CP), de alguma norma tipológica tão em aberto, deixando à apreciação perigosamente ampla do seu aplicador, sobre o que enfim caracteriza na fastispécie a possível ocorrência dos eventos em causa. E, ainda, antes do curso judicial teremos aí um aplicador administrativo da lei com tal amplitude discricionária de caracterização do delito, em um procedimento legal criado, (arts. 39 e ss.) de teor sumário. (Grifos nossos).

É cabível a condenação da parte vencida para pagar honorários advocatícios no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, com a observância dos parâmetros estabelecidos no §3º do mesmo artigo.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar procedente o pedido de anulação da decisão do Cade que, nos autos do Processo Administrativo 08000.021738/96-92, impôs à autora multa por infração à ordem econômica, condenando o réu a arcar com o pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

É como voto.

## Quarta Turma Suplementar

Numeração única: 0003195-42.2003.4.01.4100

Apelação/Reexame Necessário 2003.41.00.003181-7/RO

Relator: Juiz Federal Marcio Barbosa Maia (convocado)  
 Apelante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra  
 Procuradora: Dra. Apercida Martins Fontes  
 Apelados: Getúlio Cardoso Lopes Filho e outros  
 Advogados: Dra. Zênia Luciana Cernov de Oliveira e outros  
 Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara – RO  
 Publicação: e-DJF1 de 11/12/2012, p. 206

## Ementa

*Administrativo. Contrato de concessão de terras públicas. Rescisão contratual. Descabimento. Obrigações recíprocas. Apelação e remessa oficial improvidas.*

I. Ao que se extrai dos autos, o imóvel em litígio, que está matriculado no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Ariquemes, sob o 1.830, ficha 36, livro 2-E, desde 28/05/1984, não é mais explorado pelo licitante vencedor, Carlos Alberto Pinto, tendo em vista que o mesmo foi vendido a outros proprietários, sendo os últimos deles os recorridos Getúlio Cardoso Lopes Filho e Cristine Mannigel Cardoso Lopes (fl. 28-v).

II. Entretanto, releva observar que a cláusula resolutiva disposta no contrato de alienação não foi transcrita no Registro de Imóveis de Ariquemes – RO, como se vê do documento de fl. 28. Deste modo, inexistiu a publicidade

necessária para gerar efeitos perante terceiros que não participaram do contrato. Por isso, se houve a aquisição do bem por terceiro de boa-fé, este não pode ser atingido pelos efeitos da cláusula resolutiva não transcrita no registro de imóveis.

III. A proposto, no caso, a obrigação foi descumprida por ambas as partes, haja vista que, apesar de o licitante não adimplir com sua obrigação, a autarquia permaneceu inerte com seu dever por mais de vinte anos, não tendo, nem sequer, averbado em cartório a cláusula de inalienabilidade (previsão contratual), o que propiciou a venda do imóvel no ano de 1991.

IV. Não se afigura legítimo impor ao terceiro adquirente, de boa-fé, o cumprimento de obrigações que foram contratadas pelo licitante.

V. Apelação e remessa oficial que se nega provimento. Agravo regimental prejudicado.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial e julgar prejudicado o agravo regimental.

4ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 30/10/2012.

Juiz Federal *Márcio Barbosa Maia*, relator convocado.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia:*  
— Trata-se de reexame necessário e de apelação interposta pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra (fls. 150–174), contra sentença proferida (fls. 139–146) na ação de resolução de contrato de alienação de terras públicas cumulada com pedido de cancelamento de registro imobiliário e imissão na posse do lote 207, da Gleba Burareiro, no município de Ariquemes – RO, com área de 548, 6242 ha (quinhentos e quarenta e oito hectares, sessenta e dois ares e quarenta e dois centiares).

O Incra foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), a serem divididos entre os recorridos.

Nas razões do recurso, a recorrente defende a reforma da sentença que julgou improcedente seu pedido, com as seguintes alegações: a) deve ser resguardada a finalidade de plantio prioritário de cacau, conforme estabelecido no edital de fls. 13–18; b) *“as cláusulas contratuais de natureza suspensiva/resolutiva (Terceira e Quinta), cujo atendimento daria a propriedade plena do imóvel, não foram cumpridas pelos réus consoante prova os laudos confeccionados por equipe de peritos desta Autarquia (fls. 29–32)”*; c) o ônus da resolubilidade atinge o atual proprietário; d) *“nas vistorias que fez desde 1982, sempre detectou inadimplemento, porém teria de aguardar a expiração do prazo para questionar”*.

Contrarrazões às fls. 193–203.

Petição dos recorridos às fls. 207 e 216–217.

Parecer da Procuradoria Regional da República da 1ª Região às fls. 212–214.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia:* — Revogo a decisão monocrática de fls. 219–223, por não se amoldar às figuras normativas do art. 557, *caput*, do CPC. Em consequência, passo ao exame do mérito da apelação interposta.

Sem merecer reparos a sentença recorrida.

O embate ora colidido na presente ação tem como objeto principal a desconstituição do Contrato de Alienação de Terras Públicas CLE – 1º/77/32/059 celebrado com Carlos Alberto Pinto, em 05/12/1979, por meio da Concorrência Incra/DF/ 1º/1977, ao argumento de que não cumprida a condição resolutiva que previa a exploração de lavoura de cacau em 50% (cinquenta por cento) da área do lote, consoante cláusula terceira do mencionado contrato.

Ao que se extrai dos autos, o imóvel em litígio, que está matriculado no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Ariquemes, sob o 1.830, ficha 36, livro 2-E, desde 28/05/1984, não é mais explorado pelo licitante vencedor, Carlos Alberto Pinto, tendo em vista que o mesmo foi vendido a outros proprietários, sendo os

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado).

últimos deles os recorridos Getúlio Cardoso Lopes Filho e Cristine Mannigel Cardoso Lopes (fl. 28-v).

Como se vê da cláusula quinta do contrato de Alienação de Terras Públicas firmado entre o Incra e Carlos Alberto Pinto, houve expressa cláusula resolutiva que previa a resolução do negócio, com a consequente reversão do lote ao patrimônio público, caso o adquirente descumprisse as obrigações determinadas no contrato, nos seguintes termos:

*Cláusula Quinta – São obrigações do adquirente:*

a) observar fielmente o disposto nos itens 3.4, 9.7, 9.8, 9.8.1 e 9.8.2 do Edital da Concorrência INCRA/DF/Nº 01/77, que estipulam:

[...]

3- Determinarão a resolução do Contrato de Alienação de Terras Públicas, com a consequente reversão do lote ao patrimônio público, indenizadas ao concessionário as benfeitorias necessárias e restituída a importância paga pelo lote, sem correção monetária, nem juros, ressalvados os créditos hipotecários existentes, as seguintes atitudes por parte do licitante vencedor, além de outras previstas neste Edital:

4 – O abandono da área do lote e/ou sua não demarcação e medição decorridos 12 (doze) meses da data de expedição do Contrato;

5 – O não cumprimento das etapas fixadas no cronograma do projeto de plantio de cacau a ser elaborado pela Ceplac, nos lotes de cerca de 500 (quinhentos) hectares, verificado em vistorias a serem procedidas pelo Incra/Ceplac, sendo a primeira logo após vencida a carência e a última até 11 (onze) anos a contar da data de expedição do contrato, face às peculiaridades da cultura a ser implantada, que é de ciclo longo.

Entretanto, releva observar que a cláusula resolutiva disposta no contrato de alienação não foi transcrita no Registro de Imóveis de Ariquemes – RO, como se vê do documento de fl. 28.

Deste modo, inexistiu a publicidade necessária para gerar efeitos perante terceiros que não participaram do contrato.

Por isso, se houve a aquisição do bem por terceiro de boa-fé, este não pode ser atingido pelos efeitos da cláusula resolutiva não transcrita no registro de imóveis.

Em caso semelhante, este foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Resolução. Alienação de imóvel a terceiro de boa-fé. Resolvido o negócio de compra e venda de imóvel, o terceiro adquirente de boa-fé, que confiou no registro e hoje é titular do domínio, não

é atingido pelos efeitos da extinção da primitiva relação de direito obrigacional que existia entre o primeiro proprietário e o que vendeu o terreno aos réus. Art. 859 do CC.

Recurso conhecido e provido. (REsp 101571/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, publicação 14/05/2002.)

Não é outro o entendimento exarado pelo seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

*Civil. Registro imobiliário. Cancelamento de matrícula. Pacto comissório em escritura pública de compra e venda. Falta de transcrição no registro de imóveis. Princípio da publicidade. Condição resolutiva ineficaz ao terceiro adquirente de boa-fé. Ação de rescisão do contrato de compra e venda por inadimplência do comprador. Ajuizamento após a aquisição do imóvel pelo terceiro de boa-fé.*

I. A cláusula 8ª da escritura de venda e compra acostada nos autos, lavrada em 12 de fevereiro de 1974 no 4º Cartório de Notas de São Paulo/SP, prevê pacto comissório no negócio jurídico pelo qual Amadeu José Mamud e sua esposa adquiriram o imóvel dos autores.

II. A cláusula comissória inserida em contratos de compra e venda previa o desfazimento do negócio caso o comprador incorresse em impontualidade no pagamento, nos termos do art. 1.163 do Código Civil de 1.916.

III. A cláusula resolutiva (pacto comissório) convencionada pelas partes na escritura de compra e venda não foi transcrita no Registro de Imóveis de Poços de Caldas/MG. Desta forma, não se revestiu da publicidade necessária para que tivesse efeito perante terceiros que não participaram do contrato. Se houve a aquisição do bem por terceiro de boa-fé, este não pode ser atingido pelos efeitos do pacto comissório não transcrito no registro de imóveis.

IV. “Resolvido o negócio de compra e venda de imóvel, o terceiro adquirente de boa-fé, que confiou no registro e hoje é titular do domínio, não é atingido pelos efeitos da extinção da primitiva relação de direito obrigacional que existia entre o primeiro proprietário e o que vendeu o terreno aos réus. Art. 859 do CC” (REsp 101571/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, publ. 14/05/2002)

V. “Em regra, o registro imobiliário se ordena conforme os princípios da publicidade, da inscrição e da legalidade. O princípio da publicidade pressupõe que o ato esteja perfeito, ou contenha todos os requisitos precisos à sua existência. Tem a finalidade de noticiar a existência e a ocorrência, para que terceiros não sofram as consequências de atos danosos. O ato contratual tem eficácia gerando obrigação entre os contratantes, mas somente atingirá ou afetará terceiros quando se manifestar de forma pública [...]. A condição expressa no título do pacto comissório deveria ser transcrita no RI

para permitir que Cristiano José Rehder e mulher, compradores, pudessem examinar o contrato anterior de compra e venda, e, assim, inteirarem-se da aludida cláusula resolutiva e, precaverem-se contra o inadimplemento do vendedor. A omissão desta providência notarial, não pode tirar o manto protetor dos requeridos como terceiros de boa-fé, pois caso contrário estaria instalada uma insegurança permanente nos negócios. Pode-se dizer que o pacto expresse (de resolução), para produzir seus efeitos de direito, depende do registro imobiliário.” (sentença monocrática incorrida)

VI. Não há que se falar que o terceiro adquirente realizou negócio jurídico sobre objeto litigioso, uma vez que a ação de rescisão contratual foi ajuizada em 07/12/1976, portanto após a venda do imóvel, em 24/08/1976.

VII. Apelação dos autores improvida.

(AC 0004808-95.2001.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Selene Almeida, Quinta Turma, e-DJF1, p. 169, de 13/08/2010.)

#### Como bem observado pelo Juízo monocrático:

Na hipótese dos autos, apesar do contrato não estabelecer cláusula de inalienabilidade, previa condição resolutiva que exigia a implantação da cacauicultura no prazo de 10 anos. A referida cláusula para valer perante terceiros de boa-fé, conforme jurisprudência dominante, tinha que estar inserta no Registro de imóveis, decurrou-se o Incra dessa obrigação e não fez a averbação da referida cláusula.

Os demandados nesta ação são terceiros de boa-fé. Ao adquirirem o imóvel fizeram a transferência perante o registro de imóvel da Comarca de Ariquemes e ali não consta qualquer restrição quanto à transferência do bem (fl.28).

[...]

As obrigações impostas ao primeiro contratante restaram ultrapassadas. O Incra não pode exigir de terceiro que com ele não contratou cumpra uma condição desconhecida. A vistoria realizada quando o imóvel ainda pertencia a Carlos Alberto Pinto (fls.29–30), em 05/11/1982, contactou que o proprietário estava implantando o projeto respectivo.

Partindo-se de tal premissa, afigura-se-me incensurável o entendimento perfilhado pelo magistrado de origem que, julgando à luz dos princípios da publicidade, da inscrição e da legalidade, os quais orientaram o registro imobiliário, não acolheu os pedidos formulados pelo Incra, ao entendimento de que não se pode exigir o cumprimento de condição desconhecida por terceiro que não fez parte do contrato.

Importa ressaltar que art. 476, do Código Civil estabelece que “*nos contratos bilaterais, nenhum*

*dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro*”. Conclui-se, portanto, que só quem cumpre sua parte pode exigir cumprimento da parte do outro.

No caso, considerando que o Incra não cumpriu sua obrigação, na medida em que não promoveu a fiscalização, por meio de vistorias, dentro do prazo estabelecido no contrato, nem procedeu à averbação da cláusula resolutiva, não se pode exigir implantação do projeto de plantio do cacau elaborado pela Ceplac no prazo de 10 (dez) anos.

É o que se extrai dos argumentos expendidos pelo magistrado de origem à fl. 142, *verbis*:

As obrigações entre as partes não eram unilaterais e sim recíprocas. Tanto o adquirente do imóvel tinha a obrigação de cumprir os prazos, com o Incra tinha a obrigação de fiscalizar a execução do contrato. O adquirente deveria executar em dez anos o projeto de plantio de cacau elaborado pela Ceplac e apresentado ao Incra e este, por sua vez, devia fiscalizar a execução desse projeto através de vistorias, sendo a primeira logo após vencida a carência e a última até 11 (onze) anos a contar da data de expedição do contrato (cláusula quinta, item 5). Essa fiscalização não tinha um sentido coativo, mas a finalidade de dar um suporte mínimo ao licitante para que o empreendimento tivesse êxito .

A fiscalização era obrigatória devido a implantação do projeto ocorrer gradativamente, conforme as etapas fixadas no cronograma do projeto de plantio de cacau, bem ainda às peculiaridades da cultura a ser implantada, que é considerada de ciclo longo.

No caso, ainda que figure de um lado o poder público, não resta dúvida que ele tem a obrigação, de igual modo, de cumprir a condição a que se obrigou.

A propósito, eis o teor do aresto emanado deste TRF 1ª Região:

*Administrativo. Contrato de concessão de terras públicas. Rescisão contratual. Descabimento. Obrigações recíprocas.*

I. O contrato de concessão de domínio de terras públicas, que se pretende seja resolvido - com cancelamento do registro imobiliário -, prevê obrigações recíprocas, competindo ao adquirente implementar lavoura mista nos prazos estipulados e ao Incra fiscalizar a execução do contrato. Tal fiscalização, conforme decidiu o Juiz, “não tinha um sentido coativo, mas a finalidade de dar suporte mínimo ao licitante para que o empreendimento tivesse êxito”, sobretudo porque o objetivo do contrato era promover a colonização do recém criado Estado de Rondônia (1981).

II. Estabelece o art. 476 do Código Civil que, “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Ou seja, só quem cumpre sua parte pode exigir cumprimento da parte do outro.

III. No caso, a obrigação foi descumprida por ambas as partes, haja vista que, apesar de o licitante não adimplir com sua obrigação, a autarquia permaneceu inerte com seu dever por mais de vinte anos, não tendo, nem sequer, averbado em cartório a cláusula de inalienabilidade (previsão contratual), o que propiciou a venda do imóvel no ano de 1991.

IV. Não se afigura legítimo impor ao terceiro adquirente, de boa-fé, o cumprimento de obrigações que foram contratadas pelo licitante.

V. Remessa oficial a que se nega provimento.

(REO 2003.41.00.006263-3/RO, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1, p. 156, de 09/07/2010.)

Nesse contexto, irretocável a sentença de improcedência.

Ante o exposto, com base no art. 557, *caput*, do CPC, *nego provimento* à apelação e ao reexame necessário (confirmando a sentença).

Julgo prejudicado o agravo regimental.

## Quinta Turma Suplementar

Numeração única: 0018360-81.2001.4.01.0000

Apelação/Reexame Necessário 2001.01.00.021713-7/BA

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)  
 Apelante: Município do Salvador/BA  
 Procurador: Dr. José Antônio Garrido  
 Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
 Remetente: Juízo Federal da 19ª Vara/BA  
 Publicação: e-DJF1 de 14/12/2012, p. 1.701

## Ementa

*Tributário e Processual Civil. Execução fiscal movida contra o Município de Salvador julgada procedente. Ausência de interposição de embargos. Preliminares. Matéria de ordem pública. Conhecimento e rejeição. Matéria de mérito. Matéria preclusa. Não conhecimento.*

I. O INSS propôs execução fiscal contra a Empresa de Transportes Urbanos de Salvador – Transur, empresa pública, mas, no decorrer da ação, a requerimento dele, INSS (fl. 29), foi alterado o polo passivo passando a integrar a execução o Município de Salvador, tendo em vista os arts. 8º e 43 da Lei Municipal 5.245/1997, o que levou à citação do Município para opor embargos, nos termos do art. 730 do CPC. / Entretanto, não houve interposição de embargos (certidão de fl. 33), ao que foi determinada a expedição de precatório (fl. 34), que foi suspensa às fl. 37, sobrevivendo a sentença de fls. 40–41, assim vazada, no que interessa: “3. Conforme Theotônio Negrão (Código de Processo Civil, 26. ed., Saraiva, p. 896), “se a execução fiscal for contra Fazenda Pública, ainda não sejam opostos embargos, diz acórdão em RTFR 147/139, o juiz deve proferir sentença”. / No caso examinado, como o Município de Salvador não ajuizou embargos à execução e tendo em vista a presunção de liquidez e certeza da dívida regularmente inscrita, julgo procedente a execução fiscal para condenar o executado ao pagamento da dívida previdenciária referente ao período de agosto/1993 a outubro/1994, no valor em outubro/1996 de R\$ 4.563.188,72. / Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, conforme art. 475, II, do CPC”.

II. Diante disso, o Município interpôs apelação, na qual alega: a) – nulidade de citação, porque no mandado não constariam o nome da parte exequente, a cópia da petição inicial com a CDA, o nome da Empresa de Transportes Urbanos de Salvador ou qualquer referência à natureza do débito em execução, certo que apenas a contrafé foi entregue ao Sr. Procurador Geral do Município e não a cópia da inicial com o pedido. b) – descabimento de execução de título extrajudicial contra o município. c) - nulidade da sentença - substituição processual indevida, “já que não deve

*ser operada a substituição da ação executiva, uma vez que uma empresa em liquidação não é uma empresa efetivamente extinta, e no caso presente a Empresa de Transportes Urbanos de Salvador indicou bens imóveis de sua propriedade para garantia do débito, [...], além do que o decreto de extinção da executada apenas autoriza o poder executivo a assumir os seus débitos e as empresas públicas têm autonomia administrativa e financeira". (Destacou). d) - ilegitimidade passiva do município. / No mérito, aduz, em síntese, que o Município possui regime próprio de previdência, incluindo as empresas públicas municipais, nos termos das Leis Municipais 2.456, de 15 de janeiro de 1973, art. 3º, e 3.034, art. 7º, de forma que a Empresa de Transportes Urbanos de Salvador – Transur está sujeita a regime próprio de previdência municipal, seus empregados são segurados obrigatórios do IPS, portanto estão excluídos do regime de previdência do INSS.*

III. *Sui generis* o que se apresenta para julgamento. O executado, entidade pública, não opôs embargos, ao que foi determinada a expedição de precatório, que foi suspensa, sobrevindo sentença de procedência da execução contra a qual foi interposta apelação. Na verdade, o que devia ter ocorrido é ter sido expedido o precatório, já que transcorreu em branco o prazo para embargos, mas isso não foi assim feito.

IV. Verifica-se que, na verdade, com exceção das matérias de ordem pública, as demais matérias deduzidas pelo Município de Salvador estão preclusas, mais especificamente aquela relativa ao mérito, considerando que se trata de matéria própria de embargos, que não foram interpostos. Assim, somente as matérias de ordem pública devem ser conhecidas e examinadas.

V. *Nulidade da citação*: Inexiste vício a ser declarado, pois como disse o próprio Município, o mandado foi acompanhado de contrafé, nele consta o número da execução, além disso foi seguido do requerimento do INSS para sua citação, em cujo requerimento consta a referência à Empresa Transportes Urbanos e Outros, o motivo da substituição, ao que, portanto, restou cumprido o art. 225 do CPC, com seus incisos. Ademais, nada impedia ao Município que comparecesse à Secretaria para ter vista dos autos ou retirá-lo, de forma a, se fosse o caso e assim entendesse, empreender melhor sua defesa. Na verdade, o que se viu é que sequer cuidou de apresentar defesa no momento próprio, de maneira que não há falar em cerceamento de defesa.

VI. *Descabimento de execução de título extrajudicial contra o município* é alegação já superada há muito tempo, certo que é assente a possibilidade de execução fiscal contra a Fazenda Pública, que, todavia, segue o regime do precatório, aliás como realizado nos autos. Precedentes.

VII. A propósito, os seguintes precedentes: 1) Numeração única: 0015646-97.2001.4.01.3800/AC, 2001.38.00.015679-5/MG - rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, 7ª Turma Suplementar, Publicação 07/10/2011, e-DJF1, p. 867, Data decisão 06/09/2011: "A jurisprudência do STJ entende ser admissível a execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública, desde que harmonizado com os ditames do art. 730 do CPC, em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas." / 2) Numeração única: 0004319-70.1997.4.01.4100/AC 1997.41.00.004340-1/RO, rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, 7ª Turma Suplementar, Publicação 30/09/2011, e-DJF1, p. 946, Data decisão 23/08/2011: "A jurisprudência do STJ entende ser admissível a execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública, desde que harmonizado com os ditames do art. 730 do CPC, em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas. Não se decreta a nulidade dos atos processuais sem o comprometimento para os fins da justiça do processo, mormente quando não há nos autos prova de prejuízo (Precedente: REsp 1014720/RS). A jurisprudência do STJ entende ser admissível a execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública, desde que harmonizado com os ditames do art. 730 do CPC, em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas. Apelação desprovida."

VIII. *Nulidade da sentença – substituição processual indevida – ilegitimidade passiva do município*: A substituição do sujeito passivo da exação tributária não decorreu de ato do exequente, mas, sim, do executado. O Município do Salvador, BA, por meio da Lei Municipal 5.245/1997, extinguiu a Transur, a qual tinha natureza jurídica de empresa pública. Todas as ações ordinárias nominativas pertenciam ao município. Dessa forma, o município deve responder pelos débitos previdenciários da empresa extinta.

VIII.I Registra-se que não existe ofensa ao art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/1980 e ao princípio consagrado na parte final do enunciado da Súmula 392 do STJ. No mesmo sentido foi decidido na AC 2000.33.00.033421-0/BA, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves, 6ª Turma Suplementar, Publicação 30/11/2011, e-DJF1, p. 196, Data decisão 21/11/2011, que também envolvia a Transur e o Município de Salvador: "1. Modificação do sujeito passivo da exação tributária. Ato decorrente da extinção da Empresa de Transportes Urbanos de Salvador (Transur) por meio da Lei do Município do

Salvador 5.245/1997. Inexistência de ofensa ao art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/1980 e ao princípio consagrado na parte final do enunciado da Súmula 392 do STJ. 2. [...]”

IX. Alegação de litigância de má-fé deduzida pelo Inss: Tenho como não ocorrente a litigância de má-fé dado que o equívoco interpretativo deduzido não pode ser confundido com litigância de má-fé.

X. Conclusão: Apelação conhecida parcialmente, improvida na parte conhecida. Rejeitadas as preliminares que dizem respeito à matéria de ordem pública, não se conhece da matéria de mérito deduzida na apelação, porque preclusa oportunidade para tanto.

## Acórdão

Decide a Turma, por maioria, conhecer parcialmente da apelação e, na parte conhecida, *negar-lhe provimento*, vencido Juiz Federal Wilson Alves de Souza.

5ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 20/11/2012.

Juiz Federal *Grigório Carlos dos Santos*, relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Grigório Carlos dos Santos*: — O INSS propôs execução fiscal contra a Empresa de Transportes Urbanos de Salvador – Transur, empresa pública, mas, no decorrer da ação, a requerimento dele, INSS (fl. 29), foi alterado o polo passivo passando a integrar a execução o Município de Salvador, tendo em vista os arts. 8º e 43 da Lei Municipal 5.245/1997, o que levou à citação do Município para opor embargos, nos termos do art. 730 do CPC.

Entretanto, não houve interposição de embargos (certidão de fl. 33), ao que foi determinada a expedição de precatório (fl. 34), que foi suspensa às fl. 37, sobrevivendo a sentença de fls. 40–41, assim vazada, no que interessa: “3. Conforme *Theotônio Negrão* (Código de Processo Civil, 26. ed., Saraiva p. 896), “se a execução fiscal for contra Fazenda Pública, ainda não sejam opostos embargos, diz acórdão em RTFR 147/139, o juiz deve proferir sentença”. / No caso examinado, como o Município de Salvador não ajuizou embargos à execução e tendo em vista a presunção de liquidez e certeza da dívida regularmente inscrita, julgo procedente a execução fiscal para condenar o executado ao pagamento da dívida previdenciária referente ao período de ago.1993 a out.1994, no valor em out. 1996 de R\$ 4.563.188,72. / Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, conforme art. 475, II, do CPC”.

Diante disso, o Município interpôs apelação, na qual alega:

– Nulidade de citação, porque no mandado não constariam o nome da parte exequente, a cópia da petição inicial com a CDA, o nome da Empresa

de Transportes Urbanos de Salvador ou qualquer referência à natureza do débito em execução, certo que apenas a contrafé foi entregue ao sr. procurador geral do Município e não a cópia da inicial com o pedido.

– Descabimento de execução de título extrajudicial contra o município.

– Nulidade da sentença – substituição processual indevida, “já que não deve ser operada a substituição da ação executiva, uma vez que uma empresa em liquidação não é uma empresa efetivamente extinta, e no caso presente a Empresa de Transportes Urbanos de Salvador indicou bens imóveis de sua propriedade para garantia do débito, [...], além do que o decreto de extinção da executada apenas autoriza o Poder Executivo a assumir os seus débitos e as empresas públicas têm autonomia administrativa e financeira”. (Destacou.)

– Ilegitimidade passiva do município.

No mérito, aduz, em síntese, que o município possui regime próprio de previdência, incluindo as empresas públicas municipais, nos termos das Leis Municipais 2.456, de 15 de janeiro de 1973, art. 3º, e 3.034, art. 7º, de forma que a Empresa de Transportes Urbanos de Salvador – Transur está sujeita a regime próprio de previdência municipal, seus empregados são segurados obrigatórios do IPS, portanto estão excluídos do regime de previdência do INSS.

Houve contrarrazões nas quais se alega, inclusive, litigância de má-fé.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos: — *Sui generis* o que se apresenta para julgamento. O executado, entidade pública, não opôs embargos, ao que foi determinada a expedição de precatório, que suspensão, sobrevindo sentença de procedência da execução contra a qual foi interposta apelação.

Na verdade, o que devia ter ocorrido é ter sido expedido o precatório, já que transcorreu em branco o prazo para embargos, mas isso não foi assim feito.

Bem. Verifica-se que, na verdade, com exceção das matérias de ordem pública, as demais matérias deduzidas pelo Município de Salvador estão preclusas, mais especificamente aquela relativa ao mérito, considerando que se trata de matéria própria de embargos, que não foram interpostos.

Assim, examino somente as matérias de ordem pública, como segue.

### *Nulidade da citação*

Inexiste vício a ser declarado, pois como disse o próprio Município, o mandado foi acompanhado de contrafé, nele consta o número da execução, além disso foi seguido do requerimento do Inss para sua citação, em cujo requerimento consta a referência à Empresa Transportes Urbanos e outros, o motivo da substituição, ao que, portanto, restou cumprido o art. 225 do CPC, com seus incisos. Ademais, nada impedia ao Município que comparecesse à Secretaria para ter vista dos autos ou retirá-lo, de forma a, se fosse o caso e assim entendesse, empreender melhor sua defesa.

Na verdade, o que se viu é que sequer cuidou de apresentar defesa no momento próprio, de maneira que não há falar em cerceamento de defesa.

### *Descabimento de execução de título extrajudicial contra o município*

É alegação já superada há muito tempo, certo que é assente a possibilidade de execução fiscal contra a Fazenda Pública, que, todavia, segue o regime do precatório, aliás como realizado nos autos.

A propósito, os seguintes precedentes:

*Processual Civil e Tributário . Execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte. Possibilidade de adaptação do rito. Art. 730 do CPC. A jurisprudência do STJ entende ser*

admissível a execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública , desde que harmonizado com os ditames do art. 730 do CPC, em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas. Apelação provida. Sentença anulada. (Numeração única: 0015646-97.2001.4.01.3800, AC 2001.38.00.015679-5/MG, rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, 7ª Turma Suplementar, Publicação 07/10/2011, e-DJF1 p. 867, Data decisão 06/09/2011.)

*Processual Civil e Tributário. Execução fiscal ajuizada pelo conselho regional de engenharia arquitetura e agronomia contra ente federal. Possibilidade de adaptação do rito. Art. 730 do CPC. A jurisprudência do STJ entende ser admissível a execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública , desde que harmonizado com os ditames do art. 730 do CPC, em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas. Não se decreta a nulidade dos atos processuais sem o comprometimento para os fins da justiça do processo, mormente quando não há nos autos prova de prejuízo (Precedente: REsp 1014720/RS). A jurisprudência do STJ entende ser admissível a execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública , desde que harmonizado com os ditames do art. 730 do CPC, em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas. Apelação desprovida. (Numeração única: 0004319-70.1997.4.01.4100, AC 1997.41.00.004340-1/RO, rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, 7ª Turma Suplementar, Publicação 30/09/2011, e-DJF1, p. 946, Data decisão 23/08/2011.)*

### *Nulidade da sentença – substituição processual indevida – ilegitimidade passiva do município.*

Substituição do sujeito passivo da exação tributária não decorreu de ato do exequente, mas, sim, do executado. O Município do Salvador, BA, por meio da Lei Municipal 5.245/1997, extinguiu a Transur, a qual tinha natureza jurídica de empresa pública. Todas as ações ordinárias nominativas pertenciam ao município. Dessa forma, o município deve responder pelos débitos previdenciários da empresa extinta.

De antemão, registra-se que não existe ofensa ao art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/1980 e ao princípio consagrado na parte final do enunciado da Súmula 392 do STJ.

No mesmo sentido foi decidido na AC 2000.33.00.033421-0/BA, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves, 6ª Turma Suplementar, Publicação 30/11/2011, e-DJF1, p. 196, Data decisão 21/11/2011, que também envolvia a Transur e o Município de Salvador:

*Embargos à execução fiscal. Modificação do sujeito passivo da exação tributária. Atualização*

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado).



do crédito tributário . Selic. Constitucionalidade.

I. Modificação do sujeito passivo da exação tributária. Ato decorrente da extinção da Empresa de Transportes Urbanos de Salvador (Transur) por meio da Lei do Município do Salvador 5.245/1997. Inexistência de ofensa ao art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/1980 e ao princípio consagrado na parte final do enunciado da Súmula 392 do STJ. II. [...]”

*Alegação de litigância de má-fé deduzida pelo INSS*

Tenho como não ocorrente a litigância de má-fé dado que o equívoco interpretativo deduzido não pode ser confundido com litigância de má-fé.

*Conclusão*

Apelação conhecida parcialmente. Rejeitadas as preliminares que dizem respeito à matéria de ordem pública, não se conhece da matéria de mérito deduzida na apelação, porque preclusa oportunidade para tanto.

É o voto.

## Sexta Turma Suplementar

Numeração única: 0002193-03.1999.4.01.3801

Apelação Cível 1999.38.01.002168-3/MG

Relator: Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé (convocado)  
 Apelante: Distriminas – Distribuidora Mineira de Produtos Alimentícios Ltda.  
 Advogados: Dr. Hudson Fernando Couto e outro  
 Apelada: Fazenda Nacional  
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
 Publicação: e-DJF1 de 07/11/2012, p. 458

## Ementa

*Tributário. Leasing. Concentração de parcelas. Regularidade do contrato. Descaracterização para contrato de compra e venda. Impossibilidade. Apelação provida.*

I. É lícita a contratação de arrendamento mercantil com a concentração de pagamento nas primeiras parcelas, não descaracterizando o *leasing*. Precedentes da Corte e do STJ.

II. “Não desnatura o contrato de leasing a concentração do valor das prestações no início do contrato. Múltiplos precedentes da Corte. 2. A Lei 6.099/1974, que disciplinou as operações de arrendamento mercantil, não fixou o valor das prestações, nem a forma de amortização, possibilitando, assim, a livre pactuação pelas partes contratantes (Precedentes: REsp 633204/MG; Recurso Especial 2004/0019116-9 rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 13/12/2004, p. 241). 3. Nos termos da Súmula 293 do Superior Tribunal de Justiça, “a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.” 4. Apelação e remessa oficial desprovidas”. (AC 96.01.20436-9/MG, rel. Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado), Terceira Turma Suplementar, DJ de 28/04/2005, p.125).

III. “A legislação que disciplinou o contrato de arredamento mercantil (Lei 6.099/1974, com as alterações da Lei.132/1983, e Resolução do Bacen 2.309/1996) não estipulou limites para as contraprestações e nem fixou limites ao valor residual. Assim, a circunstância de ser ínfimo o valor restante ao final do ajuste, pela concentração das prestações no início do contrato, não permite à União Federal (Fazenda Nacional) atribuir a este natureza diversa (contrato de compra e venda) daquela pactuada pelas partes (arrendamento mercantil), imputando à empresa arrendatária a obrigação de recolher o IRPJ, nos termos do § 1º do art. 11 da Lei 6.099/1974. Precedentes: REsp 543.234/MG, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 03/05/2004; REsp 633.204/MG, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 13/12/2004; REsp 509.437/MG, 2ª Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 30/05/2005; REsp 189.931/SP, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 13/06/2005.2. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 897.536/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 29/03/2007, p. 241).

IV. “Inexiste óbice em concentrar as prestações do contrato de leasing nas primeiras parcelas ou estabelecer ínfimo valor residual para exercício da opção de compra, haja vista que a Lei 6.099/1974 não dispõe sobre a distribuição das

prestações ao longo do contrato de leasing ou sobre o valor residual a ser pago em caso de opção pela aquisição do bem arrendado. 2. Não cabe à Administração Fazendária, ao seu arbítrio, desconsiderar a legislação que rege o leasing, para desqualificar o arrendamento mercantil, caracterizando-o como compra e venda, o que acaba por gerar efeitos tributários danosos ao contribuinte, que firmou o contrato em total observância à legislação de regência. 3. É lícito ao contribuinte buscar, dentro do ordenamento jurídico, formas de redução de sua carga tributária. 4 Embargos infringentes a que se dá provimento.” (EIAC 96.01.36667-9/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Quarta Seção, DJ 17/08/2006, p. 13.)

V. Apelação da autora provida.

VI. Peças liberadas pelo relator, em 29/10/2012, para publicação do acórdão.

## Acórdão

Decide a Turma dar provimento à apelação da autora, por unanimidade.

6ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 29/10/2012.

Juiz Federal *Sílvio Coimbra Mourthé*, relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Sílvio Coimbra Mourthé*:

— 1. Trata-se de apelação interposta pela autora contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora, que julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que no *leasing*, a operação é considerada de compra e venda se a opção de compra for exercida antes do término da vigência do arrendamento e que é fato incontroverso que o pagamento do valor residual garantido foi realizado antecipadamente, sendo que no caso em concreto a descaracterização dos contratos de *leasing* restou amplamente demonstrada, tratando-se de verdadeiros contratos de compra e venda e que quanto ao pedido alternativo, não houve a efetiva demonstração da utilização do veículos com a finalidade apontada, razão esta pela qual a autora não faz jus à aplicação da taxa de depreciação acelerada e que a taxa utilizada como indexador foi a Ufir, bem como a multa não tem caráter confiscatório.

2. Às fls.116-122, a autora interpôs apelação contra a sentença, sustentando que as decisões administrativas recentes vem sendo tomadas no sentido de que o pagamento de valor residual antecipado não descaracteriza a operação de arrendamento mercantil.

3. Às fls. 128-139, a União apresentou suas contrarrazões. Em preliminar, sustenta a prescrição quinquenal em favor da União.

4. Apesar de intimado, o executado/apelado não apresentou contrarrazões.

Este é o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Sílvio Coimbra Mourthé*:

— 1. Trata-se de apelação interposta pela autora contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora, que julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que no *leasing*, a operação é considerada de compra e venda se a opção de compra for exercida antes do término da vigência do arrendamento e que é fato incontroverso que o pagamento do valor residual garantido foi realizado antecipadamente, sendo que no caso em concreto a descaracterização dos contratos de *leasing* restou amplamente demonstrada, tratando-se de verdadeiros contratos de compra e venda e que quanto ao pedido alternativo, não houve a efetiva demonstração da utilização dos veículos com a finalidade apontada, razão esta pela qual a autora não faz jus à aplicação da taxa de depreciação acelerada e que a taxa utilizada como indexador foi a Ufir, bem como a multa não tem caráter confiscatório.

2. Quanto à alegação da ocorrência da prescrição, a sentença abordou a questão de forma irrepreensível, diante interrupção do prazo por ocasião da decisão administrativa. Rejeito esta preliminar.

3. O recurso se resume à questão da descaracterização dos contratos de *leasing*, ou seja, não houve apelo relativo ao pedido alternativo representado pela depreciação acelerada.

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga (convocado).

4. A matéria posta a apreciação mereceu inclusive Súmula do STJ:

Súmula 293: A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.

5. De ver-se que a lei que rege a matéria, Lei 6.099/1974, não estabelece valores para as prestações nas contratações de arrendamento mercantil, podendo concentrar-se seu pagamento nas primeiras parcelas, restando o resíduo diluído em suaves prestações até final cumprimento.

6. Não cabe à Administração fazendária, ao seu alvedrio, afastar a própria legislação de regência para desqualificar o contrato de *leasing* firmado em obediência às regras legais, para caracterizá-lo como contrato de compra e venda, o que gera impacto tributário para o contratante.

7. É que, realizada a glosa das parcelas lançadas como despesas, estas são transferidas para o ativo imobilizado, tendo como consequência a geração de débito do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, *in casu*, se trata de auto de infração relativo ao PIS-Dedução que ao contrário do PIS-Faturamento, tem como base de cálculo o IRPJ.

8. Ademais, nossa jurisprudência tem entendido que é lícito ao contribuinte buscar formas legais de reduzir sua carga tributária, podendo adotar mecanismos jurídicos perfeitamente amoldados à lei, o que, na pior das hipóteses, caracterizaria a elisão fiscal, que não se consubstancia em fraude ou sonegação.

9. Colaciono a orientação jurisprudencial emanada deste Tribunal que tem acompanhado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme transcrição:

*Tributário. Imposto de Renda. Pessoa jurídica. Contrato de leasing. Concentração do valor das parcelas no início do contrato. Descaracterização para compra e venda. Impossibilidade. Aplicação da Súmula 293/STJ. Matéria pacificada. Precedentes da corte.*

I. Não desnatura o contrato de leasing a concentração do valor das prestações no início do contrato. Múltiplos precedentes da Corte.

II. A Lei 6.099/74, que disciplinou as operações de arrendamento mercantil, não fixou o valor das prestações, nem a forma de amortização, possibilitando, assim, a livre pactuação pelas partes contratantes (Precedentes: RESP 633204/MG; Recurso Especial 2004/0019116-9 rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 13.12.2004 p. 241).

III. Nos termos da Súmula nº 293 do Superior Tribunal de Justiça, “a cobrança antecipada do

valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.”

IV. Apelação e remessa oficial desprovidas. (AC 96.01.20436-9/MG, rel. Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado), Terceira Turma Suplementar, DJ de 28/04/2005, p.125).

*Tributário, Civil e Comercial - Arrendamento Mercantil na Espécie “Leasing” Financeiro - Concentração de Prestações no Início do Contrato - Reduzido Valor Para Exercício da opção de Compra - Ausência de Fraude - Compra e Venda Descaracterizada: Lei 6.099/1974 (Art. 11), Resolução Bacen Nº 2.309/1996 (Art. 7º, VI, “A”) e Art. 52, §2º, da Lei 8.078/1990 - Prevalência da Vontade das Partes.*

I. Se a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) assegura “ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente”; se a Resolução BACEN nº 2.309/96, de 28 AGO 96, explicitando o conteúdo de disposições (05 - cinco) exigidas pelo art. 5º da Lei nº 6.099/74, na forma autorizada pelo seu art. 6º, especifica que os contratos de arrendamento mercantil devem ser formalizados por instrumento público ou particular, contendo “a previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato”, a Receita Federal age abusivamente ao considerar que a concentração de maior valor das prestações nas primeiras parcelas, aliada à pactuação de valor residual menor ou reputado irrisório, desnatura o “arrendamento mercantil”, expressão de vontade legítima das contratantes, para configurar “efetivo negócio de compra e venda” em sua forma simulada, para o efeito da tributação (IRPJ) sobre o que foi considerado “custo” ou “despesa operacional” pelo art. 11, *caput* da mesma Lei nº 6.099/74.

II. Salvo na hipótese de fraude comprovada por fatos outros que não o referido, a interpretação econômica do contrato não pode prevalecer sobre a livre convenção das partes, em hipótese com perfil de lícita elisão tributária.

III. Precedente do STJ: EREsp nº 213.828/RS, Corte Especial, maioria, julg. 07 mai 2003, Relator p/ acórdão Min. César Asfor Rocha, cancelamento da Súmula nº 263 da S2 do STJ).

IV. Embargos infringentes providos, para que negado provimento ao apelo e à remessa oficial, confirmando, assim, a sentença favorável à autora.

V. Peças liberadas pelo Relator em 15/05/2003 para publicação do acórdão. (EAC 1998.01.00.040014-0/DF, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Segunda Seção, DJ de 05/06/2003, p. 52).

*Tributário. IRPJ. Arrendamento mercantil (Leasing). Valor Residual Irrisório. Descaracterização do contrato para compra e venda. Impossibilidade.*

I. A legislação que disciplinou o contrato de arredamento mercantil (Lei 6.099/74, com as alterações da Lei nº 7.132/83, e Resolução do

BACEN 2.309/96) não estipulou limites para as contraprestações e nem fixou limites ao valor residual. Assim, a circunstância de ser ínfimo o valor restante ao final do ajuste, pela concentração das prestações no início do contrato, não permite à União Federal (Fazenda Nacional) atribuir a este natureza diversa (contrato de compra e venda) daquela pactuada pelas partes (arrendamento mercantil), imputando à empresa arrendatária a obrigação de recolher o IRPJ, nos termos do § 1º do art. 11 da Lei nº 6.099/74. Precedentes: RESP 543.234/MG, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 03/05/2004; RESP 633.204/MG, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 13/12/2004; RESP 509.437/MG, 2ª Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 30/05/2005; RESP 189.931/SP, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 13/06/2005.

II. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 897.536/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 29/03/2007, p. 241).

*Tributário. Embargos infringentes. Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Contrato de Leasing. Concentração do valor das parcelas no início do Contrato. Desconsideração para compra e venda. Impossibilidade. Embargos infringentes providos.*

I. Inexiste óbice em concentrar as prestações do contrato de leasing nas primeiras parcelas ou estabelecer ínfimo valor residual para exercício da opção de compra, haja vista que a Lei 6.099/74 não dispõe sobre a distribuição das prestações ao longo do contrato de leasing ou sobre o valor residual a ser pago em caso de opção pela aquisição do bem arrendado.

II. Não cabe à Administração Fazendária, ao seu arbítrio, desconsiderar a legislação que rege o leasing, para desqualificar o arrendamento mercantil, caracterizando-o como compra e venda, o que acaba por gerar efeitos tributários danosos ao contribuinte, que firmou o contrato em total observância à legislação de regência.

III. É lícito ao contribuinte buscar, dentro do ordenamento jurídico, formas de redução de sua carga tributária.

IV. Embargos infringentes a que se dá provimento. (EAC 96.01.36667-9/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Quarta Seção, DJ 17/08/2006, p. 13).

10. Com efeito, não se verificando qualquer irregularidade na prática adotada pelo apeladante, é de se reconhecer a nulidade do auto de infração que identificou o contrato de *leasing* firmado pelo autor/apelante como contrato de compra e venda, resultando em cobrança do IRPJ e, por consequência, a incidência do PIS-Dedução sobre uma base de cálculo maior, ensejando, assim, a referida autuação.

11. Condeno a ré no reembolso das custas e fixo os honorários no valor de R\$ 2.000,00, conforme jurisprudência pacificada da 7ª Turma desta Corte (VC até R\$ 10.000,00 – valor fixo de R\$ 2.000,00).

12. Ante o exposto, dou provimento à apelação para anular a autuação fiscal.

É como voto.

## Sexta Turma Suplementar

Numeração única: 0002368-94.2003.4.01.3400

Apelação Cível 2003.34.00.002352-7/DF

Relator: Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé (convocado)  
 Apelante: Lúcia Maria de Oliveira Félix  
 Advogado: Dr. Erich Endrillo Simas  
 Apelada: Fazenda Nacional  
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
 Publicação: e-DJF1 de 05/12/2012, p. 102

## Ementa

*Tributário. Imposto de Importação. Base de cálculo advinda de arbitramento de valor. Legalidade. Apelação não provida.*

I. Se de um lado antevejo a possibilidade das mercadorias terem sido compradas por um preço com algum desconto, até mesmo pela quantidade do número de bolsas da marca Louis Vuitton e demais marcas de luxo (66

produtos distribuídos em 28 modelos diferenciados em relação à marca, ao passo que a fatura comercial apresenta discriminação em relação a cinco preços unitários para os 64 produtos – fl. 14), de outro, há total perda de credibilidade quando alguém vem ao Judiciário tentar iludir o magistrado ao ponto de querer convencê-lo que uma carteira da marca Louis Vuitton possa ser vendida por U\$ 8,00 ou uma bolsa da mesma marca tenha seu preço avaliado em U\$ 18,00. É risível tal argumento. Vai contra todo o trabalho e dezenas de anos de estudo visando a valorização da marca, sendo que tais preços sequer são compatíveis com produtos falsificados da própria marca.

II. Um dos grandes desafios das empresas proprietárias das marcas de luxo é o equilíbrio a ser alcançado entre a preservação da exclusividade da marca e o aumento das vendas, tornando difícil alavancar os negócios sem se enveredar na perda do conceito exclusivo da marca, alcançando um número maior de clientes ao custo de perder o glamour e a sofisticação anteriormente conquistados. É em decorrência desta constatação que não pode ser aceito o preço constante da nota fiscal, pois o mesmo vai na contramão de todo o trabalho de valorização da marca. Ainda que as mercadorias tivessem pequenos defeitos, a incineração destes produtos seria uma medida muito mais compatível com todo o trabalho desenvolvido da marca, do que a mesma repassar para outro comerciante, que ainda auferir lucros, para fins de que tais produtos tenham seu preço pago pela autora, no valor de U\$ 8,00 para uma carteira e U\$ 18,00, relativo a uma bolsa LV.

III. O preço pretendido pela autora seria como reconhecer que a empresa LVMY estaria visando a própria banalização de uma de suas 60 marcas de luxo, talvez a mais famosa, ou seja, se fosse aceita a veracidade destes preços constantes em nota fiscal, não estaríamos mais falando em risco da marca perder o conceito de exclusividade quando vende bolsas Louis Vuitton por U\$ 18,00 ou carteiras da mesma marca por U\$ 8,00, mas sim, bastaria esperar o próprio desprestígio e a não exclusividade da marca, que viriam a passos largos, conclusão de fácil visualização até mesmo por um leigo no assunto.

IV. Uma das premissas básicas do luxo é a exclusividade, ou seja, para evitar a desvalorização ou a vulgarização de sua marca, as empresas do ramo tem apostado na sofisticação e na personalização de suas criações, visando salientar a individualidade e preservar a exclusividade do produto legitimado por uma prestigiosa marca, razão esta pela qual a marca passa a ser primordial, quase tão importante quanto o produto em si, se tratando de um patrimônio que deve ser cuidado, gerenciado e preservado, ou seja, de acordo com o autor Ricardo Ojeda Marins (*“Uma marca de luxo pode tornar-se banalizada?”*), se uma marca de luxo e de prestígio estiver disponível em pontos de venda considerados não luxuosos, sua imagem poderá ser alterada, pois seu público consumidor já possui uma imagem formada de que sua marca é prestigiosa e não popular e de fácil acesso.

V. *“Em consequência, cabível o Fisco recusar fé aos documentos apresentados pelo importador e efetuar arbitramento dos valores das mercadorias, respeitado o art. 148, do CTN, não ofendendo o ordenamento a exigência de garantia para imediato desembaraço aduaneiro (IN-SRF 16/98, art. 21) das mercadorias sujeitas à determinação de valor tributável pelo Fisco”* (REsp 200500299670, rel. Min Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, DJ, Data: 15/02/2007 p. 215).

VI. *“A autoridade fiscal pode arbitrar o valor das mercadorias importadas quando o valor declarado é inferior ao preço normal. Interpretação dos Art-20 e Art-148 do CTN-66. 2. Enquanto não cumprida a obrigação fiscal, aí incluído o pagamento do tributo e seus acréscimos, o importador não tem direito à conclusão do desembaraço aduaneiro. 3. Apelação improvida. Remessa oficial provida.”* (AMS 9704412274, rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva, 1ª Turma do TRF 4ª Região, DJ 28/04/1999, p. 813.)

VII. Apelação da autora não provida.

VIII. Peças liberadas pelo relator, em 26/11/2012, para publicação do acórdão.

## Acórdão

Decide a Turma *negar provimento* à apelação da autora por unanimidade.

6ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 26/11/2012.

Juiz Federal *Silvio Coimbra Mourthé*, relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Sílvio Coimbra Mourthé*:

1. Trata-se de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal que julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que é notório que as quantidades e natureza dos bens importados pela autora demonstra que os mesmos não destinam para uso pessoal, seja pelo números de bolsas idênticas (41 bolsas) ou mesmo de carteiras (11), razão esta pela qual não poderia a autora ter-se valido do desembaraço através da utilização da declaração simplificada, sem contar o subfaturamento onde consta nota fiscal apontando o valor de U\$ 8,00 para uma carteira da *Louis Vuitton* ou a bolsa desta mesma marca venha a custar U\$ 18,00.

2. Às fls. 139–148, a autora interpôs apelação contra a sentença, sustentando que comprou os referidos produtos devido aos preços especialmente atraentes com a emissão de nota fiscal pelo comerciante italiano, sendo que o procedimento adotado pela autoridade administrativa é crível de inúmeras críticas, uma vez que desconsiderou o fato de que os produtos considerados *out* ou fora da estação perdem seu preço a ponto de terem sido vendidos ao preço de 70% de desconto, sendo que ao mesmo tempo foi tomado como referência o preço das lojas de ponta que comercializam os produtos da estação, localizadas nas áreas nobres. Ressalta, ainda, que a valoração das mercadorias resultou no valor de R\$ 99.168,57, um verdadeiro absurdo e totalmente impagável para a autora que nem de longe poderá desembolsar o imposto de importação e que a própria IN SRF 155, de 22/12/1999 permite a importação pela pessoa física mas não define o que se considera quantidade para fins de comércio ou não e que as mercadorias foram adquiridas para a própria autora.

3. Às fls. 152–155, a União apresentou suas contrarrazões.

Este é o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Sílvio Coimbra Mourthé*: —

1. Trata-se de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal que julgou improcedente o pedido, sob

o fundamento de que é notório que as quantidades e natureza dos bens importados pela autora demonstra que os mesmos não destinam para uso pessoal, seja pelo números de bolsas idênticas (41 bolsas) ou mesmo de carteiras (11), razão esta pela qual não poderia a autora ter-se valido do desembaraço através da utilização da declaração simplificada, sem contar o subfaturamento onde consta nota fiscal apontando o valor de U\$ 8,00 para uma carteira da *Louis Vuitton* ou a bolsa desta mesma marca venha a custar U\$ 18,00.

2. Se de um lado antevejo a possibilidade das mercadorias terem sido compradas por um preço com algum desconto, até mesmo pela quantidade do número de bolsas da marca *Louis Vuitton* e demais marcas de luxo (66 produtos distribuídos em 28 modelos diferenciados em relação à marca, ao passo que a fatura comercial apresenta discriminação em relação a cinco preços unitários para os 64 produtos – fl. 14), de outro, há total perda de credibilidade quando alguém vem ao Judiciário tentar iludir o magistrado ao ponto de querer convencê-lo que uma carteira da marca *Louis Vuitton* possa ser vendida por U\$ 8,00 ou uma bolsa da mesma marca tenha seu preço avaliado em U\$ 18,00. É risível tal argumento. Vai conta todo o trabalho e dezenas de anos de estudo visando a valorização da marca, sendo que tais preços sequer são compatíveis com produtos falsificados da própria marca.

3. Nem no conhecido bairro de Nova York de nome *Chinatown* são encontrados preços nestes valores e, ainda por cima, preços referentes a produtos genéricos, onde uma falsificação de uma bolsa grande da mesma marca gira em torno de U\$ 100,00 a U\$ 150,00 e um modelo falsificado de excelente qualidade tem seu valor aproximado de U\$ 250,00.

4. A partir do momento em que a parte faltou com a verdade e tentou, ainda que sem qualquer possibilidade de êxito, ludibriar o Judiciário, não vejo a menor possibilidade de que o próprio Judiciário venha a descaracterizar o procedimento de arbitramento praticado pelo auditor fiscal da Receita Federal, até porque as alegações da autora, desprovidas de prova, foram no sentido de que o preço declarado foi realmente o valor objeto da venda.

5. Qual seria a credibilidade (de quem ainda tem a coragem de afirmar que tais bolsa são para uso próprio) da afirmação da autora, no sentido de que os preços em Outlets giram em torno de 70% do valor vendido nas lojas de grife, se estamos tratando de marcas cujo marketing tem sido justamente no sentido de valorização e da busca de seu elevado preço?

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga (convocado).

6. Ao fazer uma consulta no *site* Wikipédia, colaciono o seguinte em relação à marca *Louis Vuitton*, propriedade da empresa LVHY:

Seus produtos são vendidos exclusivamente nestes locais, com exceção de lojas especializadas em vender bens de luxo, como é o caso da em Londres. A política de distribuição da marca pode ser definida como “cativa”, pois alia uma procura grande a uma rede de distribuição bastante seletiva<sup>[1]</sup>. A característica dessa política contribui tanto para o produto quanto para o preço, pois com uma distribuição mais seletiva possibilita um melhor controle e qualidade. Também contribui para que o produto seja visto como algo mais raro, o que influi na precificação. Portanto, as duas dimensões da distribuição acabam reforçando aspectos de qualidade, raridade e preço elevado.

7. Um dos grandes desafios das empresas proprietárias das marcas de luxo é o equilíbrio a ser alcançado entre a preservação da exclusividade da marca e o aumento das vendas, tornando difícil alavancar os negócios sem se enveredar na perda do conceito exclusivo da marca, alcançando um número maior de clientes ao custo de perder o glamour e a sofisticação anteriormente conquistados. É em decorrência desta constatação que não pode ser aceito o preço constante da nota fiscal, pois o mesmo vai na contramão de todo o trabalho de valorização da marca. Ainda que as mercadorias tivessem pequenos defeitos, a incineração destes produtos seria uma medida muito mais compatível com todo o trabalho desenvolvido da marca, do que a mesma repassar para outro comerciante, que ainda auferir lucros, para fins de que tais produtos tenham seu preço pago pela autora, no valor de U\$ 8,00 para uma carteira e U\$ 18,00, relativo a uma bolsa LV.

8. O preço pretendido pela autora seria como reconhecer que a empresa LVMY estaria visando à própria banalização de uma de suas 60 marcas de luxo, talvez a mais famosa, ou seja, se fosse aceita a veracidade destes preços constantes em nota fiscal, não estaríamos mais falando em risco da marca perder o conceito de exclusividade quando vende bolsas *Louis Vuitton* por U\$ 18,00 ou carteiras da mesma marca por U\$ 8,00, mas sim, bastaria esperar o próprio desprestígio e a não exclusividade da marca, que viriam a passos largos, conclusão de fácil visualização até mesmo por um leigo no assunto.

9. Uma das premissas básicas do luxo é a exclusividade, ou seja, para evitar a desvalorização ou a vulgarização de sua marca, as empresas do ramo tem apostado na sofisticação e na personalização de suas criações, visando salientar a individualidade e

preservar a exclusividade do produto legitimado por uma prestigiosa marca, razão esta pela qual a marca passa a ser primordial, quase tão importante quanto o produto em si, se tratando de um patrimônio que deve ser cuidado, gerenciado e preservado, ou seja, de acordo com o autor Ricardo Ojeda Marins (“*Uma marca de luxo pode tornar-se banalizada?*”), se uma marca de luxo e de prestígio estiver disponível em pontos de venda considerados não luxuosos, sua imagem poderá ser alterada, pois seu público consumidor já possui uma imagem formada de que sua marca é prestigiosa e não popular e de fácil acesso.

10. Quanto ao arbitramento realizado, este é amplamente aceito por nossa jurisprudência, sendo que, conforme determinação expressa da lei, o arbitramento será feito com base nos preços de mercado vigentes à época da ocorrência dos fatos ou eventos,

11. Colaciono os seguintes julgados:

Em consequência, cabível o Fisco recusar fé aos documentos apresentados pelo importador e efetuar arbitramento dos valores das mercadorias, respeitado o art. 148, do CTN, não ofendendo o ordenamento a exigência de garantia para imediato desembaraço aduaneiro (IN-SRF 16/98, art. 21) das mercadorias sujeitas à determinação de valor tributável pelo Fisco (REsp 200500299670, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, DJ Data: 15/02/2007, p. 215).

*Imposto de importação base de cálculo. Arbitramento de valor. Notificação suplementar.*  
1. A autoridade fiscal pode arbitrar o valor das mercadorias importadas quando o valor declarado é inferior ao preço normal. Interpretação dos Art-20 e Art-148 do CTN-66. 2. Enquanto não cumprida a obrigação fiscal, aí incluído o pagamento do tributo e seus acréscimos, o importador não tem direito à conclusão do desembaraço aduaneiro. 3. Apelação improvida. Remessa oficial provida. (AMS 9704412274, rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva, 1ª Turma do TRF 4ª Região, DJ 28/04/1999 p. 813).

12. O questionamento no sentido de que seria caso de declaração simplificada esbarra no próprio número de produtos importados (66 produtos distribuídos em 28 modelos diferenciados em relação à marca, ao passo que a fatura comercial apresenta discriminação em relação a cinco preços unitários para os 64 produtos – fl. 14), incompatível para o uso próprio, anda mais diante de produtos repetidos e cuja nota fiscal só fez referência a cinco preços unitários, o que demonstra nítida intenção de burlar o fisco. Se de um lado a autora afirma que “a IN SRF 155, de 22/12/1999 permite a importação pela pessoa física, não definindo o que

se considera quantidade para fins de comércio ou não e que as mercadorias foram adquiridas para a própria autora”, não é necessário nem consultar a referida IN para chegar a conclusão de que tal afirmação esta em dissonância com qualquer bom senso, sob pena de ser permitir a importação de qualquer quantidade sob tal alegação, devendo ser destacado que o número

de mercadorias retira qualquer plausibilidade na afirmação de se tratar de mercadorias para uso próprio, ainda mais vindo de quem até agora não demonstrou nenhuma afirmação digna de credibilidade.

13. Ante o exposto, *nego provimento* à apelação da autora.

É como voto.

## Sétima Turma Suplementar

Numeração única: 0013891-09.1999.4.01.3800

Apelação Cível 1999.38.00.013915-5/MG

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)  
Apelante: IBR – Instituto Brandão de Reabilitação  
Advogados: Dra. Maria de Fátima Soares dos Santos e outros  
Apelado: Banco Central do Brasil – Bacen  
Procuradora: Dra. Juliana Souza Macedo  
Publicação: e-DJF1 de 09/11/2012, p. 915

### Ementa

*Tributário. Contratação de câmbio. Mudança do sistema de bandas para o de livre flutuação da taxa de câmbio. Superdesvalorização da moeda nacional face ao dólar americano. Desembolso de valores ao fornecedor estrangeiro em patamar superior ao projetado. Ausência do requisito da imprevisibilidade. Risco ordinário das operações cambiais.*

I. A alteração da política cambial do sistema de bandas para o de livre flutuação da taxa de câmbio teve por vista estancar um contínuo fluxo de perdas de reservas internacionais líquidas, iniciado no segundo semestre de 1998, bem como evitar um significativo aumento das taxas de juros.

II. No caso em tela, a apelante aduz que o Bacen deveria autorizar o fechamento do câmbio da operação de importação em questão à taxa de câmbio de 1,2125, para efetuar a quitação da dívida perante o exportador.

III. Ocorre que a alteração cambial é um risco inerente a contratações desta natureza – preço contratual em moeda nacional e pagamento ao fornecedor em moeda estrangeira, razão pela qual não há que se falar em aplicação da teoria da imprevisão com o objetivo de buscar reparação da União por diferença decorrente da oscilação da taxa de câmbio.

IV. Apelação a que se nega provimento.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

7ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 16/10/2012.

Juiz Federal *Carlos Eduardo Castro Martins*, relator convocado.



## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins:* — Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Brandão de Reabilitação – IBR, em face da sentença de fls. 156-162, que denegou a segurança pleiteada, nos termos do dispositivo a seguir transcrito:

Por tais razões, julgo improcedentes os pedidos e denego a segurança à impetrante, que deverá suportar as custas processuais. Sem honorários advocatícios a teor da Súmula 105 do STJ.

Em suas razões recursais, às fls. 165–181, alegou a apelante, em suma, que: a) o mandado de segurança é perfeitamente adequado, frente à ilegalidade do ato questionado; b) a importação deve estar vinculada à contratação de câmbio e registro no Banco Central do Brasil; e, c) o ato questionado viola os princípios da segurança jurídica, da previsibilidade e da proteção da confiança.

Contrarrazões às fls. 191-204.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 207-209, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins:* — Discute-se, nos autos, a legalidade do sistema de livre flutuação de taxas cambiais adotado pelo Banco Central do Brasil, a partir da Resolução 1.690–1990, editada por este órgão, face ao anterior sistema de bandas.

Isso porque a apelante importara um equipamento médico que, durante o trânsito aduaneiro, fora alvo de um acidente que resultara em sua perda total. Com o dinheiro recebido pela seguradora, a apelante objetivava pagar pelo equipamento, quando se deparou com o aumento da taxa de câmbio e desvalorização da moeda brasileira. Em razão disso, alega a apelante que é dever do Bacen fechar o câmbio no valor negociado à época da alienação, tendo em vista a supervalorização da moeda estrangeira.

Preleciona o art. 1º, *caput*, da referida resolução o seguinte:

Art. 1º. Serão livremente pactuadas entre as partes as taxas de câmbio pelas quais se contratem operações de compra e venda de moeda estrangeira, para entrega pronta ou futura, celebradas entre os estabelecimentos bancários autorizados a operar em câmbio nos termos da Resolução 1.620, de 26.7.89, e seus clientes.

O regime de livre flutuação da taxa de câmbio, motivado pelo clima de insegurança do mercado gerado pela negativa conjuntura econômica e política presente no início de 1999, teve início no dia 15 de janeiro daquele ano, quando o Banco Central emitiu o Comunicado 6.563 informando que naquele momento passaria a se abster de operar no mercado de câmbio, o que implicava a suspensão temporária do regime de bandas. Logo em seguida, precisamente no dia 18 daquele mês, o Bacen emitiu o Comunicado 6.565 informando que deixaria o próprio mercado definir a taxa de câmbio, nos seguimentos livre e flutuante, e que apenas interviria eventualmente para conter movimentos desordenados do câmbio.

A alteração da política cambial visou precipuamente a estancar um contínuo fluxo de perdas de reservas internacionais líquidas, iniciado no segundo semestre de 1998, bem como evitar um significativo aumento das taxas de juros.

No caso em tela, a apelante aduz que o Bacen deveria autorizar o fechamento do câmbio da operação de importação em questão à taxa de câmbio de 1,2125, para efetuar a quitação da dívida perante o exportador.

Nesse contexto, assiste razão ao juízo monocrático quando afirma, às fls. 159, que:

*[...] não há dispositivo legal vigente, nem mesmo nas entrelinhas dos princípios constitucionais mencionados, capaz de assegurar sua pretensão para, sinteticamente, obter dólares americanos dos cofres públicos para poder pagar a dívida contraída no estrangeiro, e tampouco norma assegurando taxas de câmbio fixas.*

A recorrente atribui seu prejuízo à alteração da política cambial promovida pelo Bacen em janeiro de 1999, a qual reputa evento imprevisível no momento da contratação, sendo, destarte, cabível a aplicação da teoria do fato do príncipe para fins de recomposição do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, com arrimo no art. 65, II, *d*, da Lei 8.666/1993.

Não se pode, no entanto, alegar desconhecimento acerca da possibilidade de oscilação da taxa de câmbio, vez que esta realidade sempre existiu, mesmo antes da política cambial adotada pelas autoridades monetárias em janeiro de 1999. Se a contratante dependia do

\* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado).

ingresso do produto a partir de fornecedor externo, com pagamento em moeda estrangeira, é evidente que existia o risco de se deparar com taxa de câmbio diferente da esperada, seja para mais ou para menos.

O requisito da imprevisibilidade, desta feita, não se afigura no caso ora examinado, na medida em que a possibilidade de alteração da taxa de câmbio era realidade presente e conhecida pela empresa recorrente. Vale dizer: a possibilidade de oscilação da moeda estrangeira consubstancia risco ordinário das operações cambiais.

Sendo esse risco inerente a contratações desta natureza – preço contratual em moeda nacional e pagamento ao fornecedor em moeda estrangeira, não há que se falar em socorro à teoria da imprevisão com o objetivo de buscar reparação da União por diferença decorrente da oscilação da taxa de câmbio, pois, como acima dito, a imprevisibilidade é condição *sine qua non* para que o prejudicado pleiteie o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Acerca do tema, confira-se o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

*Responsabilidade civil do Estado. Paridade cambial. Intervenção estatal no domínio econômico. Pretensão de imputação de responsabilidade objetiva por força de alteração da paridade cambial. Consequente dever de indenizar à União e ao Bacen. Fatores inerentes à conjuntura internacional que se assemelham ao fato do príncipe. Improcedência.*

I. A intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais inseridos nos arts. 170 e 174, da CF.

II. Deveras, sólida a lição de que um “dos fundamentos da Ordem Econômica é justamente a ‘liberdade de iniciativa’, conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda a ‘livre concorrência’ como um de seus princípios obrigatórios: ‘A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência’. Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o quantum a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto

Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados. No passado ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: ‘Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (...)’ (Celso Antônio Bandeira de Mello in “Curso de Direito Administrativo”, 14. ed. Malheiros, 2002, p. 619-620).

III. *No afã de regular o comércio exterior e manter a sua balança de pagamentos equilibrada, o Estado-Soberano pode preconizar a paridade cambial, previsivelmente sujeita, quanto à sua estabilidade, ao comércio externo e à política internacional, fatos inimputáveis ao Estado Nacional, quer à luz da responsabilidade objetiva quer à luz da responsabilidade subjetiva, inerentes às hipóteses de atos omissivos, nos quais é imperioso detectar que a entidade pública tinha o dever de evitar o imprevisito que gerou dano a terceiros.*

IV. *Consoante escorreitamente assentado no aresto recorrido “1. A União é parte ilegítima para figurar no pólo passivo das ações em que se discute direito à indenização por prejuízos decorrentes da súbita modificação da política cambial, estando legitimado, com exclusividade, o BACEN, que decidiu e implementou a liberação do mercado de câmbio. 1. (sic) Ao contratar em moeda estrangeira, o empresário sabe e espera que sua obrigação seja quantificada segundo a variação cambial. O mercado de câmbio, por natureza, é variável. Tanto é assim que para livrar-se dos efeitos de uma valorização inesperada do dólar, existe a opção de contratação de operações de hedge. 2. Ainda que se pudesse considerar imprevisível a súbita liberação do mercado cambial, pelo BACEN, em 18/01/99, através do Comunicado 6565, e a correspondente maxidesvalorização do real, não é possível transferir ao Estado os prejuízos decorrentes da álea de negócio vinculado à variação futura do dólar norte-americano. A teoria da imprevisão aplica-se aos contratantes, não vinculando terceiros. 3. A liberação do mercado de câmbio, pelo BACEN, na ocasião, é tida por regular, pois surgiu como alternativa capaz de proteger as reservas cambiais do Brasil. A volatilização do mercado financeiro e de capitais, produto da globalização, é capaz de provocar súbitos desequilíbrios nas reservas cambiais, o que exige dos Governos modificações em sua política cambial, muitas vezes inesperadas ou mais drásticas que as esperadas, na tentativa de conter a liquidação da economia do país.[...]”*

V. A existência de norma legal indicativa do exercício da intervenção no domínio econômico revela exercício regular de direito, mercê de não se inferir da norma jurídica qualquer atuar omissivo posto inexistente o dever legal de manutenção da paridade, o qual, se existente, poderia conduzir à culpa in ommittendo.

VI. O fato do príncipe é argüível intra muros entre os particulares e extraterritorialmente pelo Estado, desde que o suposto fato imprevisível e danoso dependa de conjunturas internacionais, imprevisíveis, ad substantia.

VII. A ciência jurídica-econômica não é mutável e eterna, como não são os ordenamentos voltados à regulação das atividades econômicas, sujeitas estas às mais diversas espécies de injunções internas e internacionais, como guerras, estratégias de proteção de produtos alienígenas, rompimento de relações diplomáticas, etc.

VIII. O Estado responde objetivamente pelos seus atos e de seus agentes que nessa qualidade causem a terceiros e, por omissão, quando manifesto o dever legal de impedir o ato danoso, hipótese em que a sua responsabilidade é subjetiva decorrente de imperícia ou dolo.

IX. A ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica, revela a ausência de responsabilização do Estado.

X. Recurso Especial desprovido." (Resp 549873/SC, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, publ. DJ 25/10/2004, p. 224, sem grifo no original)

Esta Corte Regional tem perfilhado a mesma linha de inteligência, decidindo a matéria na forma da ementa a seguir colacionada:

*Ação indenizatória. Agravo retido. Prova testemunhal. Desnecessidade. Matéria eminentemente de direito. Contrato de fornecimento de helicópteros para o departamento de polícia rodoviária federal. Política econômica. Mudança do sistema de bandas para o de livre flutuação da taxa de câmbio. Maxidesvalorização da moeda nacional face ao dólar americano. Desembolso de valores ao fornecedor estrangeiro em patamar superior ao projetado. Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Lei 8.666/1993, Art. 65, II, d. Teoria da imprevisão. Fato do príncipe. Ausência do requisito da imprevisibilidade. Risco ordinário das operações cambiais.*

[...]

VII. Reconhecem-se como requisitos de aplicação da teoria da imprevisão: a) imprevisibilidade do evento; b) inimputabilidade do evento às partes contratantes; c) modificação substancial das condições do contrato; d) ausência de impedimento absoluto.

VIII. O regime de livre flutuação da taxa de câmbio, motivado pelo clima de insegurança do mercado gerado pela negativa conjuntura econômica e política presente no início de 1999, teve início no dia 15 de janeiro daquele ano, quando o Banco Central emitiu o Comunicado nº 6.563 informando que naquele momento passaria a se abster de operar no mercado de câmbio, o que implicava a suspensão temporária do regime de bandas. No dia 18 daquele mês, o BACEN emitiu o Comunicado nº 6.565 informando que deixaria o próprio mercado definir a taxa de câmbio, nos seguimentos Livre e Flutuante, e que apenas interviria eventualmente para conter movimentos desordenados do câmbio.

IX. É correta a afirmativa de que a mudança do sistema de bandas para o de livre flutuação da taxa de câmbio adotado pelo Banco Central não poderia ser prevista pelos contratantes no momento em que firmaram o instrumento de fornecimento de aeronaves. Todavia, não se pode alegar desconhecimento acerca da possibilidade de oscilação da taxa de câmbio, vez que esta realidade sempre existiu, mesmo antes da política cambial adotada pelas autoridades monetárias em janeiro de 1999. Se a contratante dependia do ingresso do produto a partir de fornecedor externo, com pagamento em moeda estrangeira, é evidente que existia o risco de se deparar com taxa de câmbio diferente da esperada, seja para mais ou para menos.

X. O requisito da imprevisibilidade, desta feita, não se afigura no caso ora examinado, na medida em que a possibilidade de alteração da taxa de câmbio era realidade presente e conhecida pela empresa recorrente ao tempo da apresentação de sua proposta, bem como no momento da assinatura do contrato de fornecimento de helicópteros ao Departamento de Polícia Rodoviária Federal. A possibilidade de oscilação da moeda estrangeira consubstancia risco ordinário das operações cambiais, o que afasta a possibilidade de reparação com base na teoria da imprevisão.

XI. "Ao contratar em moeda estrangeira, o empresário sabe e espera que sua obrigação seja quantificada segundo a variação cambial. O mercado de câmbio, por natureza, é variável. Tanto é assim que para livrar-se dos efeitos de uma valorização inesperada do dólar, existe a opção de contratação de operações de hedge. Ainda que se pudesse considerar imprevisível a súbita liberação do mercado cambial, pelo BACEN, em 18/01/99, através do Comunicado 6565, e a correspondente maxidesvalorização do real, não é possível transferir ao Estado os prejuízos decorrentes da álea de negócio vinculado à variação futura do dólar norte-americano". (Resp 549873/SC, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, publ. DJ 25/10/2004 p. 224)

XII. A apelante exerceu sua liberdade de contratar com o Poder Público e, assim agindo, sujeitou-se às circunstâncias do negócio jurídico, dentre as quais se incluiu a necessidade de se valer de fornecedor internacional para fazer frente à obrigação contratual assumida com a parte adversa.

Poderia se abster de participar da concorrência se não queria assumir os riscos naturais do negócio.

XIII. A recorrente, não obstante a dificuldade financeira causada pela variação na cotação da moeda americana, adquiriu os helicópteros conforme a previsão contratual. Se a avença tornou-se de difícil ou incerto adimplemento, deveria ter renunciado ao cumprimento do contrato e arcado com as sanções nele previstas, e não pretender obter, indiretamente, a majoração do contrato por meio administrativo ou judicial sob a forma de indenização, com fundamento na desvalorização cambial.

XIV. Agravo retido da autora improvido.

XV. Apelação da autora improvida.

(AC 2000.34.00.037273-8/DF, rel. Des. Federal Selene Almeida, Quinta Turma, e-DJF1, p. 120, de 27/11/2009 sem grifo no original).

Ante o exposto, nego provimento à apelação, para manter a sentença proferida em primeiro grau, pelos seus próprios fundamentos.

É como voto.

## Sétima Turma Suplementar

Numeração única: 0031126-69.2001.4.01.0000

Apelação Cível 2001.01.00.034492-1/AM

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)  
Apelante: Serviço Federal de Processamento de Dados – Serpro  
Advogados: Dr. Antônio Nelson Mori e outros  
Apelado: Município de Manaus/AM  
Procurador: Dr. José Carlos de Moraes Bezerra  
Publicação: e-DJF1 de 07/12/2012, p. 1.080

## Ementa

*Tributário. Anulatória de débito fiscal. ISSQN. Serpro. Prestação de serviços a órgãos da Receita Federal. Instalação de nós de rede. Contraprestação. Subvenções econômicas. Auto de infração. Nulidade. Multa por violação à norma inserta no art. 31, II, a, da Lei 254/1994 Manaus. Inaplicabilidade.*

I. O Serpro foi criada para prestar serviços a entidades da Administração Pública e como tal recebe subvenções econômicas para fazer frente às despesas daí advindas (art. 13 e 14 da Lei 4.516/1964), razão pela qual não se pode afirmar que esses recursos orçamentários sejam contraprestação direta por tais serviços e, por consequência, fatos geradores do ISSQN.

II. *In casu*, o Serpro prestou serviços de instalação dos chamados *nós de rede* em órgãos da Receita Federal.

III. Subvenções econômicas a empresas públicas, nos termos do art. 18 da Lei 4.320/1960, são receitas previstas em lei, expressamente incluídas nas despesas correntes do orçamento da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal, para cobertura dos déficits de manutenção da entidade subvencionada.

IV. O auto de infração lavrado em decorrência da não apresentação de documentos que comprovem que a Serpro encontra-se isenta do ISSQN, aplicando a multa por violação ao disposto no art. 31, II, a, da Lei 254/1994 de Manaus, é nulo.

V. Apelação a que se dá provimento.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

7ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 13/11/2012.

Juiz Federal *Carlos Eduardo Castro Martins*, relator convocado.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins: — Trata-se de apelação interposta por Serviço Federal de Processamento de Dados — Serpro, em face da sentença de fls. 198–205, que julgou improcedentes os pedidos veiculados na inicial, em sede de ação anulatória de débito fiscal c/c repetição de indébito, nos termos do dispositivo a seguir transcrito:*

Pelo exposto, nos termos da fundamentação supra, *julgo improcedente* o pedido, condenando o autor em custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00.

Em suas razões recursais, às fls. 207–221, alega a apelante, em suma, que: a) os valores percebidos por ela dizem respeito à contraprestação dos serviços de instalação de *nó de rede* nos órgãos da Receita Federal; b) esses valores tratam-se de subvenções econômicas destinadas à cobertura dos seus déficits de manutenção, posto que a empresa pública é entidade subvencionada pelo Ministério da Fazenda.

Contrarrazões às fls. 246–251.

É o relatório.

## Voto<sup>\*</sup>

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins: — Discute-se nos autos a legalidade da multa imposta ao Serpro por autoridade administrativa em decorrência de violação à norma inserta no art. 31, II, a, da Lei 254/1994 de Manaus. Dispõe o auto de infração em questão que a referida empresa teria se mantido inerte quando chamada a comprovar a origem de suas receitas.*

Entende o Serpro que se tratam de subvenções econômicas, as quais não podem ser tributadas, eis que destinadas ao pagamento de pessoal (Lei 7.742/1989), principalmente no que se refere às despesas de custeio que superam as receitas anuais correntes.

Já a fiscalização municipal diz que, se o Serpro presta serviços à União, mesmo que por força das atribuições que nortearam a sua criação, e a contrapartida desses serviços se dá por subvenções econômicas, essas são a base de cálculo do ISSQN devido. No seu entender, mesmo sendo a Serpro uma empresa pública federal que tem por imperativo legal a atribuição de prestar serviços de tratamento de

informações e processamento de dados necessários aos órgãos do Ministério da Economia e Planejamento (art. 2º, Lei 4.516/1964), tal fato isoladamente não tem o condão de isentá-la do pagamento do imposto sobre serviços, pois possui autonomia financeira e administrativa e não se confunde com a entidade de direito público que a criou.

Entendo, entretanto, que razão não assiste ao município de Manaus, posto que, se é incontroverso que o Serpro foi criada para prestar serviços a entidades da Administração Pública e como tal receba subvenções econômicas para fazer frente às despesas daí advindas (arts. 13 e 14 da Lei 4.516/1964), não se pode afirmar que esses recursos orçamentários sejam contraprestação direta por tais serviços e, por consequência, fatos geradores do ISSQN.

É que subvenções econômicas às empresas públicas, nos termos do art. 18 da Lei 4.320/1960, são receitas previstas em lei, expressamente incluídas nas despesas correntes do orçamento da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal, para cobertura dos déficits de manutenção da entidade subvencionada.

Também o disposto nos arts. 13 e 14 da Lei 4.516/1964 corrobora a tese exequente, pois, embora expressem a prestação de serviços mediante ajustes preliminares, com especificações técnicas, prazos e custos diretos de execução dos trabalhos, ressalvam que “os créditos orçamentários ou adicionais destinados [...] serão automaticamente registrados pelo Tribunal de Contas, [...], movimentável exclusivamente pelo Serviço Federal de Processamento de Dados”, quando não superiores, em cada mês, ao duodécimo dos créditos orçamentários, ou a fração do crédito suplementar determinada pelo número de meses que se contraem da data da sua abertura ao término do exercício (§ 1º).

Veja-se, ainda, que nos termos do art. 15 dessa mesma lei, esses créditos poderão ser bloqueados pelo Ministério da Fazenda. Logo, como se pode qualificar de remuneração pela prestação de serviços o recebimento de subvenções econômicas cuja movimentação não se dá ao livre dispor da prestadora de serviços?

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para reformar a sentença de primeiro grau, no sentido de declarar a nulidade do Auto de Infração 7.213/1995.

Inverta-se o ônus da sucumbência.

É como voto.

<sup>\*</sup> Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado).



## Medida Cautelar inominada 0059348-61.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
Requerente: Laboratório Belém Jardim Indústria e Comércio Ltda.  
Advogados: Dr. Roney Oliveira Júnior  
Dr. Júlio César Rodrigues da Silva  
Dra. Cristina de Almeida Canêdo  
Requerida: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Publicação: e-DJF1 de 19/12/2012, p. 74

### Decisão

O autor, Laboratório Belém Jardim Indústria e Comércio Ltda., por meio da petição constante das fls. 680-683, informa que está havendo o descumprimento da medida liminar que deferi, autorizando-a a fabricar medicamentos, independentemente de registro, em razão da publicação da Resolução 4.879/Anvisa, “que determinou a suspensão da fabricação e comercialização de produtos fitoterápicos alcançados pela decisão proferida na medida cautelar” (fl. 682).

Pelo despacho constante da fl. 703, a Anvisa foi intimada para esclarecer acerca do alegado descumprimento da medida liminar.

Em resposta, declarou que “é de se notar que na ação principal, na qual foi interposto o recurso especial cujo efeito suspensivo foi deferido, inexistente qualquer decisão válida favorável ao autor” (fl. 709), e que, “no caso da cautelar, que também foi julgada improcedente com revogação expressa da liminar que havia deferido efeito suspensivo a apelação e restabelecido anterior antecipação dos efeitos da tutela, não foi interposto qualquer recurso” (fls. 709-710), concluindo que, assim, “não existe decisão a ser restabelecida pela concessão do efeito suspensivo ao REsp interposto, tratando-se de medida inócua e inexecutável” (fl. 710).

Decido.

Ao apreciar o pedido liminar formulado pelo autor, após identificar a presença dos requisitos necessários, deferi-o, nos seguintes termos:

No que se refere à fumaça do bom direito, o recurso especial (fls. 574-598) interposto nos autos da aludida apelação cível veicula discussões acerca da possibilidade de o ato administrativo continuar surtindo efeitos, não obstante tenha sido revogada a lei que o embasou, em respeito à garantia do ato jurídico perfeito. No recurso, há alegação de violação do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657/1942).

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça tem inúmeros julgados, exempli gratia:

[...]

Quanto ao perigo da demora, penso que a paralisação da produção de diversos medicamentos do laboratório constitui medida capaz de inviabilizar as atividades da empresa, com drástica redução de sua receita, minando os recursos necessários ao cumprimento das obrigações relacionadas ao depósito de salários de empregados, pagamento de fornecedores e dos tributos incidentes sobre a atividade, prejuízos que, a meu ver, são de difícil reparação e atingem, ainda que indiretamente, terceiros alheios à demanda.

Há que se consignar que o ora requerente manteve a produção, por longo período, de diversos medicamentos com isenção de registro, desde 1990, sob a égide da isenção de que tratava o revogado art. 23 da Lei 6.360/1976.

Por outro lado, embora a exigência do registro seja medida de proteção da saúde da população consumidora dos medicamentos, não há, nos autos, manifestação da Anvisa acerca de problemas relacionados à segurança dos produtos fabricados e comercializados, há anos, pela requerente.

Esses motivos, a meu ver, são suficientes para o deferimento da medida acautelatória, ora postulada.

Ante o exposto, defiro a liminar, a fim de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto pela ora requerente.

Comunique-se, com urgência.

Da simples leitura do trecho acima transcrito, percebe-se, com clareza palmar, que a decisão em questão determinou a continuidade da fabricação dos medicamentos.

Entendo, então, que está ocorrendo o descumprimento da liminar que deferi, pelo que determino que a Anvisa seja intimada na pessoa de seu Diretor, o Sr. José Agenor Álvares da Silva, pessoa que assinou a Resolução 4.879, de 16 de novembro de 2012, para que cumpra, no prazo improrrogável de 48 horas, o que foi por mim anteriormente determinado.

O não atendimento da ordem judicial no prazo referido, implicará no pagamento de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), independentemente de nova intimação, além da possibilidade de determinação de prisão.

Intime-se, com urgência.

Brasília, 12 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, vice-presidente.

## Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0076601-62.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro  
Requerente: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Requerido: Juízo Federal da 16ª Vara/DF  
Impetrante: Distrito Federal  
Procuradora: Dra. Ana Maria Isar dos Santos Gomes  
Publicação: e-DJF1 de 19/12/2012, p. 76-77

### Decisão

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan requer a suspensão da execução da liminar deferida pelo MM. juiz federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos do Mandado de Segurança 48302-60.2012.4.01.3400, nos termos, que destaco:

[...]

Isso posto, *defiro* o pedido de liminar para suspender os efeitos do ato administrativo de cancelamento da autorização concedida pelo IPHAN para a construção das cinco ligações viárias, chamadas de “agulhinhas”, na altura das Quadras 105/205 e 109/209 da Asa Norte e entre as Quadras 105/205, 109/209 e 113/2013 da Asa Sul, até o julgamento final da lide, bem como os efeitos do Termo de Embargo 18079, referente à obra iniciada na altura das Quadras 109/209, e de qualquer outro termo de embargo de obras porventura lavrado que tenha por objeto as referidas obras de ligações viárias”. (fl. 18).

Sustenta que o Iphan/DF, segundo a Nota Técnica 109/2011, foi contrário à pretensão do Distrito Federal de executar intervenções viárias no Plano Piloto, já que “não foram apontados impasses na circulação viária que justificasse essas intervenções” (fl. 5); que, renovado o pedido, foi, mais uma vez negado, pois o Parecer Técnico. 04/Iphan/DF/2012 identificou diversas falhas nos estudos apresentados. Não obstante, o Superintendente do Iphan, por meio do Ofício 193/2012, autorizou a construção de 5 (cinco) aberturas de acessos ao Eixo Rodoviário por meio das tesourinhas dos Eixinhos, sob o fundamento de que as *agulhinhas* estavam previstas no croqui apresentado por Lúcio Costa e a existência prévia dessas ligações no Plano Piloto, apresentando, no entanto, duas condicionantes: a “realização de estudo prévio para aferir o volume de tráfego, em horários de pico, durante 15 (quinze) dias corridos, e nova aferição após 30 (trinta) dias, a fim de verificar se as intervenções se justificam” (fl. 5).

Assevera que as obras foram embargadas em 25/09/2012 e a autorização do Iphan cancelada, “sob o argumento de que não teria sido comprovado que essas intervenções seriam a solução dos problemas do transporte público no Plano Piloto, os estudos (condicionantes) não teriam sido cumpridos e a autorização teria sido destituída de motivação idônea para superar as manifestações técnicas contrárias às construções” (fl. 3); que o Distrito Federal



impetrou mandado de segurança, cujo pedido de liminar foi deferido *in totum*; que interposto Agravo de Instrumento 65044-78.2012.4.01.0000, não lhe foi atribuído efeito suspensivo.

Assegura que a decisão “interfere diretamente na missão institucional do Iphan em proteger patrimônio tombado, em virtude de que haverá alteração da estrutura viária do Plano Piloto de forma abrupta, com o condão de afastar a concepção original do Eixo Rodoviário e a hierarquia entre ele e os Eixinhos” (fl. 11); que o croqui de Lúcio Costa trazia “agulhinhas”, mas essas que o requerido quer construir têm linhas estruturais diferentes; que “diferentemente do alegado pelo requerido, esse mesmo croqui não corresponde ao Conjunto Urbanístico de Brasília tombado” (fl. 12); que a posição do Iphan funda-se no princípio da proporcionalidade, ou seja, o tombamento não impede modificações no Conjunto Urbanístico de Brasília, desde que essa alteração não seja a primeira medida a ser tomada.

Pois bem, o pedido de suspensão manejado, como se sabe, não tem vocação recursal, por isso que não pode modificar, cassar ou adulterar o ato judicial que se pretende suspender, a fim de não se desviar da competência que o legislador atribuiu ao presidente do Tribunal, que é apenas a de afastar, momentaneamente, a atuação jurisdicional no que concerne à execução de decisões que possam acarretar lesão grave aos valores protegidos pelo art. 4º da Lei 8.437/1992 ou pelo art. 15 da Lei 12.016/2009 — ordem, saúde, segurança e economia públicas. Assim, questões atinentes ao mérito e questões de ordem processual devem ser debatidas pelas vias ordinárias, pelo seu juízo natural.

É certo que, conquanto no âmbito estreito do pedido de suspensão de segurança dispense-se, a princípio, a análise do fundo da controvérsia, bastando a verificação da ocorrência dos pressupostos atinentes ao risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, é quase sempre inevitável um juízo sumário a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, na estrita medida necessária à verificação da potencialidade lesiva do ato decisório questionado.

Na hipótese dos autos, não identifiquei elementos sólidos aptos à concessão da medida extrema ora pleiteada. Com efeito, se, de um lado, o próprio Iphan afirma que o tombamento do bem não impede modificações, por outro, verifica-se que as obras já estão em adiantado andamento (conforme relatório de vistoria técnica com registro fotográfico colacionado aos autos) e que, para tanto, ainda que cassada, obtiveram autorização daquele órgão (fl. 49).

Ademais, o cancelamento da autorização de implementação das chamadas *agulhinhas*, pelo Iphan, como se depreende dos autos, não está intimamente ligado à preservação do patrimônio cultural. Com efeito, como textualmente afixa o requerente, as obras foram embargadas sob o fundamento “de que não teria sido comprovado que essas intervenções seriam a solução dos problemas do transporte público no Plano Piloto, os estudos (condicionantes) não teriam sido cumpridos e a autorização teria sido destituída de fundamentação, haja vista não ter apresentado motivação idônea para superar as manifestações técnicas contrárias às construções” (fl. 3).

A propósito, destaco o seguinte trecho do Memorando 97/2012 SE/Iphan/DF, do Superintendente do Iphan, de 20/11/2012, ratificando e reiterando o Memorando 92/2012/SE/Iphan/DF:

[...] as intervenções mais significativas são as das extensões dos túneis de concreto para as passagens subterrâneas de pedestres, que, como já dito, seriam de todo modo necessárias para as pistas das ciclovias que serão construídas nos canteiros centrais do Eixo Rodoviário, de conformidade com os estudos já apresentados ao Iphan. Assim sendo entendo que, no possível ajuste a ser negociado no âmbito da ação do GDF contra a anulação do Iphan, *essas intervenções poderão ser autorizadas ou admitidas, desde que estritamente vinculadas à execução das ciclovias* (fl. 391 – grifei).

Não se pode olvidar, ademais, que ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan incumbe zelar pela preservação do patrimônio brasileiro, por isso que as considerações a respeito das opções encontradas pelo GDF para resolver o fluxo de tráfego não se mostram suficientes para fundamentar a cassação da autorização anteriormente concedida, nem para suspender a decisão que afastou tal cancelamento.

De fato, conforme consignou a decisão ora impugnada, a

[...] conclusão superveniente da autoridade coatora de que o estudo apresentado não se revela suficiente para comprovar a necessidade de alteração do plano piloto em seu projeto original, idealizado por Lúcio Costa, revela, ao menos, desídia e descaso com que a questão foi tratada pelo Instituto responsável pela proteção do patrimônio histórico e artístico da nação [...].

Por outro lado, ao conceder a autorização para início das obras e depois revogá-la unilateralmente, a autoridade coatora acaba por gerar uma situação de insegurança ao rever seus atos administrativos à revelia da situação fático-jurídica já instalada (fl. 18).

Feitas essas considerações, verifico que não estão presentes os pressupostos necessários à suspensão pretendida. O requerente não demonstrou de que modo a decisão poderá acarretar *grave lesão à ordem administrativa*, haja vista que o requerido somente deu início às intervenções no Eixo Rodoviário após a autorização do Iphan, ainda que, por um motivo ou outro, entendeu por cancelá-la.

Isso posto, *indefiro* o pedido formulado pela União Federal.

Brasília, 12 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal *Mário Cesar Ribeiro*, presidente.

## Mandado de Segurança 0051030-89.2012.4.01.0000/RO

Relator: Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz (convocado)  
Impetrante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Impetrado: Juiz de Direito da 1ª Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de Porto Velho/RO  
Interessados: Everaldo Jair dos Santos e outros  
Advogado: Dr. Jeferson Nunes Arantes Fuhr  
Publicação: e-DJF1 de 18/12/2012, p. 6

### Decisão

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) contra ato atribuído ao Juiz de Direito da 1ª Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de Porto Velho.

Às fls. 174-186 dos autos eletrônicos, o Ibama interpõe agravo regimental da decisão proferida às fls. 171 dos autos eletrônicos, proferida nos seguintes termos:

Na jurisprudência desta Corte, encontra-se:

[...] *Mandado de segurança impetrado por autarquia federal ato coator emanado de juiz de juizado especial estadual. Competência da turma recursal do juizado especial federal. [...] Competência da justiça federal. Incompetência do tribunal regional federal para apreciar o mandamus.*

I. A competência para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de juiz de direito, embora não investido de jurisdição federal, é do Tribunal Regional Federal, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

II. No caso, tratando-se de decisão do Juiz de Direito do Juizado Especial de Januária (MG), em causa que envolve interesse do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), a competência para o julgamento do mandado de segurança, é da Turma Recursal do Juizado Especial Federal da respectiva área.

III. Incompetência do Tribunal, que se reconhece, determinando, em consequência, a remessa dos autos a uma das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais.

(MS 0080239-74.2010.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, Terceira Seção, e-DJF1, p. 5, de 15/08/2011.)

Ante o exposto, declaro a incompetência absoluta desta Corte para processo e julgamento do presente mandado de segurança, com remessa dos autos para Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia.

Decido.

Na inicial do presente mandado de segurança, alega-se:

Surpreendentemente, a unidade do Ibama em Porto Velho foi intimada, em 16/05/2012, por Mandado de Intimação, para dar cumprimento à determinação emanada da MM. Juiz da 1ª Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca Porto

Velho/RO, na qual determina a entrega caminhão suso mencionado aos condutores autuados, em razão de procedimento tombado naquele Juízo com o número 0002232- 22.2012.822.0601/1.

Nos termos do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, art. 8º, § 2º, inciso I, “à 2ª Seção cabe o processo e julgamento dos feitos relativos a [...] matéria penal em geral”.

É, pois, da Segunda Seção a competência para processo e julgamento do presente mandado de segurança. A propósito, confirmam-se:

*Administrativo. Mandado de Segurança. Ato coator. Apreensão de equipamento transmissor de radiofusão. Questão de ordem. Objeto de investigação criminal. Competência jurisdicional de uma das turmas que compõe a Segunda Seção do TRF 1ª Região.*

A apreensão de equipamento transmissor de radiodifusão, na hipótese dos autos, foi realizada, pela Polícia Federal, para apuração de crime, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão, expedido pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais. Versando, portanto, a matéria sobre direito penal, a competência, neste egrégio Tribunal Federal, é da colenda 2ª Seção, e das respectivas Turmas que a integram, nos termos do art. 8, § 2º, I, do seu Regimento Interno. Questão de ordem acolhida.

(AMS 0031961-35.2003.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, rel. acor. Des. Federal Souza Prudente, Sexta Turma, e-DJF1, p.275 de 18/02/2008)

*Processual Civil. Mandado de segurança . Recurso de apelação criminal. Busca e apreensão. Ato judicial. Competência. Perda de objeto. Fundamentação. Motivação. Ausência. Ilegitimidade manifesta. Nulidade (CF, art. 93, IX). Discrição. Liberdade de escolha.*

1. A jurisprudência sufragada por esta 2ª Seção, pacificou-se no sentido de que, em regra, tendo em vista o disposto no artigo 593, inciso II, do Código de Processo Penal, e na Súmula 267, do colendo Supremo Tribunal Federal, é imprópria a utilização do mandado de segurança quando o seu objeto é a restituição de coisas apreendidas, em cumprimento de mandado de busca e apreensão, expedido em fase de apuração criminal, por isso que nessa hipótese a decisão judicial é apelável.

2. Configurada, porém, a hipótese de decisão manifestamente ilegal ou a possibilidade de sofrer o Impetrante dano irreparável, excepcionalmente, afastam-se referidos óbices.

[...]

6. Para a decretação de medida coercitiva de busca e apreensão, exige-se, consoante lecionam conceituados Autores, a existência de motivos concretos, fortes indícios. Resulta indubitoso que a r. decisão impugnada é nula por ausência de motivação (artigo 93, IX, CF). Caso em que a medida foi requerida e deferida açodadamente, com grande alarde na mídia, sem qualquer observância das necessárias e indispensáveis cautelas legais.

[...]

8. Segurança concedida.

(MS 0005061-03.2002.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, Segunda Seção, DJ, p. 45, de 22/04/2003.)

Encontra-se na jurisprudência desta Corte que a competência das Seções e das Turmas que as integram é absoluta, v.g.:

*Processual Civil. Competência de órgãos fracionários do tribunal. Competência absoluta em razão da matéria. Julgamento realizado em desconformidade com a norma regimental. Anulação. Encaminhamento ao órgão competente. Modulação de efeitos da decisão. Poder geral de cautela. Embargos de declaração providos.*

I. A norma regimental que distribui a competência entre os órgãos fracionários do Tribunal consubstancia norma de competência absoluta, de observância obrigatória.

II. Julgada exceção de suspeição por órgão internamente incompetente, tendo em vista decisão da Corte Especial em agravo interposto contra decisão proferida na mesma demanda originária, deve o acórdão ser anulado, com remessa dos autos ao órgão competente.

III. A anulação do acórdão que decidiu a exceção de suspeição faz com que a causa originária seja automaticamente suspensa, com afastamento do juízo excepto, por não cumprimento da norma do art. 316 do Código de Processo Civil. Necessidade de deferimento de cautelar, com modulação de efeitos da decisão, para manter as decisões proferidas entre a data do julgamento (errôneo) da exceção e esta data, até ulterior determinação do órgão competente.

IV. Embargos de declaração providos. Acórdão anulado, com remessa dos autos à 8ª Turma deste Tribunal.

(EDSUs 0046365-83.2010.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves (convocado), Quinta Turma, e-DJF1, p.117, de 22/08/2011.)

Ante todo o exposto, reconsidero, de ofício, a decisão de fl. 171 para determinar a redistribuição do presente mandado de segurança à Segunda Seção.

Agravo regimental prejudicado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 3 de dezembro de 2012.

Juiz Federal *Marcelo Albernaz*, relator.

## Mandado de Segurança 0076232-68.2012.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida  
Impetrante: Instituto de Tecnologia para o Desenvolvimento – Lactec  
Advogados: Dr. Bruno Lofhagen Cherubino  
Dra. Jozélia Nogueira  
Dr. Hélio Manoel Ferreira  
Dra. Thaysa Prado Ricardo dos Santos Karvat  
Impetrado: Secretário Nacional da Justiça  
Publicação: e-DJF1 de 18/12/2012, p. 10

### Decisão

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Instituto de Tecnologia para o Desenvolvimento – Lactec contra atos do Secretário Nacional da Justiça consubstanciados na edição da Nota 6/2012 e, especialmente na Portaria 169/2012 que decretou a perda da qualificação de Oscip – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, do impetrante.

Sustenta o impetrante, em síntese:

O LACTEC, através de seu representante legal, recebeu o ofício n. 343/2011 – Divot/Coeso/Dejus/SNJ/MJ, do Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Justiça, datado de 16 de junho de 2011, que solicitava manifestação sobre denúncia apresentada pelos Srs. Tarso Cabral Violin e André Passos, sobre supostas irregularidades por eles aventadas e que poderiam ensejar a perda de qualificação como Oscip do Instituto ora impetrante.

[...]

A referida denúncia apontava como irregular a condição de vereador do Diretor Superintendente, o que afrontaria o disposto no parágrafo único do artigo 4º da Lei n.9790/99.

[...]

A defesa no processo administrativo foi elaborada e apresentada tempestivamente, refutando os argumentos da denúncia e também demonstrando juridicamente a possibilidade de professor de Instituição de Ensino Superior ser dirigente de entidade qualificada como Oscip.

[...]

Concomitantemente, no mês de julho de 2011, foi iniciado o processo anual de prestação de contas da entidade ora impetrante, nas datas determinadas pelas Portarias do Ministério da Justiça que regulamentam a questão, visando à renovação da certificação de Oscip.

No processo de prestação de contas (Processo n. 08071.029214/2011-05), em campo específico, o então Dirigente do Instituto, afirmou ser servidor público federal, de instituição de ensino superior, respaldando sua informação no parecer jurídico do jurista Marçal Justen Filho.

[...]

Em ambos os processos, a decisão foi amparada no Parecer n.45/2010, da lavra da assessoria jurídica do Ministério da Justiça e que consigna a impossibilidade de servidor público federal ser dirigente de Oscip.

O então dirigente do Instituto, ora impetrante, solicitou imediatamente à UFPR licença sem remuneração, no que foi prontamente atendido. Do cargo de vereador já estava licenciado.

Ato contínuo foi emitido despacho da Consultora Jurídica do Ministério da Justiça (despacho n. 120/2012), que aprovou parcialmente o parecer n. 32/2012/CEP/CONJUR-MJ/CGU/AGU, sendo a referida decisão aplicada tanto ao processo administrativo n. 8071.007644/2011-68, referente à denúncia apresentada pelos Srs. Tarso Violin e André Passos, quanto ao Processo n. 08071.029214/2011-05, de Prestação de Contas. Referido despacho contém a seguinte decisão, em síntese:

- a) é permitida a participação de agente político, licenciado ou não, de quadro diretivo, ficando vedada, entretanto, a celebração de termo de parceria com o Poder Público;
- b) é permitida a participação de servidor público federal licenciado do cargo de professor da UFPR no corpo diretivo da entidade;
- c) é possível o professor da UFPR ser Diretor Superintendente da Oscip;
- d) sugere, por fim, a improcedência da denúncia contida no processo administrativo n. 08071.007644/2011-68.

O despacho n. 120/2012 da AGU/Ministério da Justiça, portanto, entende que o dirigente do LACETC poderia, ainda que Vereador, licenciado ou não, participar da Oscip como dirigente; e, igualmente, como professor licenciado ou não da UFPR, poderia da mesma forma exercer tal função de direção. Conclui o parecer (ou despacho) que a denúncia seria improcedente, não cabendo qualquer sanção ao ora impetrante.

A prestação anual de contas foi recebida e processada no Ministério da Justiça, culminando na renovação da certificação de Oscip, até setembro/2013.

Concomitantemente, foram apresentadas as alegações finais no processo n. 08071.007644/2011-68 (denúncia), suscritas pelo dirigente do ora impetrante, quanto ao despacho 120/2012, com o qual houve plena concordância.

Após as alegações finais, foi expedido o Memorando do Gabinete do Ministro n. 6744 – GM - Assessoria do Gabinete, restituindo o processo para a Consultoria Jurídica para reanálise, emitindo-se a Nota n. 06/2012, que revisou o Despacho n. 120/2012.

Sem prévia intimação, e sem nova oportunidade de defesa, para surpresa da Instituição impetrante, ocorreu a publicação da Portaria n. 169/2012, emitida pelo Ministério da Justiça, decretando a perda de qualificação de Oscip do Instituto impetrante, com fundamento na decisão contida no Processo n. 08071.007644/2011-68 (denúncia), e na Nota nº 06/2012/GAB/CONJUR/CGU/AGU, que alterou parcialmente o Despacho 120/2012.

Referida nota aponta que, em que pese a recomendação contida na parte final do Despacho n.120/2012/AGU, e tendo em vista o exercício da direção do Instituto (impetrante), em período no qual seu dirigente não havia se licenciado da função de professor universitário (14/01/2011 a 01/11/11), houve a caracterização do disposto no artigo 7º c/c 6º, § 3º, inciso II e artigo 4º, parágrafo único da Lei 9790/99, o que enseja a perda de qualificação como Oscip do Instituto.

No entanto, a própria Portaria recomenda que novo pleito de qualificação de Oscip possa ser feito porque o suposto óbice, antes apontado, não mais persiste.

Contra tal decisão, foi interposto recurso administrativo, no qual se postula o efeito suspensivo, mas sem qualquer decisão até o momento

Também, como recomendado na portaria, foi apresentado novo pedido de qualificação de Oscip, igualmente ainda não deferido.

Requer, ao fim, a liminar para suspender os efeitos da Portaria 169/2012.

É o relatório do essencial.

Decido.

A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscip é uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos cuja qualificação decorre de um título fornecido pelo Ministério da Justiça, que denota o exercício de atividade típica de fomento por parte do Estado, isto é, incentivo a determinadas atividades privadas de interesse público, por meio da realização de termos de parcerias e convênios com órgãos governamentais nos níveis federal, estadual e municipal.

Confira-se o teor dos primeiros artigos da Lei 9.790/1999, que regulamenta as Oscips:

Art. 1º Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

§ 2º A outorga da qualificação prevista neste artigo é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei.

Art. 2º Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º desta Lei:

I - as sociedades comerciais;

II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;

III - as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;

IV - as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;

V - as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;

VI - as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;

VII - as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;

VIII - as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;

IX - as organizações sociais;

X - as cooperativas;

XI - as fundações públicas;

XII - as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;

XIII - as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

*I - promoção da assistência social;*

*II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;*

*III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;*

*IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;*

*V - promoção da segurança alimentar e nutricional;*

*VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;*

*VII - promoção do voluntariado;*

*VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;*

*IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;*

*X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;*

*XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;*

*XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.*

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros,

ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

Art. 4º Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;

II - a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório;

III - a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;

IV - a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta;

*V - a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;*

*VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;*

*VII - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:*

*a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;*

*b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão;*

*c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento;*

*d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.*

Parágrafo único. É permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título. *(Incluído pela Lei 10.539, de 2002)* (grifos acrescentados)

Na hipótese dos autos, o impetrante insurge-se contra o ato que determinou a perda de sua qualificação como Oscip com base em fato pretérito, pois seu dirigente havia exercido a superintendência e lecionado ao mesmo tempo no período de 14/01/20011 a 1º/11/2011, embora tenha havido posicionamento favorável do próprio Ministério da Justiça no sentido de ser possível professor da Universidade Federal do Paraná ser diretor superintendente de Oscip.

Ressalta que a representação administrativa que deu origem à Portaria 169/2012, referida na Nota 6/2012/GAB/Conjur-MJ/CGU/AGU “não questiona o fato de a Oscip ser dirigida por professor da UFPR, mas sim por ser dirigida por vereador licenciado. Logo, tal representação administrativa é mesmo improcedente, pois não há impedimento ao vereador – licenciado ou não – em exercer as funções de diretor superintendente da Oscip.” (fl. 59).

Além disso, a leitura dos autos revela uma *possível contradição* nos termos da citada Nota 6/2012, na medida em que mantém “a fundamentação apresentada no Despacho da Consultoria Jurídica/MJ 120/2012, de 16 de abril de 2012, retificando-se a conclusão ali apresentada...” com base em fatos novos (fl. 70).

Observe-se que no referido Despacho 120/2012 da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, restou consignado o seguinte (fls. 49-53), em síntese:

a) é possível a participação de agente político, licenciado ou não, em quadro diretivo de Oscip;

b) o servidor público licenciado poderá participar da direção de Oscip, pois não há mais incompatibilidade de horário, nem prejuízo à eficiência da prestação do serviço público;

c) é possível que o professor da UFPR ser diretor superintendente de Oscip, ainda que se considere a área fim (engenharia de novos modelos de produção e desenvolvimento sustentável) da Oscip e o disposto no art. 37, XVI, alínea b da Constituição;

d) pode o servidor público federal licenciado do cargo de Professor da UFPR participar de corpo diretivo da entidade. Não é necessária a adoção de procedimento especial em razão de sua condição de servidor público.

O impetrante afirma que sua prestação de contas foi recebida e teve a renovação da certificação deferida até setembro de 2013.

Além disso, comprovou a existência de noventa contratos de pesquisa em andamento com diversas instituições, tais como a Petrobrás, a Eletrosul, a Eletronorte, Chesf/SP, Coelba/BA, Usina Hidrelétrica de Belo Monte, dentre outras (fls. 73-75), que restarão prejudicadas com a perda da qualidade de Oscip.

Nesse contexto, e num juízo perfunctório, típico do presente momento processual, considero presentes os pressupostos para o deferimento da liminar, na medida em que a manutenção do ato impugnado poderá trazer grandes prejuízos à manutenção dos contratos firmados pelo impetrante, fato que pode resultar na ineficácia da medida, caso deferida ao final.

Pelo exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos da Portaria 169/2012 da Secretaria Nacional de Justiça com relação ao Instituto de Tecnologia para o Desenvolvimento – Lactec até o julgamento da presente ação.

Notifique-se a autoridade apontada como coatora para preste suas informações no prazo de 10 (dez) dias (Lei 12.016/2009, art. 7º, I)

Dê-se ciência do feito ao órgão de representação judicial da União, nos termos do inciso II do art. 7º da Lei 12.016/2009.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 10 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

## Agravo de Instrumento 0027058-90.2012.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)  
Agravante: Sílvia Maria do Amaral França  
Advogados: Dr. Gilberto Garcia Gomes  
Dr. Lucas dos Prazeres Fonsêca  
Dra. Waléria Mendes Magalhães  
Agravada: União Federal  
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
Publicação: e-DJF1 de 18/12/2012, p. 90

### Decisão

1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Sílvia Maria do Amaral França contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu o pedido de liminar para que a autoridade coatora se abstenha de reduzir os vencimentos da impetrante, bem como de proceder qualquer desconto a título de reposição ao Erário.

2. Sustenta: a) é ocupante do cargo de agente de portaria do Ministério da Fazenda, recebendo a “incorporação de quintos pelos valores da função efetivamente exercida no Ministério Público Federal desde janeiro de 2003”, tendo sido surpreendida com a redução dos referidos valores; b) deve ser reconhecida o prazo decadencial de 5 anos para anulação dos atos administrativos; c) não pode o Ministério da Fazenda, em sentido contrário à jurisprudência, resolver correlacionar o valor da função incorporada, em razão de seu exercício no Ministério Público, com aquele pago no referido ministério; d) “a autoridade coatora, agindo de má-fé, tem informado aos juízes nas centenas de



processos idênticos que houve pagamento em duplicidade mostrando duas rubricas”, o que não é o caso em que houve redução dos valores pagos à título de VPNI.

É o relatório. Decido.

3. De fato, verifica-se pelas informações prestadas pela autoridade coatora, bem como pela Nota Técnica 788/2010/Coges/Denop/SRH/MP, que a questão tratada no *mandamus* não se refere à duplicidade de verbas pagas a título de VPNI, e, sim da revisão administrativa da incorporação de tal vantagem.

4. Na supracitada nota técnica concluiu-se “que a incorporação de quintos/décimos da servidora, sendo 5/5 (cinco quintos) de DAS 101.5, da estrutura de cargos do Poder Executivo, foi efetivada nos termos da legislação que tratava do instituto de incorporação de quintos, ou seja, servidores do Poder Executivo que exerceu cargo em comissão na condição de cedido de outro Poder, o valor a ser incorporado e do órgão cedente”.

5. Assim, a incorporação da VPNI foi revisada com base na remuneração dos cargos ou funções comissionadas do Ministério da Fazenda e não daquelas efetivamente exercidas por ela.

6. De acordo com a firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o pagamento da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI) decorrente da incorporação dos quintos/décimos deve ser feito com base nos valores das funções efetivamente exercidas, vedada a sua redução com fundamento na correlação de cargos.

Neste sentido:

*Administrativo. Constitucional. Ação rescisória. Art. 485, V, do CPC. Servidor público. Quintos/décimos incorporados. Transformação em vantagem pessoal nominalmente identificada (VPNI). Preservação do valor da função incorporada. Art. 10, § 2º, II, da Lei 8.911/1994. Violação a literal dispositivo de lei. Ocorrência. Pedido rescisório procedente.* 1. A pretensão encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, uma vez que a autora fundamentou o seu pleito rescisório no inciso V do art. 485 do CPC, que trata da possibilidade de ajuizamento de ação rescisória em caso de decisão transitada em julgado que tenha violado a literalidade de dispositivo legal, apresentando as razões de direito e os documentos essenciais. 2. Nos termos do § 1º do art. 10 da Lei 8.911/1994, a incorporação dos quintos dos servidores da União, das autarquias e das fundações públicas, será efetivada com base no nível do cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento equivalente no Poder cedente. 3. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento segundo o qual a incorporação de quintos/décimos deve ocorrer com base na função efetivamente exercida no âmbito do serviço público, sendo vedada a redução dos valores incorporados sob o fundamento de correlação entre as funções dos respectivos Poderes. Precedente desta Corte. 4. Ação rescisória que se julga procedente, para rescindir o acórdão proferido pela Primeira Turma deste Tribunal na AMS 1999.01.00.0232200/DF e, proferindo novo julgamento, nego provimento à apelação e à remessa oficial, restabelecendo a sentença de primeiro grau.

(AR 0058680-32.2008.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Monica Sifuentes, Primeira Seção, e-DJF1, p.107 de 10/06/2011)

*Administrativo. Servidor público do poder judiciário. Revisão do enquadramento da função incorporada. Aplicação dos critérios da Lei 8.911/1994. Equivalência de cargos ou funções. Impossibilidade. Vigência da Lei 9.421/1996. Critério de equivalência de valores. Inexistência de ofensa aos princípios do direito adquirido e irredutibilidade de vencimentos.* 1. Não assiste ao autor o direito de revisão do enquadramento de funções exercidas em outro poder da Administração de acordo com a Lei n.º 8.911/94, que autorizava em seu art. 10 § 1º a utilização do critério de equivalência de atribuições, uma vez que ingressou no Poder Judiciário da União em 02.06.1997, quando já vigia a Lei n.º 9.421/96, que previa que a incorporação a que tenham direito os integrantes das carreiras judiciárias, pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da Administração Pública Federal direta, autárquica ou fundacional, terá por referência a Função Comissionada de valor igual ou imediatamente superior ao do cargo ou função exercida. 2. Dessa forma, não há que se falar em direito adquirido ao valor de R\$ 4.112,14, referente aos quintos incorporados, recebidos por mais de quatro anos, em função da Lei n.º 8.911/94, nem ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, pois os valores pagos indevidamente não tinham base legal, e o ato contrário à lei não gera, para o servidor público, o direito de continuar recebendo vantagens pecuniárias indevidas. 3. Ademais, a Administração Pública pode rever de ofício os seus atos eivados com o vício de ilegalidade (Súmula 473 do STF), inclusive no que diz respeito aos vencimentos dos servidores públicos, independentemente de procedimento administrativo, quando a questão se tratar de mera interpretação de texto legislativo, sem cuidar de questões fáticas. 4. Apelação não provida.

(AC 0009403-42.2002.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Mark Yshida Brandão, 1ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 252 de 23/05/2012)

*Agravo regimental. Recurso especial. Administrativo e Processo Civil. Servidor público. Exercício de função de direção, chefia ou assessoramento. Gratificação. Incorporação de quintos. Transformação em vantagem pessoal nominalmente identificada - VPNI. Arts. 62-a da Lei 8.112/1990, 3º e 10 da Lei 8.911/1994, 3º da Lei 9.624/1998, e 3º da Medida Provisória 2.225-45/2001. Período*

de 08/04/1998 a 05/09/2001. Direito reconhecido. Precedentes. Recurso especial. Administrativo e processo civil. Servidor público do poder executivo. Exercício de função comissionada junto ao poder judiciário. Incorporação de quintos de acordo com a função efetivamente exercida. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, no âmbito da Terceira Seção, no sentido de que é possível a incorporação de quintos, em relação ao exercício da função comissionada, no período de 8 de abril de 1998 - data do início da vigência da Lei 9.624/1998 - até 5 de setembro de 2001 - data referente ao início da vigência da MP 2.225-45/2001. 2. O servidor tem direito à incorporação de quintos/décimos de acordo com a função efetivamente exercida no âmbito do serviço público, sendo vedada a redução dos valores incorporados sob o fundamento de correlação entre as funções dos respectivos Poderes. 3. Agravo regimental improvido.

(AGRESP 200700861983, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, STJ - Sexta Turma, *Dje*, Data: 08/06/2009.)

*Agravo regimental em recurso especial. Servidor público federal. Poder executivo. Incorporação de quintos/décimos. Cessão. Desempenho de função comissionada no poder judiciário. Correlação de cargos. Redução da parcela incorporada. Impossibilidade.* 1. O pagamento da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI) decorrente da incorporação dos quintos/décimos deve ser feito com base nos valores das funções efetivamente exercidas. Precedentes do STJ. 2. É vedada a redução dos valores incorporados a título de quintos/décimos, ao fundamento de ser necessário efetuar a correlação entre as funções dos diferentes Poderes. 3. Agravo regimental improvido.

(AGRESP 200602794183, rel. Min. Jorge Mussi, STJ - Quinta Turma, *DJE*, Data: 02/02/2009.)

*Agravo regimental. Recurso especial. Servidora do Distrito Federal. Quintos incorporados no serviço público federal. Transposição para o Serviço Público do Distrito Federal. Possibilidade. Precedentes. Agravo regimental a que se nega o provimento.* 1. É consolidada a jurisprudência do STJ no sentido de que não há como ser a vantagem denegada em razão de deslocamento, mediante concurso, da esfera federal para a distrital, devendo ser feita com base nos valores das funções efetivamente exercidas, vedada a sua redução com fundamento na correlação de cargos. 2. Agravo regimental a que se nega o provimento.

(AGRESP 200502133421, rel. Des. Jane Silva convocada do TJ/MG), STJ - Sexta Turma, *DJE*, Data: 03/11/2008.)

7. Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para determinar que o pagamento da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI) decorrente da incorporação dos quintos/décimos deva ser feito com base nos valores das funções efetivamente exercidas.

Publique-se. Intimem-se. Comunique-se o juízo de origem. Arquive-se.

Brasília, 10 de dezembro de 2012.

Juiz Federal *Cleberson José Rocha*, relator.

## Agravo de Instrumento 0012998-15.2012.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova  
Agravantes: Gilberto Vendruscolo e outro  
Advogados: Dr. Márcio Cardoso Weiler  
Dr. Daniel Antônio Chiochetta  
Dr. Tiago Cereser de Morães  
Agravada: União (PFN)  
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
Publicação: e-DJF1 de 12/12/2012, p. 156

## Decisão

Os autores agravaram da decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela requerida na AO 0023412-73.2011.4.01.3600/1ª Vara Federal/MT para suspender a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre o valor da receita bruta da comercialização da produção rural, prevista no art. 25/I e II da Lei 8.212/1991.

Sustentou a inconstitucionalidade da mencionada contribuição previdenciária, nos termos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, no RE 363.852/MG e 596.177/RS.

Fundamentos do Julgado

A decisão recorrida está em confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que considerou *ilegítima* a incidência da contribuição previdenciária (Funrural) sobre a comercialização de produtos agrícolas pelo produtor rural, pessoa natural, prevista na Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 8.540/1992. Nesse sentido: RE 596.177, rel. Min. *Ricardo Lewandoski*, Plenário, Supremo Tribunal Federal:

- I – Ofensa ao art. 150, II, da CF em virtude da exigência de dupla contribuição caso o produtor rural seja empregador.
- II – Necessidade de lei complementar para a instituição de nova fonte de custeio para a seguridade social.
- III – RE conhecido e provido para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/1992, aplicando-se aos casos semelhantes o disposto no art. 543-B do CPC.

As 7ª e 8ª Turmas deste Tribunal têm estendido a inconstitucionalidade à Lei 10.256/2001. Nesse sentido:

AC 2009.36.00.011287-2/MT, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, 7ª Turma

[...] 9. Conforme entendimento firmado pela Sétima Turma desta e. Corte, a Lei 10.256/2001 não teve o condão de “constitucionalizar” a exação questionada. (AG 0006162-60.2011.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p. 376 de 10/06/2011).

AC 0004757-48.2010.4.01.3807/MG, r. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma

[...] Uma vez que a inconstitucionalidade declarada pelo STF no RE 363.852 não está fundamentada somente em vício formal – necessidade de lei complementar para a criação de nova exação –, mas, também, em vícios materiais – ofensa ao princípio da isonomia e ocorrência da bitributação –, não há como se afirmar que com a Lei 10.256/2001 a razão de inconstitucionalidade deixou de existir, pois a contribuição ainda está viciada no seu aspecto material.

Embora a Lei 10.256/2001 não tenha sido objeto do RE 363.852-MG, esse diploma legal incorre no mesmo vício de inconstitucionalidade da Lei 8.540/1992 ao instituir a contribuição sobre *a receita bruta* proveniente da comercialização da produção rural:

[...] Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de:

- I – 2% da *receita bruta* proveniente da comercialização da sua produção;
- II – 0,1% da *receita bruta proveniente* da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho.

Adota-se aqui o mesmo fundamento exposto no voto do Min. *Cezar Peluso* no mencionado RE:

[...] a comercialização da produção *não se confunde* com receita ou faturamento, do contrário o § 8º do art. 195 (da Constituição) seria supérfluo; daí advém a *necessidade de lei complementar* para instituir contribuição sobre aquela grandeza, nova fonte de receita que é; e do mesmo modo, também não se pode conceber a contribuição atacada como mera majoração de alíquota da contribuição criada pela LC 70/1991.

[...]

Em primeiro lugar, salta aos olhos que a contribuição social foi criada de forma teratológica: enxertou-se regra, aplicável exclusivamente às pessoas físicas produtores rurais, sem empregados permanentes (art. 195, § 8º), a quaisquer produtores rurais pessoas físicas, inclusive àqueles – e este é o cerne da controvérsia – que lançam mão da colaboração de empregados.

Ora, a contribuição sobre o resultado da comercialização da produção rural do art. 195, § 8º, existe precisamente porque seu destinatário – o produtor rural sem empregados permanentes – não pode, é óbvio, contribuir sobre folha de salários, faturamento ou receita, já que não dispõe de empregados, nem é pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada.

Logo, é imediata a conclusão de que o sujeito passivo objeto pela parte inicial do art. 25 não se enquadra na exceção do art. 195, § 8º, reservada, em caráter exclusivo, ao segurado especial, que recebe proteção constitucional em vista de sua vulnerabilidade socioeconômica.

Não entrando na exceção do art. 195, § 8º, subsume o empregador rural pessoa física à regra geral do art. 195, I, que estabelece a contribuição social devida pelo empregador, sobre diferentes bases de cálculo, notadamente a folha de salários – dentre os quais não se encontra, está claro, o “*resultado*” ou a “*receita bruta proveniente da comercialização de sua produção*”.

Havendo probabilidade de procedência da causa (CPC, art. 273), impõe-se suspender a exigência do tributo, inclusive para permitir ao contribuinte obter certidão positiva com efeito de negativa, e obstar o lançamento e o ajuizamento de execução fiscal (CTN, art. 206). Do contrário, seria prestigiar o condenável *solve et repete* (pague e reclame).

*A redação do art. 527, I, ordenando ao relator negar seguimento ao agravo de instrumento, acompanhada de remissão aos casos do art. 557, sugere que não toca ao relator prover o recurso, configurada a situação do art. 557, § 1º. No entanto, o provimento liminar também é uma modalidade de obstar o seguimento natural do agravo de instrumento e seu julgamento pelo órgão fracionário, e, além disso, a remissão ao art. 557 tem caráter genérico, não restringindo o ato ao seu caput. É lícito ao relator, portanto, prover de plano o agravo de instrumento. Tal providência se revela útil e proveitosa em inúmeros casos (Araken de Assis. Manual dos Recursos. Ed. Revista dos Tribunais. 4ª edição. p. 559).*

### Dispositivo

Dou provimento ao agravo para suspender a exigência da contribuição previdenciária em referência (CPC, art. 557, § 1º-A).

Comunicar ao juízo de origem e intimar a União (PFN).

Brasília, 5 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal *Novély Vilanova*, relator.

---

## Recurso inominado 0032322-69.2009.4.01.3500/GO

Relatora: Juíza Federal Luciana Laurenti Gheller  
Recorrente: Adolfo de Oliveira Mendes  
Advogado: Dr. José Geraldo de Santana Oliveira  
Recorrido: INSS – Instituto Nacional do Seguro Social  
Advogado: Dr. Valdir Eduardo de Barros  
Publicação: e-DJF1 de 05/11/2012, p. 466-467

### Ementa

*Previdenciário. Aposentadoria por tempo de contribuição. Reconhecimento de período de estágio curricular como de efetivo exercício em emprego. Professor. Vínculo trabalhista disfarçado. Comprovação. Sentença improcedente. Recurso provido.*

### I - Relatório

Trata-se de recurso inominado interposto pela parte autora contra sentença que julgou improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço com cômputo de período de estágio curricular supervisionado, sob o fundamento de que o período de estágio não configura vínculo empregatício, motivo pelo qual não poderia ser utilizado como tempo de serviço.

Alega, em síntese, que o objetivo da presente ação é comprovar que o registro de estágio por ele exercido (empresa Matias e Matias, no período de 1º/03/1977 a 28/02/1980), jamais observou os parâmetros legais, configurando verdadeira relação de emprego, haja vista que exerceu efetivamente a função de professor, assumindo todas as responsabilidades inerentes a ela.

Durante a sessão de julgamento, após o debate pelo colegiado, esta relatora alterou seu voto originário com o fim de dar provimento ao recurso interposto pelo autor, acompanhando as razões apresentadas pelo Dr. Emilson da Silva Nery.

É o relatório.

### II - Voto

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Adoto como voto as razões apresentadas no voto-vista do Dr. Emilson da Silva Nery, proferido nos seguintes termos:

#### II – VOTO

O recurso é de ser conhecido, porquanto tempestivo e adequado à veiculação da finalidade que persegue.

No mérito, merece prosperar, uma vez que restou comprovado que o tempo de serviço compreendido entre 01/03/1977 e 30/12/1979, tido por estágio curricular supervisionado, trata-se, na verdade, de vínculo de emprego na condição de professor firmado entre o requerente e a empresa Matias e Matias Ltda, segundo declaração da própria instituição de ensino, confirmada pela testemunha ouvida em audiência. Observe-se que, conforme documento n. 1, juntado em 09/03/10, fls. 27/28, pág. 51/53 da CTPS, está comprovada anotação de estágio da testemunha no colégio Matias e Matias Ltda. no período de 01/03/78 a 01/03/80. Tal fato dá credibilidade ao depoimento da testemunha, pois ela prestou serviços à mencionada escola em período praticamente contemporâneo ao do autor.

Os períodos trabalhados, então, na função de magistério no ensino fundamental e médio são de 1/3/1974 a 28/2/1976, de 1/3/1980 a 28/2/1981, de 1/3/1981 a 20/12/1982 e de 1/3/1983 a 20/10/2005, que somados ao período mencionado no parágrafo anterior, totalizam 30 (trinta) anos, 03 (três) meses e 06 (seis) dias, o que lhe garante o direito de aposentadoria em tal qualidade, uma vez que comprovado exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (Constituição Federal, artigo 40, §5º).

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso para reformar a sentença, condenando a autarquia recorrida em obrigação de fazer, consistente em conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral à parte recorrente, a

partir da data do requerimento administrativo (09/06/2008), na qualidade de professor na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Condeno o INSS, outrossim, ao pagamento das parcelas atrasadas, acrescidas dos juros de mora e corrigidas monetariamente. Os juros de mora contar-se-ão da citação, em relação às parcelas anteriores a ela; e de cada vencimento, em relação às posteriores. A taxa mensal de juros será de 1% (um por cento) ou correspondente à remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme seja a data de incidência anterior ou posterior à data de vigência do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09 (30/6/2009); nesta última hipótese, não se aplicará outro índice de correção monetária. O valor corrigido das parcelas anteriores ao ajuizamento, acrescido do equivalente a 12 (doze) vincendas, não poderá superar 60 (sessenta) salários mínimos, considerando o valor vigente à época (vide Repercussão Geral no Agravo de Instrumento 842.063/RS e Pedido de Uniformização de Interpretação da Lei Federal no Processo n.º 2007.72.95.00.5642-0).

Considerando que a parte recorrente logrou êxito em seu recurso, não há condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, de acordo com o art. 55 da Lei 9.099/1995.

É o voto.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso para reformar a sentença, condenando o INSS na obrigação de fazer consistente em conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral à parte recorrente, a partir da data do requerimento administrativo (09/06/2008), na qualidade de professor na educação infantil e no ensino fundamental e médio, devendo a autarquia pagar as parcelas em atraso acrescidas de correção monetária, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, e juros de mora, de 1% ao mês, a partir da data da citação e até 29/06/2009, quando então incidirão os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F, da Lei 9.494, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Sem condenação em honorários advocatícios (art. 55 da Lei 9.099/1995).

É o voto.

## Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento ao recurso.

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás – 26/09/2012.

Juíza Federal *Luciana Laurenti Gheller*, relatora.

Numeração única 0015417-79.2010.4.01.3200

Recurso inominado 201032009030130/AM

Relatora: Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe  
Recorrida: Dalva de Freitas Maia  
Advogados: Dr. Salomão Guedes Brandão de Farias  
Dra. Antônia Pereira da Silva  
Dr. Luis Eduardo Haddad Penna Ribeiro  
Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT  
Publicação: e-DJF1 de 08/11/2012, p. 210

## Decisão

Trata-se de pedido de uniformização de interpretação de lei federal interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em face do acórdão que, ao negar provimento ao recurso interposto pela empresa pública, manteve a sentença do juízo *a quo*.

Para tanto, aponta divergência entre o julgado desta Turma Recursal e o entendimento adotado pelo egrégio Superior Tribunal Justiça, ao argumento de que não estão presentes os requisitos da obrigação de indenizar e, ainda, tendo em vista que não houve comprovação dos prejuízos materiais alegados e nem demonstração do dano moral supostamente sofrido.

Sustenta que para caracterização do dano moral seria necessária a efetivação de declaração de valor e conteúdo no momento da postagem do material pertencente ao autor.

O acórdão vergastado manteve a sentença, aduzindo que para a aferição da responsabilidade civil do estado, basta que o lesado prove os elementos do ato/fato, dano ou nexos causal, atribuíveis ao Poder Público, o que entendeu ter ocorrido no caso em apreço.

Em juízo de admissibilidade do incidente, observo que não resta demonstrada a alegada divergência autorizativa do pedido, na medida em que o recorrente não logrou êxito em demonstrar que os julgados colacionados aos autos referem-se à Jurisprudência dominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

A Turma Nacional de Uniformização pacificou o entendimento de que o pedido de uniformização deve evidenciar o contraste entre o acórdão impugnado e aquele que expresse a posição dominante no âmbito do STJ, consoante estabelece o art. 2º do Regimento Interno da TNU.

Nesse sentido, importante trazer à colação o seguinte julgado: *(omissis)*

I. A suscitante apresentou requerimento na forma do art. 15, § 4º, do RI/TNU. Relatados. Decido. A Turma Nacional de Uniformização já decidiu que o pedido de uniformização é inadmissível quando o acórdão paradigma do Superior Tribunal de Justiça não reflete o entendimento dominante daquela Corte. Nesse sentido:

*Previdenciário. Tempo de serviço especial. Vigilante. Comprovação. Divergência com jurisprudência dominante do STJ. Inexistência.*

I. A divergência com o entendimento contido em jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça é requisito indispensável de admissibilidade do presente Pedido de Uniformização, nos termos do art. 14 § 2º da Lei 10.259/2001.

II. Incidente não conhecido (PU 2006.83.03.500852-2, Relatora Juíza Federal Maria Divina Vitória, in DJ 11/3/2008 - nossos os grifos).

*Tributário. Verba derivada de condenação judicial trabalhista. Juros de mora. Incidência de Imposto de Renda. Jurisprudência dominante do STJ. Inexistência. Pedido de uniformização. Inadmissibilidade.*

1. O pedido de uniformização deve evidenciar o contraste *entre* o acórdão impugnado e aquele que expresse a posição dominante no âmbito do STJ, consoante estabelece o art. 2º do Regimento Interno da TNU.

II. Não expressando o acórdão-paradigma a posição dominante no seio do STJ, inviável se apresenta o manejo do recurso.

III.) Pedido de uniformização não conhecido (PU 2006.70.50.000565-9, Relator Juiz Federal Ricardo Almagro Vitoriano Cunha, in DJ5/3/2008 - nossos os grifos). *(omissis)*.

Pelo exposto, com fundamento no art. 7º, inciso VI, do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização, não admito o incidente de uniformização. Publique-se. Intimem-se. (TNU – Pedilef 200870570024834 Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Presidente. DOU 20/01/2011 Seção 1).

Ademais, os argumentos delineados pela recorrente referem-se à comprovação ou não da existência dos materiais postados pelo recorrido, com vistas a aferir o direito a indenização dano moral, incidindo, portanto, a orientação firmada pela Turma Nacional no enunciado da Súmula 42: Não se conhece de incidente de uniformização que implique reexame de matéria de fato. Pedilef 00615602120044013400, rel. Juiz Federal Vladimir Santos Vitovsky, de 05/03/2012, publicado no dia 10/04/2012, nesse mesmo sentido.

Por fim, deve-se prestigiar o livre convencimento motivado do juízo, princípio que resta sedimentado no âmbito da Turma Nacional de Uniformização, consoante vários precedentes, tais como: Pedilef 200850500042531, Rel. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes, DOU 25/11/2011, Pedilef 200870510094492, rel. Juíza Federal Vanessa Vieira de Mello, DOU 28/10/2011, Pedilef 200881025019564, rel. Juiz Federal Paulo Ricardo Arena Filho, DOU 23/09/2011 ainda o Pedilef 2009.36.00.702396-2.

Pelo exposto, inadmito o Incidente de Uniformização interposto pela parte autora, com fundamento nos arts. 6º, II e 15 do Regimento interno da TNU.

Turma Recursal dos Juizados Federais da Seção Judiciária do Estado do Amazonas – 22/10/2012.

Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe, relatora.

Numeração única: 0036042-17.2009.4.01.3800

Recurso inominado 2009.38.00.705251-5/MG

Relator: Juiz Federal Marcelo Aguiar Machado  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Recorrida: Sebastiana Ferreira Mota  
Advogado: Dr. Ivair Severo da Cruz  
Publicação: e-DJF1 de 12/12/2012, p. 922

## Ementa- Voto

*Previdenciário. Auxílio-doença. Interesse de agir. Benefício concedido administrativamente. Condição da ação. Ausência reconhecida de ofício. Cessação indevida. Direito ao benefício no curso da ação. Ausência de parcelas atrasadas. Desnecessidade de autorização judicial para cessação do benefício. Recurso parcialmente provido.*

I. Trata-se de recurso interposto pelo INSS contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para condenar a autarquia previdenciária a conceder o benefício de auxílio-doença em favor da parte autora a partir de 1º/12/2006.

II. O INSS, em seu recurso, alega que: a) a data de início do benefício deve ser fixada na data da juntada do laudo pericial; b) os juros de mora devem ser fixados em 0,5% ao mês a partir da citação; c) a supressão do benefício não depende de autorização judicial, tampouco de prazo certo, ainda que a concessão tenha operado por força de comando judicial.

III. Presentes os pressupostos gerais e específicos de admissibilidade, conheço do recurso.

IV. Compulsando os autos (fls. 93–94), verifico que a parte autora percebeu, por força de concessão administrativa, o benefício de auxílio-doença 514816523-1 no período de 16/09/2005 (DIB) a 19/06/2007 (DCB) e o benefício 521056756-3 no período de 20/06/2007 (DIB) e 26/02/2008 (DCB), de forma que não possuía interesse de agir quanto ao pedido de concessão do benefício, senão após a cessação administrativa do benefício (DCB em 26/02/2008), o que ocorreu no curso deste processo. Por se tratar de matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício pelo juiz (art. 267, § 3º, CPC), reconheço a falta de interesse de agir e extingo o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC quanto ao pedido de concessão de auxílio-doença até 26/02/2008 (data da cessação administrativa). Contudo, a parte autora faz jus ao restabelecimento do benefício cessado indevidamente – NB 521056756-3 – a partir de 27/02/2008 (dia posterior à cessação), visto que o perito judicial fixou o início da incapacidade da parte autora em 20/01/2008 (dois anos antes da data da perícia, fl.34), o que demonstra que a ela continuava incapacitada na data da cessação do benefício 521056756-3 (26/02/2008).

V. Ressalte-se que não há parcelas atrasadas a serem pagas à parte autora, porquanto o juiz de origem deferiu a tutela antecipada a partir de 12/02/2008 (DIP), conforme fls. 38 e 43, sendo que nessa data a autora estava em gozo de benefício previdenciário (NB 521056756-3 - DCB em 26/02/2008). E, não havendo parcelas em atraso, fica prejudicado o recurso do INSS quanto aos juros de mora.

VI. No que tange ao pedido de reforma da sentença para retirar a necessidade de autorização judicial para a supressão do benefício, razão assiste ao INSS. É possível, em tese, a suspensão de um benefício por incapacidade concedido em sentença judicial, se posteriormente o(a) segurado(a) se submete à perícia e a Administração constata a ausência dos requisitos para a permanência de percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez. Isso porque o art. 101 da Lei 8.213/1991 resguarda o direito de a autarquia previdenciária submeter o segurado em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez à realização de novas perícias médicas, com o objetivo de averiguar se subsiste a incapacidade. Nesse sentido é o Enunciado Unificado 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de Minas Gerais.

VII. Reconhecimento de ofício da ausência de interesse de agir quanto ao pedido de concessão de auxílio-doença até 26/02/2008 (cessação administrativa no curso da ação). Sentença reformada para julgar extinto, em parte, o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por falta de interesse de agir, quanto ao pedido de concessão de auxílio-doença até 26/02/2008. Com isso, permanece a sentença na parte em que determina



a concessão do benefício de auxílio-doença 521056756-3 a partir de 27/02/2008, excluída a condenação em parcelas atrasadas, pois todas as parcelas a partir daí já foram pagas por força da tutela antecipada concedida. Recurso do INSS parcialmente provido para afastar a exigência de prévia autorização judicial para cessação do benefício. Sem honorários advocatícios, com esteio no art. 55, *caput*, da Lei 9.099/1995. Sem custas (art. 4º, I, da Lei 9.289/1996).

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, reconhecer, de ofício, a falta de interesse de agir quanto ao pedido de concessão de auxílio-doença até o dia 26/02/2008, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC e dar parcial provimento ao recurso do INSS, sem a fixação de sucumbência.

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais – 29/11/2012.

Juiz Federal *Marcelo Aguiar Machado*, relator.

### Recurso inominado 0001523-49.2011.4.01.9360/MT

Relator: Juiz Federal Jeferson Schneider  
 Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
 Recorrido: José Lúcio Martins de Oliveira  
 Advogados: Dr. Joir Augusto Laccal da Silva  
 Dr. Marco Antônio Corbelino  
 Dra. Tatiane Corbelino Laccal da Silva  
 Publicação: e-DJF1 de 12/12/2012, p. 643

### Ementa

*Previdenciário. Nomeação de fisioterapeuta como perito oficial. Laudo nulo. Nulidade do processo a partir da nomeação do perito. Necessidade de realização da perícia por um profissional da Medicina. Tutela antecipada deferida.*

I. Preliminarmente, alega o INSS a nulidade do laudo pericial elaborado por profissional de fisioterapia, pois este não teria atribuição para realização de diagnóstico médico.

II. Nas ações em que se pleiteia benefício previdenciário por incapacidade, o julgador firma seu convencimento por meio da prova pericial, que deve ser realizada por médico, conforme previsão expressa do § 1º do art.42 da Lei 8213/1991, preferencialmente da especialidade que o caso requerer. No entanto, no presente caso o laudo pericial foi realizado por fisioterapeuta, profissional que não tem como atividade privativa o diagnóstico de enfermidades ou indicação terapêutica, o que só pode ser realizado por médico.

III. Ao profissional da fisioterapia cabe somente executar métodos e técnicas fisioterápicos prescritas por médico, visando a restaurar, desenvolver e conservar a capacidade física do paciente, conforme previsão do art. 3º do Decreto-Lei 938/1969. Dessa forma, entendo não ter o profissional fisioterapeuta atribuição para realizar diagnóstico conclusivo quanto à incapacidade laboral do autor, para fins de concessão de benefício previdenciário por incapacidade.

IV. Logo, diante da existência de prova pericial eivada de nulidade, anulo o presente processo a partir da nomeação da perita do juízo, para que seja realizada nova perícia por um profissional da medicina.

V. Por outro lado, há que se analisar a possibilidade do deferimento do pedido de tutela antecipada pleiteada na inicial. Vale esclarecer que este juízo já havia deferido pedido de antecipação de tutela antecipada com base na sentença proferida nos autos, contudo, diante da nulidade da sentença, há que se aferir se os documentos acostados juntamente com a inicial demonstram a presença da plausibilidade do direito, que autoriza o deferimento da tutela.

VI. A qualidade de segurado restou devidamente comprovada, tendo em vista a concessão de auxílio-doença ao trabalhador rural, no período de 17/10/2008 a 28/02/2010.

VII. Quanto à incapacidade, verifico a existência nos autos documentos médicos emitidos em datas próximas à cessação do benefício, que demonstram que o autor, nessa época, efetivamente não havia recuperado a sua capacidade laboral (fls.30/31 e fls.37/38).

VIII. Verifico, portanto, que a prova documental demonstra a presença da plausibilidade do direito, que autoriza o deferimento da tutela. Da mesma forma, o risco da demora revela-se evidente, em razão do caráter alimentar de que se revestem os benefícios previdenciários. Destarte, defiro o pedido de tutela antecipada constante na inicial, devendo o benefício previdenciário ser mantido.

IX. Recurso do INSS parcialmente provido. Sentença anulada. Tutela antecipada deferida.

### Acórdão

Decide a Turma, por maioria, vencido o Juiz Fábio Henrique Rodrigues de Moraes Fiorenza, conhecer do recurso do INSS e dar-lhe parcial provimento.

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Mato Grosso – 10/12/2012.

Juiz Federal *Jeferson Schneider*, relator.

### Recurso inominado 0001323-60.2010.4.01.3804/MG

Relator: Juiz Federal Marcelo Aguiar Machado  
 Recorrente: União Federal  
 Recorrido: Paulo Vieitez Muradas  
 Advogado: Dr. Flávio Viana Elias  
 Publicação: e-DJF1 de 12/12/2012, p. 890

### Ementa- Voto

*Tributário. Funrural. Produtores rurais pessoas naturais. Lei 8.212/1991. Art. 195, I, da Constituição. Emenda Constitucional 20/1998. Cobrança devida após vigência da Lei 10.256/2001. Recurso provido.*

I. Trata-se de recurso interposto pela União em face de sentença que julgou procedente o pedido para que fosse declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigasse ao recolhimento da contribuição incidente sobre receita bruta proveniente da comercialização de produção rural e a restituição dos valores já recolhidos, observada a prescrição quinquenal.

II. Após longa discussão e uma série de idas e vindas, o Supremo Tribunal Federal veio a definir os parâmetros para a prescrição da pretensão de restituição dos impostos submetidos ao lançamento por homologação, tendo em vistas a regulamentação trazida pela Lei Complementar 118/2005. No Recurso Extraordinário 561.908-7, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, mas determinou que a aplicação do novo prazo de 5 anos se dê tão somente às ações ajuizadas após 9 de junho de 2005, como no caso em apreço, prazo esse que se inicia do pagamento efetuado. Diante desse entendimento do egrégio STF e por se tratar de recurso extraordinário submetido ao rito do art. 543-B, § 3º, do CPC, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp 1.129.570-MG, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e RES 8/2008-STJ, superando entendimento anterior (REsp 1.002.932-SP, DJe 18/12/2009), também adotou a interpretação de que, para as ações ajuizadas a partir de 09/06/2005, aplica-se o art. 3º da LC 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN. No caso em apreço, trata-se de processo ajuizado depois de 9 de junho de 2005, sendo, portanto, caso de reconhecimento da prescrição quinquenal da pretensão.

III. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 363.852/MG (DJe 23/04/2010 – rel. Min. Marco Aurélio), declarou a inconstitucionalidade da contribuição prevista nos art. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, da Lei 8.212/1991, com redação dada pelo art. 1º da Lei 8.540/1992. Definiu-se que a incidência sobre a comercialização de produtos agrícolas pelo

produtor rural, pessoa natural e empregador, configuraria (a) criação de nova fonte de custeio sem lei complementar, (b) bitributação e (c) ofensa ao princípio da isonomia.

IV. Entretanto, a Emenda 20/1998 alterou o art. 195 da Constituição, para incluir a receita auferida pelo empregador como hipótese de incidência da contribuição social destinada à Seguridade Social. A alínea *b* do inciso I do mencionado art. 195 se refere, desde dezembro de 1998, a empregadores que auferem receita como sujeitos passivos das contribuições sociais. Como a receita foi, a partir da EC 20/1998, expressamente prevista no texto constitucional (art. 195, I, *b*, da CRFB), não subsiste mais a necessidade de lei complementar para a criação da contribuição sobre ela incidente. Da mesma forma, não há que se falar em bitributação, porque o § 2º do art. 23 da Lei 8.212/1991 excluiu o empregador rural pessoa física do rol dos sujeitos passivos da Cofins. O mesmo art. 23 afastou qualquer alegação de ofensa à isonomia, ao instituir contribuição sobre a receita bruta das empresas. Portanto, após a edição da Emenda Constitucional 20/1998 e da Lei 10.256/2001, não se pode mais falar em violação à isonomia ou de necessidade de lei complementar, posto que o empregador rural pessoa física não contribui mais sobre a folha de salários, contribuição esta substituída pelo valor da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção.

V. Registro que o art. 25 e incisos da Lei 8.212/1991 foram julgados inconstitucionais apenas para excluir de seu âmbito subjetivo de aplicação o empregador rural pessoa física, mantida, porém, a sua vigência no que diz respeito aos segurados especiais (“o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes”), tendo em vista que, quanto a estes, já existia expressa permissão constitucional para incidência de contribuição sobre o “resultado da comercialização da produção”, mesmo antes da EC 20/1998, nos termos do art. 195, § 8º, da Constituição Federal. Com a edição Lei 10.256/2001, a face do art. 25 da Lei 8.212/1991 foi modificada, de forma que o âmbito subjetivo de incidência da contribuição novamente se estendeu, além dos segurados especiais, também aos produtores rurais empregadores e pessoas físicas.

VI. Com isso, os vícios de inconstitucionalidade reconhecidos pela Suprema Corte foram corrigidos com a edição da Lei 10.256/2001, que deu nova redação à face do art. 25, de forma que a contribuição do empregador rural pessoa física substituiu a contribuição tratada nos incisos I e II do art. 22 da Lei 8.212, cuja base de cálculo era a folha de salários, passando a incidir apenas sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, disciplina compatível com as alterações constitucionais levadas a efeito pela Emenda Constitucional 20/1998. Ressalte-se, por fim, que, no julgamento do RE 363.852/MG, não foi analisada a constitucionalidade da contribuição à luz da superveniência da Lei 10.256/2001, que modificou a face do art. 25 da Lei 8.212/1991 para fazer constar que a contribuição do empregador rural pessoa física se dará em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22 da mesma lei.

VII. Como estão prescritas as parcelas referentes à pretensão de restituição das contribuições anteriores à eficácia da Lei 10.251/2001 (art. 195, § 6º, da CRFB), deve-se afastar toda a condenação contida na sentença recorrida.

VIII. Ante tais considerações, dou provimento ao recurso da União para, reconhecida a prescrição quinquenal, julgar improcedente o pedido de restituição quanto ao período não atingido pela prescrição. Sem honorários de sucumbência e sem custas (art. 55, *caput*, da Lei 9.099/1995).

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso inominado, sem fixação de sucumbência.

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais – 29/11/2012.

Juiz Federal *Marcelo Aguiar Machado*, relator.



## 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))

*Mandado de segurança. Conversão da pena aplicada. Inexistência de pedido. Julgamento extra petita. Mérito administrativo. Poder Judiciário. Reexame. Excepcionalidade.*

I. Converter a aposentadoria compulsória em pena de colocação em disponibilidade, sem que tenha havido qualquer pedido da impetrante nesse sentido, acarretaria o chamado julgamento *extra petita* e violaria a expressa vedação do Código de Processo Civil acerca do tema (arts. 128 e 460, *caput*).

II. Está consolidado o entendimento jurisprudencial de que é vedado ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito do ato administrativo, o que deve ser resguardado à excepcionalidade, cabendo a ele se limitar a verificar a regularidade do procedimento.

III. O reexame das provas colhidas ao longo do procedimento administrativo, bem como a renovação dos juízos de valor acerca dos aspectos éticos ou funcionais da conduta da impetrante são medidas incompatíveis com a via estreita do mandado de segurança.

IV. Segurança denegada.

Numeração única: 0007433-51.2004.4.01.0000

Mandado de Segurança 2004.01.00.008756-8/DF

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* de 25/10/2012, p. 20

*Penal. Processual Penal. Denúncia. Juiz do Trabalho. Peça informativa conduzida pela autoridade policial sem participação do tribunal. Impossibilidade legal. Ausência de justa causa para a ação penal.*

I. Ao tratar das prerrogativas do magistrado, afirma a LC 35/1979/Loman, que, no curso da investigação, quando houver indício da prática de crime por parte de magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga a investigação (art. 33, parágrafo único).

II. Na espécie, tendo a investigação, contra juiz do trabalho, sido conduzida pela autoridade policial, sem a participação do tribunal no qual o investigado tem foro criminal (art. 108, I, *a* – CF), direta ou delegada, ainda que eventualmente tenha havido comunicação ao Tribunal do Trabalho a que se vincula, o material informativo afigura-se maculado pela falta de atribuição da autoridade investigante, suprimindo a justa causa para a ação penal. Precedente da Corte Especial do TRF1.

III. Rejeição da denúncia (art. 395, III – CPP).

Inquérito Policial 0071238-31.2011.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Olindo Menezes – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* de 13/11/2012, p. 5

*Penal. Processo Penal. Inquérito. Prefeito municipal. Pagamento antecipado a empresa. Dispensa de licitação. Decreto-Lei 201/1967. Norma especial. Lei 8.666/1993. Inaplicabilidade. Princípio da especialidade. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva. Pena máxima em abstrato. Denúncia. Admissão. Exame prejudicado.*

I. O prefeito municipal acusado de dispensar licitação em situação onde é exigido o certame não comete crime previsto no art. 24 da Lei 8.666/1993, e sim, em tese, o tipificado no inciso XI do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967, tendo em vista tratar-se de conduta tipificada tanto nesta lei especial quanto naquela de caráter geral (precedente STJ – RHC 11.290/MG).

II. O princípio da especialidade há de ser privilegiado em situações dessa natureza.

III. Extinta a punibilidade do denunciado no tocante ao crime do inciso XII, art. 1º do Decreto-Lei 201/1967 a si atribuído em virtude da prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima em abstrato.

Inquérito Policial 0030586-35.2012.4.01.0000/PI

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto – 2ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 13/11/2012, p. 8

*Administrativo e Ambiental. Ação sob rito ordinário. Pleito de liberação da comercialização e exportação de estoque de mogno adquirido em data anterior à vigência da Instrução Normativa 17/2001, do Ibama. Apelação da empresa autora provida. Embargos infringentes. Voto vencido no sentido da não comprovação pela apelante da regularidade da madeira estocada. Prevalência do voto condutor. Princípio da irretroatividade das normas. Ato jurídico perfeito. Ressalva no aresto embargado da possibilidade de futura instauração de procedimento administrativo e medida cautelar de apreensão, desde que fundamentadas em razões específicas da empresa. Embargos infringentes a que se nega provimento.*

I. Restando comprovada nos autos a aquisição dos estoques de madeira mogno em data anterior à vigência da Instrução Normativa 17 do Ibama, é vedada a aplicação retroativa desta mediante proibição da comercialização do produto, sob pena de vulnerar-se a regra geral de irretroatividade da norma coercitiva para preservar o ato jurídico perfeito e a livre disposição patrimonial.

II. Sem deixar de reconhecer a legitimidade do poder de polícia inerente ao Ibama, o julgado embargado ressaltou a necessidade de observância das situações anteriormente consolidadas, pontuando a inviabilidade da aplicação retroativa da Instrução Normativa 17/2001, de modo a obstar a incidência das restrições nela previstas ao comércio de madeira adquirida anteriormente à sua edição.

III. Ressalva na parte dispositiva do acórdão embargado da possibilidade de futura instauração de processo administrativo e de aplicação de medida cautelar de apreensão da madeira, conquanto referidos atos fossem fundamentados em motivos concretos e específicos relacionados à empresa fiscalizada.

IV. Embargos infringentes a que se nega provimento.

Numeração única: 0007554-80.2003.4.01.3600

Embargos Infringentes 2003.36.00.007522-8/MT

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado) – 3ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 02/10/2012, p. 10

*Processual Civil. Previdenciário. Aposentadoria. Renúncia. Decadência e prescrição. Inocorrência. Concessão de novo benefício. Desaposentação. Possibilidade. Direito patrimonial disponível. Lei 8.213/1991, art. 18, § 2º.*

I. A respeito da preliminar de decadência ou prescrição do direito de pedir a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria recebida, é de se rejeitá-la, pois, o que se pretende é a renúncia ao benefício e o aproveitamento dos períodos posteriores à jubilação em que foram vertidas contribuições do RGPS, para a concessão de novo benefício mais vantajoso. É de se rejeitar também a alegação de decadência de renunciar ao direito, posto que exercido legitimamente e compatível com o ordenamento jurídico.

II. Consoante jurisprudência firmada pelas duas Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal, ressalvado o ponto de vista contrário do próprio relator, é possível a renúncia à aposentadoria por tempo de contribuição anteriormente concedida e a obtenção de uma nova aposentadoria, no mesmo regime ou em regime diverso, com a majoração da renda mensal inicial, considerando o tempo de serviço trabalhado após a aposentação e as novas contribuições vertidas para o sistema previdenciário.

III. Fundamenta-se a figura da desaposentação em duas premissas: a possibilidade do aposentado de renunciar à aposentadoria, por se tratar de direito patrimonial, portanto, disponível, e a natureza sinalagmática da relação contributiva, vertida ao sistema previdenciário no período em que o aposentado continuou em atividade após a aposentação, sendo descabida a devolução pelo segurado de qualquer parcela obtida em decorrência da

aposentadoria já concedida administrativamente, por consistir em direito regularmente admitido. Precedentes do STJ.

IV. Implantação do novo benefício, na ausência de requerimento administrativo, a partir da data do ajuizamento da ação.

V. As parcelas vencidas deverão ser compensadas com aquelas percebidas pela parte autora com a aposentadoria anterior desde a data de início do novo benefício e pagas acrescidas de correção monetária e juros de mora, na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21/12/2010.

VI. Fixação dos honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação até a prolação da sentença, nos termos da Súmula 111/STJ.

VII. O INSS é isento do pagamento das custas processuais, por força do disposto no art. 4º, I, da Lei 9.289/1996, exceto as em reembolso.

VIII. Apelação a que se dá provimento.

Apelação Cível 0029383-66.2011.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 31/10/2012, p. 864

*Administrativo. Servidor. Auditor fiscal. Crédito reconhecido administrativamente. Postergação do pagamento. Condicionamento da satisfação do crédito à dotação orçamentária. Impossibilidade.*

I. A questão posta nos autos não diz respeito ao mérito do direito creditício, já reconhecido na via administrativa, mas à omissão quanto ao cumprimento da decisão administrativa que ordena o pagamento de reparação econômica por erro da Administração Pública Federal.

II. Não há discussão acerca do direito da parte impetrante ao recebimento do montante devido, uma vez que referido valor foi reconhecido administrativamente.

III. Embora o pagamento de despesas no âmbito da Administração Pública seja condicionado à existência de prévia dotação orçamentária, a União não pode se furtar do cumprimento de uma obrigação legal, com base em simples portaria. Ademais, tratando-se de dívida relativa ao período 17/05/1977 a 06/04/1987, o ente público já deveria ter providenciado tal dotação. Precedentes deste Tribunal.

IV. Não pode o direito líquido e certo a verbas de caráter alimentar, fruto de erro exclusivo do Estado brasileiro, em razão do regime militar de exceção, ser condicionado indefinidamente à discricionariedade administrativa.

V. Os pagamentos devidos far-se-ão à conta do regime de precatórios ou por meio de RPV. Correção monetária nos termos da Lei 6.899/1981, pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal. Juros de mora são devidos no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação (Súmula 204/STJ), até o advento da Lei 11.960/2009, a partir de quando incidirão à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês – ou outro índice de juros remuneratórios das cadernetas de poupança que eventualmente venha a ser estabelecido.

VI. Apelação da União provida. Remessa provida em parte.

Numeração única: 0020789-30.2006.4.01.3400

Apelação Cível 2006.34.00.021031-0/DF

Relator: Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado) – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 25/10/2012, p. 56

*Processual Penal. Habeas corpus. Prestação de serviços à comunidade. Descumprimento injustificado. Conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade. Legalidade. Ordem denegada.*

I. O descumprimento injustificado de pena prestação de serviços à comunidade permite a conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, com fundamento no art. 44, §4º, do Código Penal.

II. Tendo sido descumprida por diversas vezes a pena restritiva de direito, bem como sido designadas duas audiências de justificação, sem que a paciente tenha comparecido em juízo, correta a decisão do Juízo *a quo* que converteu a pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade.

III. Ordem denegada.

*Habeas Corpus* 0014181-21.2012.4.01.0000/BA

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 31/10/2012, p. 1.364

*Penal. Uso de documento falso. Passaporte verdadeiro com visto falsificado. Uso regular do passaporte no Brasil. Embarque para os EUA. Detecção da falsidade do visto no exterior. Deportação sem processo. Princípio da extraterritorialidade condicionada. Perdão.*

I. O passaporte pode ser verdadeiro e ter o visto falsificado, ou ter o visto falsificado e ser verdadeiro. Não se deve confundir a falsidade do passaporte com a falsidade do visto consular, ainda que as duas situações jurídicas possam, eventual e instrumentalmente, estar em um só meio tangível – o passaporte.

II. O agente que, usando o passaporte verdadeiro em aeroporto brasileiro, embarca regularmente para os Estados Unidos da América, de onde vem ser deportado em face da detecção da falsidade do visto consular, sem submissão a processo naquele país, não pode ser acusado, com sucesso, de uso de documento falso no território brasileiro.

III. O crime de uso de documento falso (art. 304 – Código Penal) somente se consuma quando o falso é empregado em sua específica destinação probatória. Hipótese em que o visto consular falsificado não foi utilizado, direta e especificamente, no território nacional, senão no exterior.

IV. Situação na qual não se aplica o princípio da extraterritorialidade condicionada (art. 7º, II, b, § 2º). A opção da autoridade (da imigração) americana pela deportação do agente, em vez de sua submissão a processo naquele país, importou, na prática, a concessão do perdão (art. 7º, II, b, § 2º, e – Código Penal).

V. Desprovimento da apelação.

Numeração única: 0011496-73.2001.4.01.3800

Apelação Criminal 2001.38.00.011514-0/MG

Relator: Desembargador Federal Ítalo Mendes

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Olindo Menezes – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 23/10/2012, p. 174

*Penal. Processo Penal. Apelações criminais. Tráfico internacional de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33, caput, c/c art. 40, inciso I). Competência da Justiça Federal. Falta de assinatura do membro do Ministério Público Federal em suas alegações finais que não enseja nulidade. Inversão da oitiva das testemunhas de acusação e defesa. Nulidade que não se constata. Baixa do inquérito policial. Nulidade que não se vislumbra. Materialidade, autoria e elemento subjetivo do tipo penal. Demonstração. Majoração da pena. Personalidade voltada para o crime que não se pode afirmar com a necessária segurança. Agravante do art. 62, inciso IV, do Código Penal. Elementar do tipo. Causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Análise ponderada e fundamentada do MM. juízo federal a quo. Defesa preliminar. Peça fundamental para o exercício do direito de defesa do acusado pela suposta prática do delito de tráfico internacional de drogas. Ausência de intérprete no interrogatório policial que não gera, por si só, nulidade do processo penal. Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito. Pena que ultrapassa a prevista no art. 44, I, do Código Penal. Participação de menor importância (art. 29, inciso I, do Código Penal) que não se pode afirmar. Confissão espontânea. Art. 65, III, d, do Código Penal. Ilegalidade da prisão em flagrante. Superveniência da sentença condenatória. Nulidade que não há que se cogitar. Nulidade processual. Inquérito policial que se encontrava na Polícia quando do transcurso do prazo para apresentação da defesa preliminar. Defesa preliminar apresentada. Não se pode falar em prejuízo à defesa. Restituição de bens apreendidos. Confissão espontânea. Participação de menor importância.*



*Subsunção da conduta ao art. 28, da Lei 11.343/2006. Confissão espontânea que não se cogita. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Inépcia de denúncia que não há que se falar. Nulidade processual. Vícios e ilegalidades no inquérito policial. Ocorrência de nulidade que não se cogita. Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito. Observância dos requisitos previstos no art. 44, do Código Penal. Atenuante da confissão.*

I. Do exame dos autos, verifica-se que restou demonstrada a transnacionalidade do delito em apuração e a competência da Justiça Federal, conforme apontou o MM. Juízo Federal *a quo*, ao proferir a v. sentença apelada. Assim, uma vez constatada a internacionalidade da conduta, na forma em que bem visualizou o MM. juízo federal *a quo*, ao proferir a v. sentença apelada, não há de se falar, na hipótese, na incompetência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do presente feito, nem, tampouco, na possibilidade jurídica de ser afastada, da dosimetria da pena, a causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/2006.

II. A falta de assinatura do membro do *Parquet* Federal em suas alegações finais, não tem o condão de ensejar a nulidade absoluta do processo, pois não se obteve demonstrar, na hipótese, a ocorrência de eventual prejuízo às partes com a ausência da referida assinatura.

III. Não se constata, na espécie, a ocorrência de nulidade em face da inversão da oitiva das testemunhas de acusação e defesa, considerando que, nos termos do art. 563, do Código de Processo Penal, "*Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*".

IV. Não se vislumbra, na espécie, a ocorrência de nulidade em virtude do possível cerceamento de defesa decorrente da baixa de inquérito policial, sem que tenha sido observado o princípio do contraditório, uma vez que o procedimento do inquérito policial, por sua natureza investigativa, não se presta ao contraditório, razão pela qual, não se verifica a ilicitude das provas ali produzidas, nem tampouco a nulidade da v. sentença apelada, por ter se fundamentado nestas provas.

V. Da análise dos presentes autos, verifica-se, no caso em comento, que a materialidade, a autoria e o elemento subjetivo do tipo penal pelo qual os acusados, ora apelantes, foram condenados em primeiro grau de jurisdição restaram demonstrados nos autos, não havendo, portanto, que se cogitar, nesse aspecto, na reforma a v. sentença penal condenatória.

VI. Não merecem ser majoradas as penas impostas aos acusados, ora apelados, uma vez que não se vislumbram, nos presentes autos, elementos hábeis e suficientes a justificar a exacerbação da pena para além do já efetuado pelo MM. juízo federal sentenciante, não se podendo, inclusive, afirmar, com a *necessária segurança*, terem os referidos acusados *personalidade voltada para o crime*.

VII. No que diz respeito à aplicação da agravante do art. 62, inciso IV, do Código Penal, verifica-se que a prática do delito de tráfico internacional de drogas já pressupõe a *paga ou promessa de recompensa*, pelo que deve ser ela reconhecida como uma elementar do tipo.

VIII. Ressalte-se, ainda, quanto à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, que o MM. juízo federal *a quo* analisou, no que vislumbrou como pertinente, de modo ponderado e fundamentado, a possibilidade de sua incidência e o percentual a ser aplicado, não merecendo, por conseguinte, ser reformado o v. *decisum* apelado quanto a esse aspecto.

IX. Nos termos do art. 55, da Lei 11.343/2006, é de se entender que a defesa preliminar se constitui em peça fundamental para o exercício do direito de defesa do acusado pela suposta prática do delito de tráfico internacional de drogas, uma vez que, nesse momento processual, a defesa "*poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas*" (art. 55, §1º, da Lei 11.343/2006), além do que, na forma do § 3º do mesmo art. 55 da Lei 11.343/2006, "*Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação*", circunstância que faz com que a defesa preliminar seja peça processual de grande importância para permitir possa o acusado se defender com amplitude das imputações que lhe foram feitas na denúncia. Aplicação de precedente jurisprudencial da Segunda Turma do egrégio Supremo Tribunal Federal.

X. Assim sendo, deve ser reconhecida a ocorrência da nulidade arguida pela defesa do acusado, ora quinto apelante, Diego Moreira Franco, decorrente da ausência de defesa preliminar, ficando prejudicada a análise dos demais argumentos apresentados em sua apelação.

XI. Assiste razão ao acusado, ora primeiro apelante, Carlos Antônio Cândido de Castro, em sua postulação no sentido da aplicação da atenuante da confissão, na forma do previsto no art. 65, III, *d*, do Código Penal, uma vez que o apelante confessou a prática do delito em exame na fase policial (fls. 9-10), apesar de, nos termos como afirmado pelo MM. juízo federal sentenciante (fl. 1.989), ter se retratado na fase judicial. Aplicação de precedente jurisprudencial deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

XII. A nulidade arguida pelo segundo apelante, por ausência de intérprete no interrogatório policial, não gera, por si só, a nulidade do processo penal, notadamente por não se vislumbrar de modo concreto a ocorrência de eventual prejuízo à defesa do acusado, ora apelante.

XIII. Com relação à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, verifica-se que, para que se proceda à substituição em discussão, faz-se necessário que o condenado preencha os requisitos do art. 44, do Código Penal, o que não ocorreu com o acusado, ora segundo apelante, uma vez que a pena que lhe foi imposta foi de 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão (fl. 2.014), restando, portanto, ultrapassada a pena de 4 (quatro) anos prevista no art. 44, inciso I, do Código Penal.

XIV. Da análise dos autos verifica-se que não se apresenta como juridicamente possível a pretendida aplicação do art. 29, § 1º, do Código Penal, considerando não se poder afirmar ter a participação do acusado, ora sexto apelante, Paulo Márcio Leocádio Martins, sido de menor importância, tendo em vista a análise levada a efeito pela v. sentença apelada.

XV. Por outro lado, deve ser aplicado ao acusado, ora sexto apelante, Paulo Márcio Leocádio Martins, a atenuante genérica da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, *d*, do Código Penal, uma vez que o referido apelante confessou a prática do delito em exame na fase policial (fl. 6).

XVI. Não há que se falar na ilegalidade da prisão em flagrante do acusado, ora sétimo apelante, Daniel Dutra Cordeiro, por ter sido preso em casa e não no local do crime e em face da irregularidade do uso de algemas, uma vez que não resistiu à prisão. Com efeito, não há que se cogitar na nulidade da prisão em flagrante, considerando o superveniente advento da sentença condenatória, que vem configurar novo título prisional. Aplicação de precedente jurisprudencial do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

XVII. Não há que se cogitar na ocorrência de nulidade processual, em face de cerceamento do direito de defesa do acusado, ora sétimo apelante, Daniel Dutra Cordeiro, pelo fato de o inquérito policial se encontrar na polícia quando transcorreu o prazo para apresentação da defesa preliminar, considerando que o acima citado acusado apresentou sua defesa preliminar às fls. 233-241, pelo que não se pode falar, na espécie, na ocorrência de eventual prejuízo para a sua defesa. Assim, tem incidência ao caso em comento o disposto no art. 563, do Código de Processo Penal, segundo o qual *“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”*.

XVIII. Não se demonstrando que os bens apreendidos não foram utilizados na prática do delito em questão, nem, tampouco, não terem sido eles adquiridos com o produto do tráfico de drogas, não há que se falar na sua restituição. Além do mais, inviabiliza o pedido de restituição em questão a circunstância de se apresentar como necessário que a postulação de restituição dos bens apreendidos deva ser efetuada em autos próprios.

XIX. Considerando que o acusado, ora sétimo apelante, também confessou, em sede policial (fl. 14), a sua participação na apontada prática delitativa, é de se conceder *habeas corpus* de ofício ao acusado, ora sétimo apelante, Daniel Dutra Cordeiro, para rever a dosimetria da pena que lhe foi imposta, levando em consideração a atenuante da confissão.

XX. Não há que se falar na participação *in casu* do acusado, ora quarto apelante, Fernando Yamana Costa, ser de pouca importância, por somente se ter envolvido na prática do delito em questão para satisfazer seu vício, com a subsunção de sua conduta no art. 28, da Lei 11.343/2006, bem como de fazer jus à aplicação da atenuante da confissão. Com efeito, no caso em comento, não há que se falar na acolhida do entendimento no sentido de que a conduta do acusado, ora quarto apelante, Fernando Yamana Costa, deva ser desclassificada para aquela descrita no art. 28 da Lei 11.343/2006, tendo em vista o apontado pelo MM. juízo federal *a quo*. Assim, deve ser ressaltado ter sido demonstrado nos autos ter o acusado, ora apelante, praticado a conduta típica descrita no art. 33, *caput*,

c/c art. 40, I, da Lei 11.343/2006, na forma como bem vislumbrado na v. sentença apelada. Aplicação de precedente jurisprudencial deste Tribunal Regional Federal.

XXI. Ressalte-se, inicialmente, em relação à apelação do acusado, ora terceiro apelante, Juliano José Santiago, não haver que se falar, no atual momento processual, na inépcia da denúncia, pois, uma vez proferida a sentença, resta preclusa a análise da ocorrência de eventual vício na denúncia. Aplicação de precedente jurisprudencial do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

XXII. Não há que se cogitar na ocorrência *in casu* de nulidade processual pela existência de vícios e ilegalidades no inquérito policial, considerando que eventual vício que porventura venha a se configurar no âmbito do inquérito policial não contamina, por si só, a respectiva ação penal, pois o inquérito policial constitui-se em procedimento meramente informativo, que serve de base para a propositura da ação penal, motivo pelo qual a presença eventual de vício na fase inquisitorial não tem o condão de, apenas por esse fundamento, invalidar o processo penal já instaurado e sentenciado. Aplicação de precedente jurisprudencial do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

XXIII. Com relação à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, verifica-se que, apesar de a vedação à referida substituição ter sido declarada inconstitucional pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, os requisitos essenciais previstos no art. 44, do Código Penal devem ser observados para que então se proceda à substituição pleiteada.

XXIV. Ocorre, todavia, que, além da pena ao final fixada (fl. 2.016), impede o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, o apontado pelo MM. juízo federal sentenciante, quando, de início, afirmou que, *“Conforme ponderado por ocasião de um de seus pedidos de liberdade provisória, o acusado não logrou comprovar ter endereço fixo, já que os comprovantes juntados com este fito estavam no nome de sua genitora, com a qual não há provas de que resida. Ademais, sua profissão não restou comprovada de forma incontestada, sendo vagos os testemunhos produzidos nesse tocante. Ademais, a última anotação em sua CTPS data de abril de 2002 (ver fls. 1.834-1.837)”* (fl. 2.016), para, em momento posterior, asseverar que, *“Assim, possuindo contato com outros traficantes, com quem decidiu delinquir e não tendo comprovado endereço fixo ou vínculo de emprego, tudo leva a crer que, se solto, voltará a delinquir, além de não haver garantias de que ele não se evadirá do distrito da culpa”* (fl. 2.016).

XXV. Considerando que o acusado, ora terceiro apelante, Juliano José Santiago, confessou, na fase policial, sua participação na conduta delitiva (fl. 11), é de se conceder, em seu benefício, *habeas corpus* de ofício para rever a pena que lhe foi aplicada, levando-se em consideração a atenuante da confissão.

XXVI. Apelação do quinto apelante, Diego Moreira Franco, parcialmente provida.

XXVII. Apelações do primeiro apelante, Carlos Antônio Cândido de Castro e do sexto apelante, Paulo Márcio Leocádio Martins, parcialmente providas.

XXVIII. Apelações do oitavo apelante, Ministério Público Federal, e dos acusados, ora segundo apelante, Arnaldo Daniele Benitez Zarza, sétimo apelante, Daniel Dutra Cordeiro, terceiro apelante, Juliano José Santiago, e quarto apelante, Fernando Yamana Costa, desprovidas.

XXIX. *Habeas corpus* concedido de ofício, em benefício dos acusados, ora sétimo apelante, Daniel Dutra Cordeiro, e terceiro apelante, Juliano José Santiago.

XXX. Desmembramento do processo com relação ao acusado, ora quinto apelante, Diego Moreira Franco.

Numeração única: 0050363-57.2009.4.01.3800

Apelação Criminal 2009.38.00.032491-7/MG

Relator: Desembargador Federal Ítalo Mendes – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 25/10/2012, p. 206

*Direito Civil. Plano de saúde. Exames urgentes para diagnóstico e tratamento oncológico (PET-CT e octreoscan ou cintilografia de corpo inteiro). Exames não incluídos na lista de procedimentos da Agência Nacional da Saúde como*

*serviços cobertos pelo programa. Reembolso parcial feito pelo Serpro/PAS. Caso de emergência pelo risco de lesões irreparáveis ao paciente.*

I. O paciente é portador de carcinoma neuroendócrino metastático para fígado (CID10C17) em tratamento oncológico e foi submetido à ressecção de metástases hepáticas.

II. Quando surgiram os sintomas da doença, o Plano de Apoio à Saúde do SERPR – PAS negou pedido de autorização dos exames PET-CT e octreoscan/cintilografia sob o argumento de que não tinham previsão de cobertura, sendo reembolsado somente o valor do plano.

III. Os relatórios médicos justificaram os pedidos de realização dos exames porque o carcinoma neuroendócrino é um tumor raro, de difícil diagnóstico, um terço evoluem para síndrome carcinóide e os exames ajudariam na detecção do tumor primário, na definição se é ressecável, evitar cirurgia em tumores metastáticos, indicar método terapêutico, selecionar paciente para utilização de radioisótopos e definir metástases hepáticas.

IV. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o termo *tumor neuroendócrino* é derivado de células do sistema endócrino e pode estar localizado em qualquer parte do corpo. A doença tem diagnóstico difícil porque são neoplasias oriundas do sistema neuroendócrino difuso. O diagnóstico tardio pode resultar em um tumor metastático que diminui as chances de cura do paciente e o diagnóstico precoce das lesões apontam melhores índices de sobrevida.

V. O PET é uma técnica de imagem que mostra as alterações do metabolismo celular no corpo e permite a detecção precoce de lesões tumorais. O CT (tomografia computadorizada) mostra a forma da lesão e sua localização, tamanho e imagens detalhadas da anatomia interna. O exame octreoscan (cintilografia de corpo inteiro), consiste na aplicação de uma substância radioativa na corrente sanguínea do paciente para se escanear partes do corpo e achar o local do tumor que fica alimentando as metástases.

VI. O caso do autor apresentava risco de lesão irreparável para o paciente e ainda que os exames não estivessem incluídos na lista de procedimentos da Agência Nacional de Saúde como *serviços cobertos* pelo programa de saúde, é era obrigatória a cobertura do atendimento nos termos do art. 35-C, I, da Lei 9.656/1998.

VII. Mesmo na hipótese de programa de assistência à saúde mantida pelo réu na modalidade *auto-gestão* aplicam-se as normas da Lei 9.656/1998.

VIII. É abusiva a cláusula que impede o atendimento ou a cobertura financeira no caso de emergência, nos termos do art. 51 da Lei 8.078/1990.

IX. A jurisprudência do eg. STJ vem reconhecendo “o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.”

X. Mantida sentença que determinou o reembolso do autor do valor de R\$ 2.888,67 com juros e correção monetária, reembolso integral de quaisquer outros exames com indicação médica de urgência e risco de vida e danos morais de R\$10.000,00.

XI. Apelação improvida.

Numeração única: 0028364-84.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.028892-2/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 31/10/2012, p. 1.397

*Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública para desocupação de unidade de conservação (reserva extrativista Auatí-Paraná) e reparação de dano ambiental. Liminar satistativa deferida e desocupação extintiva do processo por falta de interesse superveniente de agir. Natureza provisória da liminar. Persistência do interesse de agir. Provimento da apelação. Exame do mérito (art. 515, § 3º, do CPC) invasão de reserva extrativista por grupo que não*

*constitui a sociedade tradicional local. Possibilidade de arbitragem do dano ambiental (pesca predatória do pirarucu) espécie em extinção. Parcial procedência dos pedidos.*

I. Os réus invadiram reserva extrativista (Auatí – Paraná) legalmente instituída para manejo de espécies da fauna aquática em extinção sob orientação do Ibama.

II. A sentença, sob o fundamento de que os invasores deixaram a área da reserva extrativista de forma definitiva e que a liminar era satisfativa, extingui o processo sem resolução do mérito, por falta de interesse superveniente de agir (CPC, art. 267,VI).

III. O cumprimento de medida liminar em ação civil pública, mesmo de natureza satisfativa, não implica perda do objeto da demanda, em razão da provisoriedade e precariedade da tutela cautelar, que carece de confirmação por decisão definitiva.

IV. Apelação provida e sentença reformada. Prosseguimento do julgamento com exame de mérito, *ex vi* do art. 515, § 3º, do CPC, estando os autos devidamente instituídos para decisão do *meritum casual*.

V. É incontroverso que os réus invadiram a reserva extrativista visando pesca do pirarucu, espécie da fauna aquática em extinção.

VI. A reserva era ocupada por mais de quarenta famílias em três comunidades e faziam manejo de lagos e do pirarucu por mais de dois anos. A invasão (21/01/2005 a 03/08/2006) significou prejuízo para a população tradicional local (ribeirinhos) que respeitavam as regras do Ibama, de manejo sustentável de pesca de pirarucu visando a não extinção de espécie aquática e a própria sobrevivência.

VII. Nos termos do art.14, §1º da Lei 6.938/1981 é objetiva a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, tendo o agente obrigação de indenizar, independentemente de culpa. É a teoria do risco integral adequada a proteção do meio ambiente como bem de todos.

VIII. Pedido de condenação em obrigação de não fazer parcialmente procedente para que os réus se abstenham de entrar ou permanecer ou instigar terceiros a invadirem a área da reserva extrativista Auatí-Paraná, sob pena de prisão por desobediência, pagamento de multa diária individual no valor de hum mil reais, perda de eventual linha de financiamento oficial de crédito e incentivos da Administração Pública até a restituição do *status quo ante*.

IX. A apuração do dano ambiental pela pesca predatória do pirarucu será procedida em liquidação pos arbitramento levando-se em conta o período da atividade predatória ( dezoito meses) e o número de réus (sete). A responsabilidade pela prática de ato ilícito é solidária.

X. Ação civil pública parcialmente procedente.

Numeração única: 0000157-32.2005.4.01.3201

Apelação Cível 2005.32.01.000157-3/AM

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado) – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 31/10/2012, p. 1.388

*Constitucional, Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Classificação de jogos eletrônicos segundo faixa etária. Defesa da criança e do adolescente. Arts. 5º, XXXII, e 227 da Constituição Federal. Agravo retido. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada.*

I. A prova pericial produzida é suficiente ao julgamento da matéria, assim corretamente dispensada a produção de prova oral. Agravo retido improvido.

II. A Lei 1.060/1950, conquanto admita a concessão da assistência judiciária mediante simples afirmação da parte requerente, permitiu ao julgador indeferir tal benefício quando houver, nos autos, elementos de prova que indiquem ter a requerente condições de suportar os ônus da sucumbência. Apelante solvente tem condições de pagar advogado e suportar o ônus da sucumbência. Agravo retido improvido.

III. "Pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só àqueles

constantes em capítulo específico ou sob a rubrica dos pedidos” (STJ: REsp 120.299-ES, Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 21/09/1998). Preliminar de sentença *extra petita* rejeitada.

IV. Não há referências sólidas na literatura científica para afirmar sobre a influência nefasta ou maléfica ou incitante de tais jogos sobre a personalidade do jogador. Também não é seguro afirmar que crianças estarão expostas às influências destes livros, pois elas não entenderiam facilmente as regras de tais jogos, dada a complexidade de sua leitura, o que exigiria a presença de adultos responsáveis nessa compreensão. A introdução aos jogos seria, naturalmente, de responsabilidade dos pais ou responsáveis legais. Por isso, o acesso a tais jogos seria restrito a pessoas maiores de 18 anos, como pessoalmente atestou o juiz sentenciante em diversas visitas a livrarias após a concessão da antecipação de tutela. É dos pais, por imperativo legal e por dever moral de educação para a vida, a responsabilidade para coibir o acesso de seus filhos a esses materiais até que os julguem em condições seguras de serem expostos aos jogos de RPG. O processo educativo começa na família. Apenas as pessoas que já tenham em si distúrbios sociopáticos de provavelmente seriam influenciáveis tanto pelos tais jogos quanto por outros fatores em nossa sociedade de consumo (filmes, músicas, livros, revistas, páginas eletrônicas e redes sociais com incitação à violência). Conclusões extraídas do laudo pericial confirmam que os jogos de interpretação (RPG), embora não recomendados a menores de 18 anos, não trazem comprovadamente efeito nocivo aos participantes psicologicamente saudáveis, de molde a que pratiquem condutas socialmente impróprias.

V. Sobre a suposta violação à liberdade de exercício de atividade econômica, traz-se a debate o persistente confronto entre bens constitucionalmente tuteláveis, no caso aquela e a proteção à criança e ao adolescente. Eventual ordem judicial em tal sentido ofenderia a garantia do parágrafo único do art. 170 da Constituição, o qual complementa a liberdade de exercício profissional assegurada no art. 5º, XII. (Precedente: TRF1: AC 0037821-56.1999.4.01.3800/MG, João Batista Moreira, 5ª T).

VI. Agravos retidos desprovidos.

VII. Apelações da União e da Daemon Editora Ltda. improvidas. Sentença mantida por seus fundamentos.

VIII. Remessa oficial desprovida.

Numeração única: 0039623-21.2001.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2001.38.00.039726-7/MG

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado) – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 22/10/2012, p. 41

*Constitucional. Administrativo. Regime do anistiado político. Empregados da ECT demitidos em 1985 por participação em movimento grevista. Cálculo da reparação econômica em forma de prestação mensal relativa aos meses de afastamento. Possibilidade de cumulação da reparação econômica com indenização por dano moral.*

I. O ministro de Estado da Justiça reconheceu individualmente o direito à reparação econômica sob a forma de prestação mensal. Entretanto, ali se tomou como orientação o que a Comissão de Anistia tivera como valor aproximado, “ante as dificuldades na obtenção de planilha de evolução salarial satisfatória junto à empresa”. Ora, se a única dificuldade residira na obtenção da tal planilha de evolução salarial, tem-se que esta se viu mais tarde superada, pois está disponível nos autos e a partir delas é possível estabelecer os valores mensais de que trata o art. 6º da Lei 10.559/2002. Logo, deve a União revisar o valor mensal da prestação continuada segundo a realidade salarial dos autores. Apelantes têm direito ao pagamento da reparação econômica em prestações mensais, segundo já reconhecido na portaria ministerial, mas a ser calculada segundo valores exatamente apurados segundo os paradigmas existentes na carreira durante o período de afastamento dos apelantes, encargo ora atribuído à ECT, que deverá apresentar planilhas de evolução salarial e financeira dos autores.

II. A respeito da cumulação da indenização por reparação econômica com a reparação por dano moral, esta Corte e o Superior Tribunal de Justiça têm admitido sua possibilidade (AC 0013941-13.2009.4.01.3500/GO, 6ª T, 05/03/2012, *e-DJF1*, p. 628) (AC 0003546-10.2006.4.01.3809/MG, 6ª T, 27/1/12, *e-DJF1* p.105 de 25/04/2012, STJ: REsp 890930/RJ, Denise Arruda, 1ª T, 17/05/2007, DJ 14/06/2007 p. 267; REsp 1220982/RS, Castro Meira, 2ª T, 06/10/2011, DJe 21/10/2011; REsp 954352 / PR, Francisco Falcão, 1ª T, 12/08/2008, DJe 27/08/2008).

III. No caso concreto, a Comissão de Anistia reconheceu a perseguição política aos apelantes por participação em movimento grevista, do que decorreu sua demissão arbitrária do quadro de empregados dos Correios e Telégrafos. É princípio assente na teoria do risco administrativo o cabimento de indenização por dano tanto material, como moral, a anistiado político, a quem foi infligido tratamento que atingiu as suas esferas física e psíquica, resultando, daí, na violação de direitos constitucionalmente garantidos e protegidos (CF, art. 5º, X). Basta, no caso, a comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a atuação estatal. É o suficiente para atrair a regra prevista no art. 37, § 6º, da CF/1988. No caso concreto, os apelantes foram arbitrariamente demitidos. Não há prova, segundo as anotações em suas carteiras de trabalho, de que tenham obtido outra ocupação formal desde então. Também é presumida a dificuldade em obtenção de novas posições no mercado de trabalho exatamente em razão da pecha decorrente da demissão por justa causa, motivo de melindres de cada empregador, especialmente se a despedida resulta de participação em movimento grevista.

IV. Indenização por dano moral arbitrada em parcela única de R\$ 25.000,00 para cada apelante, corrigidos a partir da data deste julgamento, e receberão juros moratórios de 0,5% ao mês a partir do trânsito em julgado.

V. Apelação dos autores provida.

VI. Verba honorária fixada em atuais R\$12.000,00, considerando o zelo, a dedicação e a média complexidade da causa (art. 20, § 4º, do CPC). Sem custas (assistência judiciária).

Numeração única: 0019048-47.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.019141-4/DF

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado) – 6ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 22/10/2012, p. 55

*Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. Liminar/tutela antecipada. Imposto de Importação. Redução da tarifa em razão de acordo entre países membros da Aladi. Bens com origem e destinados a países integrantes da Aladi. Triangulação virtual com país não membro. Benefício fiscal garantido. Precedentes.*

I. *In casu*, é perfeitamente aplicável o disposto no art. 557, § 1º-A, do CPC, em face da manifesta sintonia da decisão agravada com a jurisprudência dominante neste eg. Tribunal e no colendo Superior Tribunal de Justiça.

II. Nessa perspectiva, “O art. 557, § 1º-A, do CPC, conferindo ao relator competência para dar provimento monocraticamente ao agravo, sem que isso signifique afronta ao princípio do contraditório, da ampla defesa, e/ou violação de normas legais, porque atende à agilidade da prestação jurisdicional, não se limita aos casos de prévia jurisprudência dominante ou súmulas das Cortes Superiores”. (AGTAG 0068972-42.2009.4.01.0000/DF; Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, decisão de 23/02/2010, publicado no e-DJF1 de 12/03/2010, p. 465).

III. No caso vertente, o Juiz oficiante, ao justificar sua decisão, esclareceu que: “[...] encontram-se nos autos cópias dos Conhecimentos de Transporte (Bills of Lading), que comprovam que os produtos foram embarcados da Venezuela e transportados diretamente para o Brasil.” Com efeito, “Havendo “Certificado de Origen”, “Bill of Landing” e “Invoice” provando que o combustível importado é de origem venezuelana (país integrante da Aladi), despachado desse país diretamente para o Brasil (também integrante da Aladi), autoriza-se, em principio, a redução da tarifa do Imposto sobre Importação, nos termos do Acordo de Complementação Econômica 39 (ratificado pelo Decreto 3.138, de 16 ago. 1999)”. (AG 0067629-40.2011.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1, p. 1.087, de 21/09/2012.)

IV. O fato de os produtos terem sido faturados pelas subsidiárias da Petrobras nas Ilhas Cayman, país que não é membro da Aladi, não desnatura o conceito de origem para fins de fruição do tratamento preferencial, pois o que importa é que o Certificado de Origen tenha sido emitido pelo país produtor, no caso a Venezuela, membro efetivo da Aladi.

V. Em consequência, presentes estão os requisitos autorizativos da liminar/tutela antecipada, para suspender a exigibilidade do suposto crédito tributário (CTN, art. 151). O julgamento da questão meritória será realizado por ocasião do decreto sentencial.

VI. Agravo regimental não provido.

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0016619-54.2011.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 19/10/2012, p. 1.344

*Processual. Tributário. Prescrição. LC 118/2005. Contribuição previdenciária. Comercialização de produtos rurais. Art. 25, I e II, da Lei 8.212/1991, com a redação decorrente das Leis 8.540/1992 e 9.528/1997. Inconstitucionalidade declarada pelo STF. Repristinação. Descabimento. Lei 10.256/2001. Repetição do indébito. Correção monetária pela taxa Selic.*

I. a União não possui interesse recursal no tocante ao prazo prescricional, uma vez que o juízo *a quo* reconheceu, expressamente, o direito de repetição das parcelas recolhidas nos cinco anos que antecederam à propositura da ação, na forma prevista na LC 118/2005.

II. Incabível o efeito repristinatório pretendido pela Fazenda Nacional, por desbordar dos limites do pedido e da própria lide.

III. O art. 1º da Lei 8.540/1992, que deu nova redação aos arts. 12, V e VII; 25, I e II; e 30, IV, da Lei 8.212/1991, foi declarado inconstitucional pelo STF (RE 363.852), aos fundamentos de que a incidência da contribuição previdenciária sobre a comercialização de produtos agrícolas pelo produtor rural, pessoa natural, configura bitributação – ofensa ao princípio da isonomia –, bem como criação de nova fonte de custeio sem edição de lei complementar.

IV. Uma vez que a inconstitucionalidade declarada pelo STF no RE 363.852 não está fundamentada somente em vício formal – necessidade de lei complementar para a criação de nova exação –, mas, também, em vícios materiais – ofensa ao princípio da isonomia e ocorrência da bitributação –, não há como se afirmar que com a Lei 10.256/2001 a razão de inconstitucionalidade deixou de existir, pois a contribuição ainda está viciada no seu aspecto material.

V. Apelação da União parcialmente conhecida. À parte conhecida, nega-se provimento.

Apelação Cível 0003907-09.2010.4.01.3802/MG

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 19/10/2012, p. 1.502

*Tributário. Tarifas de uso (ou de navegação aérea). Elementos da obrigação tributária fixados por intermédio de portaria. Ilegalidade.*

I. *Tarifas de uso* (ou de navegação) instituídas pelo art. 8º da Lei 6.009/1973 decorrem do exercício do poder de polícia. Têm natureza tributária de *taxa*. Somente a lei pode definir os elementos da obrigação tributária (CTN, art. 97).

II. *Se se tratar de atividade pública (art. 175) o correspondente será taxa (art. 145, II); se se tratar de exploração de atividade econômica (art. 173) a remuneração far-se-á por preço* (doutrina de Geraldo Ataliba).

III. Agravo de instrumento provido para suspender a exigência das *tarifa de uso* (ou de navegação).

Agravo de Instrumento 0027805-40.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 31/10/2012, p. 1.615

*Processual Civil. Embargos à execução de título judicial. Mandado de segurança coletivo. União. Representante da autoridade impetrada. Eficácia em todo território nacional. Interesse coletivo. Alcance a todos os afiliados da associação impetrante. Eficácia ultra partes.*

I. Possível conferir ao título judicial executado a eficácia em todo o território nacional se a União, real credora dos valores executados e sujeito ativo da relação jurídica tributária, é a pessoa jurídica representante da autoridade impetrada.



II. A associação legalmente constituída tem legitimidade, na condição de substituta processual, para ajuizar ação na defesa dos interesses de seus associados e não depende de autorização expressa ou da apresentação de listas de filiados.

III. Se o entendimento prevalecente é pela dispensa da autorização expressa ou da apresentação de listas de filiados na fase de conhecimento, incoerente utilizar-se de tais documentos como agentes limitadores da legitimidade para executar o título judicial emanado do *writ* coletivo.

IV. A coisa julgada do mandado de segurança coletivo tem eficácia *ultrapartes*, o que impõe, em razão do próprio interesse coletivo, que a concessão da segurança aproveite a todos os afiliados da associação impetrante, ainda que se tenham filiado após o ajuizamento da ação.

V. Apelação a que se dá provimento.

Apelação Cível 0004367-04.2011.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado) – 8ª Turma

Relatora p/ acórdão: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Publicação: *e-DJF1* de 14/12/2010, p. 1.653

### *Ação popular. Reexame necessário. Contratos de publicidade. Promoção pessoal de autoridade. Falta de prova.*

I. A ação popular se destina, basicamente, à desconstituição de determinados atos (art. 5º, LXXIII, CF; art. 1º da Lei 4.717/1965) e à condenação dos responsáveis a repararem os prejuízos causados ao Erário (art. 11 da Lei 4.717/1965). Diante da ausência de demonstração de prejuízo ao Erário não se mostra cabível a condenação dos responsáveis em perdas e danos.

II. No caso em exame, não se reconhece, à vista do conjunto probatório dos autos, que a campanha publicitária comemorativa do plano real, promovida pelo Governo Federal, contenha elementos que permitam identificar a existência de ato lesivo ao patrimônio público ou a caracterização de desvio de finalidade, em razão de suposta promoção pessoal de autoridades monetárias e do presidente da República.

III. Nega-se provimento à remessa oficial.

Numeração única: 0025828-28.2003.4.01.0000

Reexame Necessário 2003.01.00.035442-6/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado) – 4ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 12/11/2012, p. 86

### *Tributário. Ação anulatória de débito fiscal. Multa decorrente do atraso na entrega de declarações de informações. Papel imune. Valor considerado a cada mês de atraso nos termos da instrução normativa SRF 71/2001. Medida Provisória 2.158-35/2001, art. 57. Interpretação divergente, mais benéfica ao contribuinte. Periodicidade trimestral. Código Tributário Nacional. Art. 112.*

I. De acordo com a MP 2.158-34/2001, em seu art. 57, “o descumprimento das obrigações acessórias exigidas nos termos do art. 16 da Lei 9.779/1999, acarretará a aplicação das seguintes penalidades: ‘I - R\$ 5.000,00 por mês-calendário’, às pessoas jurídicas que deixarem de fornecer, nos prazos, as informações ou esclarecimentos, e ‘II - 5%’, não inferior a R\$ 100,00 (cem reais), do valor das transações comerciais ou das operações financeiras, próprias, no caso de informação omitida, inexata ou incompleta.”

II. “A omissão da entrega de declaração não pode ser computada de forma cumulativa, considerando que foi apenas um ato (qual seja, a não apresentação da declaração DIF – Papel imune na data prevista) a infração ensejadora da multa aplicada, que não pode ser considerada(sic) como repetida a cada mês seguinte, sob pena de transformação da multa punitiva em moratória, gerando inevitável bis in idem.” (AGA I 0021478-84.2009.4.01.0000/AC, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, TRF 1ª Região, Sétima Turma, Unânime, *e-DJF1* 26/11/2010, p. 139.)

III. “A multa prevista pelo inciso I do art. 57 da MP 2.158/2001 não incide por mês de atraso; cada infração (não apresentação da DIF – papel imune até o último dia útil dos meses de janeiro, abril, julho e outubro, em relação aos trimestres civis imediatamente anteriores) recebe uma só multa. Isto (sic) porque nem toda obrigação acessória de informar tem a periodicidade mensal. Há aquelas que são trimestrais, como no caso em discussão. Portanto, se a

*periodicidade é trimestral, a norma apenadora deve ser interpretada conforme esta (sic) peculiaridade, de modo que cada declaração que deixe de ser apresentada gerará uma única multa.” (AC 0006691-77.2005.4.03.6000/MS, rel. Des. Federal Cecilia Marcondes, TRF 3ª Região, Terceira Turma, Unânime, e-DJF3, Judicial 1, 06/07/2010, p. 294.)*

IV. *“Inexistente norma legal válida estabelecendo periodicidade mensal para a declaração objeto da controvérsia, sem espeque a pretensão da apelante de considerar a quantidade de meses para o cálculo da respectiva multa decorrente da omissão, mesmo porque, onde o legislador não fez distinção, não cabe ao intérprete da norma distinguir.” Razão assiste à autora ao alegar que o cálculo fora efetuado em desacordo com dispositivo de norma legal válida (Medida Provisória 2.158-35/2001, art. 57) porque deveria prevalecer para cada trimestre o valor considerado, equivocadamente, pela autoridade responsável, para cada mês de atraso.” (AC 2006.33.04.000142-3 / BA, rel. Des. Federal Catão Alves, 7ª Turma do TRF 1ª Região, 14/09/2012, e-DJF1, p. 516).*

V. *“As Turmas de Direito Tributário do TRF1 (T7 e T8), sopesando a interpretação benéfica que o art. 112, IV, do CTN irradia, entendem que a multa decorrente do descumprimento da obrigação acessória de apresentação da ‘DIF – Papel Imune’ deve ser calculada sem cumulação, isoladamente, uma vez, para cada declaração entregue em atraso, ‘por mês-calendário, não por mês-calendário de atraso’, para que atendidos os primados da proporcionalidade, da razoabilidade e do não confisco, contexto que, em linha de cognição sumária, abona a suspensão da exigibilidade.” (AG 0071886-45.2010.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, 7ª Turma da 1ª Região, 04/11/2011, e-DJF1, p. 247).*

VI. De acordo com o documento de fl. 29, deixando a impetrante de apresentar as DIF-Papel Imune referentes aos três últimos trimestres do ano de 2002 e ao segundo trimestre do ano de 2004, foram quatro trimestres de descumprimento da obrigação acessória e, portanto, a multa deve ser reduzida para o valor de R\$ 20.000,00, de acordo com o cálculo apresentado pela impetrante em sua inicial e em seu recurso de apelação de fl. 114.

VII. Apelação da impetrante parcialmente provida.

VIII. Peças liberadas pelo relator, em 29/10/2012, para publicação do acórdão.

Numeração única: 004444-32.2005.4.01.3300

Apelação Cível 2005.33.00.004446-4/BA

Relator: Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé (convocado) – 6ª Turma Suplementar

Publicação: e-DJF1 de 07/11/2012, p. 475

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Juízo Federal e Juízo do Juizado Especial Federal. União estável. Competência da vara de família. Art. 226, §3º, da CF/1988. Lei 9.278/1996. Interesse da União. Conflito de competência entre Juizado Especial Federal e Juízo Federal. Não conhecido. Incompetência da Justiça Federal reconhecida. Conflito suscitado perante o Superior Tribunal de Justiça*

I. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Pará – Juizado Especial Federal, em face do Juízo Federal da 5ª Vara da mesma Seção Judiciária, entendendo, este Juízo ser incompetente em razão do valor da causa e, aquele, em razão da incompatibilidade do pedido de citação por edital com o rito do Juizado Especial.

II. Conforme disposto no art. 226, §3º, da Constituição Federal de 1988, regulado pela Lei 9.278/96, *“toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da vara de família”*.

III. Havendo ou não interesse em benefício previdenciário decorrente do reconhecimento da relação estável, ainda que em prejuízo da União, não há competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, sendo a competência do Juízo da Vara da Família, nos termos da CF/1988. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça

IV. Conflito de competência entre Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Pará (Juizado Especial Federal) e Juízo Federal da 5ª Vara da mesma seção judiciária que não se conhece. Reconhecido, de ofício, a incompetência da Justiça Federal para apreciação do presente feito.

V. Suscitado conflito de competência perante o Superior Tribunal de Justiça.

Conflito de Competência 0046759-08.2010.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado) – 1ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 22/11/2012, p. 31

*Processual Civil. Embargos infringentes. Sentença que decretou a nulidade de acórdão do ex-TFR e anulou todos os atos decisórios da liquidação e do processo de execução. Interposição anterior ao julgamento dos embargos de declaração. Não reiteração. Extemporaneidade.*

I. A jurisprudência se firmou no sentido da necessidade de ratificação das razões do recurso após o julgamento dos embargos de declaração, já que, consoante o art. 538 do CPC, “Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes”.

II. O julgamento dos declaratórios, com ou sem modificação da decisão, integra o acórdão recorrido.

III. “Os embargos infringentes interpostos na instância ordinária são extemporâneos, pois protocolizados antes mesmo do julgamento dos embargos de declaração opostos”. (EDREsp 200700806247, rel. Min. Eliana Calmon, STJ – Segunda Turma, DJE, Data: 23/10/2009.)

IV. Aplicável, à espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 418/STJ, no sentido de que “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

V. Outrossim, em face da anulação do acórdão objeto dos embargos infringentes, em acolhimento a embargos de declaração, ainda que restabelecido em julgamento de outros embargos de declaração subseqüentes, na realidade não poderia ser objeto de infringentes, pois o acórdão que prevaleceu é esse novo.

VI. Necessidade, no caso, de interposição de novos embargos infringentes.

VII. Embargos infringentes não conhecidos.

VIII. Alegação de nulidade no *decisum* objeto dos embargos infringentes por ter infringido a coisa julgada também não conhecida, já que, na realidade, pretende reforma do acórdão, o que só é possível mediante recurso próprio às instâncias superiores.

Numeração única: 0076084-14.1999.4.01.0000

Embargos Infringentes 1999.01.00.079020-8/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 3ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 04/12/2012, p. 6

*Processual Civil. Apelação em embargos à execução de título judicial. Sentença em conformidade com o pedido. Valores devidos desde a citação válida. Ausência de excesso de execução. Exigibilidade do título exequendo.*

I. A União alega que não existe título executivo judicial, pois, na ação condenatória, não haveria sido requerido o pagamento de valores atrasados e que tal obrigação de pagar também não constaria da decisão final do processo.

II. Em análise à inicial da ação condenatória, extrai-se que a autora pretende ver reconhecido o seu direito à continuidade do recebimento de benefício de pensão. Nos limites dessa pretensão, foi proferida a sentença do juízo *a quo*, determinando a continuidade do benefício de pensão e o pagamento dos valores não pagos a partir da data da citação válida. Não houve condenação ao pagamento de valores atrasados, mas apenas dos valores devidos a título de pensão desde a data da citação, pois a parte não poderia ser prejudicada pela demora no trâmite processual.

III. Também não há que se argumentar que o acórdão que reformou a sentença não foi claro na condenação. A sentença havia reconhecido apenas metade do valor que a autora recebia a título de pensão, nos moldes do inciso II do art. 6º da Lei 3.373. O acórdão reformou a sentença apenas para garantir o integral pagamento da pensão, por ter declarado a nulidade do procedimento administrativo que resultou em sua suspensão.

IV. Não há excesso de execução. Alega-se que a condenação em pagar quantia certa não está prevista no título executivo e que há excesso de execução quando se esta se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença. Conforme já exposto, há determinação expressa de pagar quantia na sentença e o acórdão reformou apenas o percentual do benefício devido à autora, não alterando a sentença neste ponto.

V. Quanto à alega inexigibilidade do título exequendo por inconstitucionalidade do objeto da execução, nos termos do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, embora o enunciado de Súmula Vinculante 3/STF dispense a observância da ampla defesa nos casos de revisão de pedido inicial de pensão, em sentido

contrário, a jurisprudência atual possui entendimento de que a ampla defesa se torna obrigatória quando transcorrido *in albis* o prazo de cinco anos do ato de concessão da aposentadoria, em respeito ao princípio da segurança jurídica. Precedentes do STF e STJ.

VI. No caso, o benefício da pensão foi concedido em 1985 e somente em 1998, após transcorrido o período de cerca de 13 anos, a União passou a atuar na revisão da legalidade do ato concessivo, pelo que não pode ser revisto o ato sem a observância das garantias do contraditório e ampla defesa.

VII. Ademais, o art. 741, parágrafo único, do CPC, deve ser interpretado restritivamente, porque excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada. Sua aplicação deve ser condicionada à declaração de inconstitucionalidade ou de interpretação conforme a Constituição, não sendo qualquer hipótese de sentença inconstitucional que enseja a aplicação do dispositivo. No caso, não houve a referida indicação.

VIII. Apelação da União a que se nega provimento.

Numeração única: 0002485-21.2009.4.01.4000

Apelação Cível 2009.40.00.002518-6/PI

Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 10/12/2012, p. 41

*Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Pena de demissão. Prescrição. Cinco anos. Ação penal. Instância própria. Não interferência na prescrição administrativa. Sentença absolutória. Ausência de provas. Código de Processo Penal, art. 386, VI (atual inciso VII). Não comunicabilidade das instâncias. Inocorrência. Apelação improvida.*

I. A sentença absolutória exarada na esfera penal sob o fundamento de ausência de provas suficientes da autoria não vincula as esferas administrativa e cível, o que ocorre somente quando naquela instância tenha sido taxativamente declarado que o réu não foi o autor do crime ou que o fato não existiu.

II. Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, havendo demissão de servidor público, a ação de reintegração no cargo prescreve em cinco anos, contados a partir do ato demissório. (Art. 110, inciso I, da Lei 8.112/1990).

III. Ressalte-se que o entendimento no sentido de que o trânsito em julgado da sentença penal absolutória é o marco inicial para a contagem do prazo prescricional de ação que objetiva a anulação do ato que demitiu o autor não se aplica ao caso em que a absolvição se deu com fulcro no art. 386, VI, CPP (atual inciso VII), haja vista a independência das esferas.

IV. Apelação da parte autora não provida.

Numeração única: 0000902-35.2008.4.01.4000

Apelação Cível 2008.40.00.000902-3/PI

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 14/12/2012, p. 738

*Penal e Processual Penal. Peculato. Formação de quadrilha. Arts. 312, caput, e 288 do Código Penal. Recursos provenientes de convênios firmados com a União, desviados para conta corrente do Estado de Roraima, movimentada por empresa privada, para pagamento de vencimentos a supostos servidores públicos, constantes de folha paralela de vencimentos. Procurações outorgadas pelos fictícios servidores, para recebimento de vencimentos, os quais não eram integralmente repassados aos pretensos titulares. Delitos perpetrados no âmbito da Secretaria de Administração do Estado e no DER/RR. Valor mínimo de reparação de danos. Art. 387, inciso IV, do CPP. Fatos delitivos ocorridos antes do advento da Lei 11.719/2008. Impossibilidade de aplicação. Princípio da irretroatividade da lei penal mais severa (art. 5º, XL, da CF/1988). Competência da Justiça Federal. Feito sentenciado em primeira instância. Desnecessidade de juntamento de feitos em face da conexão ou continência. Súmula 235 do STJ e art. 82 do CPP. Preliminares rejeitadas. Presentes o nexo de causalidade da conduta do réu com o dano causado ao Erário e o dolo do agente no caso. Responsa-*

*bilidade penal objetiva não configurada. Materialidade e autoria do delito de peculato suficientemente demonstradas. Insuficiência de provas quanto crime de quadrilha. Mantida a dosimetria do delito de peculato. Apelação do MPF desprovida. Apelação do réu parcialmente provida.*

I. Compete à Justiça Federal o processo e o julgamento de ação penal cujos delitos referem-se a desvio de recursos relativos a convênios, firmados entre o Estado de Roraima e a União e sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas de União – TCU – consoante destacaram a denúncia e o Laudo de Exame Econômico-Financeiro, elaborado pela Polícia Federal –, indevidamente transferidos para a conta corrente do Governo do Estado de Roraima, livremente movimentada por empresa privada, para pagamento de servidores fictícios, incluídos em folha paralela de vencimentos criada para esse fim, cujo recebimento se fazia mediante procuração outorgada pelos supostos servidores, com repasse total ou parcial dos recursos recebidos, à autoridade que os indicava para inclusão em folha de pagamento.

II. Não se dá o caso de ajuntamento de processos, por conexão ou continência, quando um deles já encontra-se sentenciado, eis que a finalidade precípua de tal medida é justamente evitar a prolação de sentenças contraditórias em processos distintos ainda não sentenciados (Súmula 235 do STJ), aplicando-se, na hipótese, o disposto no art. 82 do CPP.

III. Rejeitadas as preliminares suscitadas pelo réu.

IV. Materialidade do delito do art. 312 do Código Penal comprovada, principalmente diante dos Laudos de Exame Econômico-Financeiro do Instituto de Criminalística da Polícia Federal, dando conta que verbas federais, provenientes de convênios firmados pelo Estado de Roraima com a União, foram transferidas para conta corrente do referido Estado de Roraima – livremente movimentada por empresa privada – e indevidamente utilizadas no pagamento de vencimentos a pessoas que – consoante se constata dos depoimentos dos próprios servidores *fantasma* – sequer sabiam que faziam parte da folha de pagamento do Governo do Estado de Roraima ou do DER/RR, ou ao menos trabalhavam para órgãos públicos estaduais.

V. A responsabilidade de gestão de verbas federais, repassadas ao Estado cabe, em primeiro plano, ao governador, que tem o dever legal de prestar contas ao TCU da sua utilização, nos estreitos limites da finalidade do respectivo convênio celebrado com a União. Ademais, a autoria delitiva imputada ao denunciado, encontra-se suficientemente demonstrada no conjunto probatório coligido nos autos, não se dando o caso de responsabilização penal objetiva do réu, eis que demonstrado o nexo de causalidade entre sua conduta e o dano causado ao Erário, assim como o dolo do agente no caso.

VI. Não suficientemente demonstrado, neste autos, o vínculo associativo permanente e estável do réu com outras pessoas – em *quorum* suficiente à configuração do delito autônomo de quadrilha –, com o fim de praticar reiteradamente o crime de peculato, impondo-se, assim, a absolvição do réu, no particular. Parcialmente reformada a sentença recorrida, com a absolvição do réu da imputação tipificada no art. 288 do Código Penal.

VII. Mantida a dosimetria da pena relativa ao delito do art. 312 do CP, em todos os seus termos.

VIII. Em observância ao princípio da irretroatividade da lei penal mais severa (art. 5º, XL, da CF/1988), inviável a incidência do regramento do art. 387, IV, do CPP (que possui nítido caráter material), ao caso concreto, pois que os fatos delitivos descritos na denúncia ocorreram entre os anos de 1998 e 2002 e a Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao mencionado artigo, conferindo a possibilidade de o julgador, na esfera criminal, fixar valor mínimo para reparação de danos, passou a vigorar somente no ano de 2008, de modo que dito preceito não pode alcançar os processos em andamento, como na hipótese dos autos. Precedentes da Terceira Turma do TRF 1ª Região.

IX. Desprovido o recurso do MPF. Parcialmente provido o recurso do réu.

Numeração única: 0001983-69.2006.4.01.4200

Apelação Criminal 2006.42.00.001983-3/RR

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 14/12/2012, p. 1.228

*Improbidade administrativa. Princípios da Administração Pública. Venda de livros do professor em faculdade pública. Registro indevido de aulas em diário de classe. Expressões injuriosas e preconceituosas em sala de aula. Inexistência de atos de improbidade. Faltas funcionais. Rejeição da ação.*

I. Os atos de improbidade administrativa, descritos no art. 11 da LIA, não se confundem com simples ilegalidades administrativas ou inaptidões funcionais, devendo apresentar aproximação objetiva com a essencialidade da improbidade, consubstanciada na inobservância dos princípios regentes da atividade estatal, dispensando-se, para a subsunção da conduta nesse tipo legal, o prejuízo ao Erário e/ou o enriquecimento ilícito.

II. A venda de livros do professor, em estande de editora, nas dependências de faculdade pública, juntamente com títulos os mais variados, de diversos autores, prática comum nas Universidades, não tem similitude com ilegalidade, menos ainda com ato de improbidade. Se a venda eventualmente ocorre em sala de aula, o fato traduz falta ética, mas não ato de improbidade.

III. O registro de aulas em caderno acadêmico (diário de classe) é, em princípio, tema da exclusiva administração do professor regente, que ministra as suas aulas dentro do seu planejamento, inclusive com reposição, sendo o caso, desde que o programa seja ministrado, e que, por falta de aulas, os alunos não sejam prejudicados.

IV. As graves expressões ofensivas e preconceituosas que teriam sido proferidas em sala de aula, ainda que comprovadas — a sentença afirmou o contrário —, constituiriam faltas administrativas e funcionais; nunca atos de improbidade, sem falar que a investigação administrativa, com o mesmo objeto, veio a ser arquivada na área administrativa da universidade, fato que não vincula o Judiciário, mas confere forte relevo na avaliação da prova.

V. Dispõe a Lei 8.429/1992, que, recebida a manifestação prévia escrita, “o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.” (art. 17, § 8º). Hipótese em que a decisão apelada, fundamentada, demonstrou, com vantagem sobre os fundamentos da apelação, que as imputações da inicial não têm encaixe no art. 11 da Lei 8.429/1992.

VI. Desprovimento da apelação.

Numeração única: 0005840-03.2008.4.01.3700

Apelação Cível 2008.37.00.005996-0/MA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 11/12/2012, p. 102

*Constitucional. Tratamento médico. Fornecimento. Legitimidade passiva. Responsabilidade solidária da União e dos entes federativos. Direito fundamental à vida e à saúde (CF, arts. 6º, 196 e 198). Lei 8.080/1990. Tratamento não incorporado pelo SUS. Pessoa com condições financeiras para custear o tratamento. Pedido improcedente.*

I. Há responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva de nenhum deles. Precedentes do STF.

II. O direito à saúde está garantido na Constituição Federal (arts. 196 e 198) e a Lei 8.080, de 19/09/1990, é explícita ao estabelecer o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (art. 2º).

III. Ao Poder Público incumbe o dever de garantir a observância desse direito público subjetivo, por meio de políticas públicas que visem à proteção e recuperação da saúde, nas quais se incluem os programas de fornecimento de medicamentos/tratamentos aos necessitados, sejam eles de alto custo ou não.

IV. Os princípios da universalidade, integralidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde (art. 196, CF/1988) devem ser interpretados de modo a possibilitar: a) a todos, ricos ou pobres, a utilização das ações e serviços já disponibilizados pelo SUS (política pública adotada pelo Governo), em igualdade de condições, observadas as particularidades relevantes de cada caso concreto (isonomia substancial); b) o fornecimento pelo Estado de tratamentos ainda não incorporados pelo SUS, mas de comprovada eficácia e imprescindíveis à manutenção da vida e/ou da saúde, apenas a quem comprovadamente não dispuser de condições para custeá-los com recursos próprios.

V. Caso em que, embora haja prova da necessidade do tratamento não disponibilizado pelo SUS (terapia fotodinâmica – TFD – com uso de veterporfirina – Visudyne), a autora não se trata de pessoa desprovida de recursos financeiros suficientes para custear tal tratamento (está qualificada como servidora pública federal – Advogada da União –, reside em área bastante valorizada de Brasília/DF – Setor Sudoeste – SQSW 301 –, realizou consulta particular com diversos médicos da área e, inclusive, se submeteu em caráter particular à primeira aplicação do procedimento).

VI. Ausência de direito ao custeio do tratamento pelo Poder Público.

VII. Apelação e remessa oficial providas.

VIII. Ônus da sucumbência invertidos, com fixação dos honorários advocatícios em R\$ 700,00 (setecentos reais) em favor de cada réu.

Numeração única: 0031649-61.2004.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2004.34.00.040733-0/DF

Relator: Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado) – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 17/12/2012, p. 509

*Agravo de instrumento. Investigação motivada pelo escândalo dos Correios. Processo administrativo. ECT. Ação de anulação de ato administrativo. Cerceamento de defesa. Inexistência. Suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública. Art. 7º da Lei 10.520/2002. Respeito ao devido processo legal.*

I. Cuidam os autos de ação de anulação de ato administrativo em razão de suposto cerceamento de defesa em processo administrativo instaurado no âmbito da ECT, que concluiu pela participação da empresa agravante em um pretense acerto com empregados e ex-empregados dos Correios, objetivando a obtenção de vantagens pessoais ou empresariais em licitações e contratos, em detrimento dos interesses da ECT, resultando na aplicação, à agravante, de penalidade amparada pelo art. 7º da Lei 10.520/2002 c/c item 3, capítulo 3, Módulo do Manual de Licitação (Manlic), a saber, suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública no prazo de 5 (cinco) anos.

II. De acordo com o Relato de Diligência PA/GIMBA CS-08.219-001/2009, produzido pela Comissão de Sindicância instaurada no âmbito da ECT, extrai-se que: “Da análise dos documentos citados nos subitens deste relato, constantes dos processos do contrato 12.072/2003, oriundo do convite CV-024/2003 e da AF-1210/2004, do pregão – PGE 17/2004, firmados com a Gimba e do pregão PGE-082/2005, adjudicado à Autopel, confirma-se os resultados das análises realizadas pela CGU, constantes no Relatório de Ação de Controle 00190.027366/2006-30A (p. 100), a seguir transcritas: ‘[...]30 objeto do inquérito policial 4.488/2005, que apura a existência de possíveis esquemas de corrupção no âmbito dos Correios, dos quais resultariam vantagens econômicas indevidas tanto para os supostos corruptores, quanto para o grupo de empregados e dirigentes da referida empresa pública’. ‘De uma forma geral, foi verificado, pela Polícia Federal, várias conversas que indicam realmente a existência de grupo organizado que atua ou atuou na ECT na condução de diversos atos ilícitos que atualmente estão vindo a público com a ação dos órgãos de investigação que passaram a atuar após a eclosão do denominado ‘Escândalo dos Correios.’” Além disso, “Tais informações vão ao encontro de outros elementos insurgidos nas apurações procedidas pela Polícia Federal e Ministério Público, especialmente no tocante a ‘haver estreito relacionamento entre a Glmba Suprimentos de Escritório e Informática LTDA e a Vetor Comercial Representações Importações e Exportações LTDA, [...] empresas contra as quais a MPF ajuizou ação civil pública por prática de irregularidades em licitações na ECT.’” (Nota Jurídica/GCON/Dejur-1.462/2009)

III. Da leitura dos autos, observa-se que, a despeito da intempestividade das defesas produzidas (defesa preliminar e recurso administrativo interposto contra decisão de aplicação de pena), tais peças foram recebidas como direito de petição (art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal), não se convencendo, a autoridade administrativa, contudo, acerca da ausência de culpabilidade da empresa agravante quanto aos fatos a ela imputados, ante a produção de meras alegações de negativa de irregularidade, ao tempo em que a agravante reconhece compor um grupo econômico que participava rotineiramente das mesmas licitações, alvos das investigações noticiadas nos autos. Demais disso, vê-se que a argumentação de inexistência de combinação de preços e de arranjos para ganho de certames restam sem qualquer explicação, o que não se afigura justificável ou aceitável ante a pretensão de provimento do recurso, em flagrante descompasso com as indicações formuladas pela empresa no relatório de abertura do processo administrativo.

IV. Não há que se cogitar de qualquer violação ao devido processo legal ante suposto cerceamento de defesa, repellido ante os documentos coligidos pela agravada e observância da regular notificação do agravante dos atos administrativos, não se vislumbrando mácula quanto à punição da agravante nos termos apontados.

V. Agravo de instrumento da autora improvido.

Agravo de Instrumento 0058291-42.2011.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 07/12/2012, p. 573

*Processo Civil. Agravo de instrumento. Programa de exploração rodoviária. Ação cautelar. Decisão liminar que suspende assinatura de contrato de concessão. Indicação de irregularidades praticadas pela comissão de outorga no julgamento da proposta escolhida. Decisão que acolhe parcialmente os argumentos. Elementos nos autos que indicam a presença dos requisitos necessários à concessão da medida de cautela requerida. Manutenção da decisão. Desprovimento do agravo.*

I. A decisão impugnada houve por bem suspender a decisão da comissão de outorga responsável pelo julgamento das propostas apresentadas em licitação para concessão da exploração do trecho da BR 101 no Estado do Espírito Santo, segundo a discriminação do edital de concessão 1/2011, que indicou como proposta vencedora a apresentada pelo Consórcio Rodovia da Vitória.

II. Fundou-se a decisão agravada em obscuridade consistente na ausência de previsão de valores para a realização de implantação de terceira faixa no trecho *D* da concessão por ocasião do ponto de gatilho, estimado para o 24º ano do contrato, o que poderia ensejar prejuízo aos usuários.

III. A falta de indicação de valores para o custeio da obra foi reconhecida pelo TCU, que optou por determinar a modificação de cláusulas da minuta do contrato a ser firmado entre as partes, que passou a prever de forma explícita a obrigação de realização da obra em questão e vedar a utilização de arbitragem para a solução de conflitos, relegando para licitações futuras as outras falhas constatadas ao argumento de que a anulação do certame seria mais dispendiosa que a contratação nos moldes que foram determinados.

IV. A discussão sobre possibilidade de abertura de terceira pista com asfaltamento após mais de uma década da realização da abertura da via, na verdade, não constitui o maior problema observado na demanda, a despeito de ter constituído o único fundamento para o deferimento da medida de cautela pelo juízo monocrático.

V. O efetivo ponto de discussão é o plano de negócios apresentado pela licitante indicada pela comissão de outorga como vencedor, pois o mesmo não cumpriu as exigências de detalhamento previstas no edital e funda-se na argumentação de que o lançamento dos valores de investimentos, custeios, depreciações e outros necessários à avaliação da evolução satisfatória da concessão, poderiam ser efetivados a seu talante, o que não se demonstrou correto, pois a comissão de outorga formulou ao menos dois pedidos de esclarecimento com questionamentos e pedidos de desmembramentos de despesas, o que em um exame preliminar sugere violação aos termos do edital e, em tese, possível prejuízo à isonomia entre os licitantes.

VI. Existem questões sobre custos de obra, momento de realização e previsão de realização que desbordam eventual discricionariedade de lançamento de dados em planilhas e que demandam esclarecimentos fundados em matéria exclusivamente de direito, que somente poderão ser efetivados na ação principal.

VII. Liminar deferida na ação cautelar mantida.

VIII. Agravo de instrumento improvido.

Agravo de Instrumento 0051369-48.2012.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 04/12/2012, p. 235



*Administrativo. Processual Civil. Agravo de instrumento. Resolução da diretoria colegiada da Aneel. Usina hidrelétrica. Áreas inundadas. Alteração de coeficiente de compensação financeira. Contraditório. Ampla defesa. Violação. Inexistência.*

I. Em não se tratando anulação do ato, mas sim de sua adequação em face dos novos estudos levados a efeito e que concluíram que as usinas de Paulo Afonso IV e de Moxotó estão instaladas em um mesmo reservatório, interligados por um canal, já que não se cuida da perda do direito de participar do rateio dos valores, mas sim de alteração dos coeficientes de distribuição da compensação financeira, e levando-se em consideração ser o rateio dos valores a título da compensação financeira obrigação de trato sucessivo, não se aplica ao caso o prazo do art. 54 da Lei 9.784/1999.

II. Ato administrativo impugnado – Resolução Colegiada 1.236/2011 da Aneel – que foi precedido de estudos das áreas técnicas competentes, que concluíram pela revisão dos coeficientes de compensação financeira das Usinas Hidrelétricas Apolônio Sales (Moxotó) e Paulo Afonso IV, estabelecidos em 2001.

III. Inexistência de vício por ausência de fundamentação no voto condutor da decisão, pois, embora sucinto, está embasado em nota da equipe técnica, pela necessidade dessa revisão.

IV. Julgamento colegiado que obedeceu ao rito da Norma de Organização 18, de 27/09/2004, e que trata dos procedimentos gerais referentes às Reuniões Deliberativas Públicas da Diretoria da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, com a publicação da pauta de julgamento no sítio da agência reguladora e do extrato da decisão no Diário Oficial da União.

V. Pedido de reconsideração indeferido. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

Agravo de Instrumento 0052428-71.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 12/12/2012, p. 106

*Tributário. Enfitêuse. Laudêmio. Obrigação do alienante. Pagamento. Falta de prova. Transferência não completada. Taxa de ocupação do imóvel. Responsabilidade do ocupante de direito.*

I. Nos termos do art. 686 do Código Civil de 1916, nos casos de transferência do domínio útil, o alienante fica responsável pelo pagamento do laudêmio ao senhorio direto.

II. O art. 3º do Decreto-Lei 2.398/1987 vincula a transferência do domínio útil do terreno da União ao pagamento do laudêmio. Sem que este tenha ocorrido, não poderá ser aperfeiçoada a transferência.

III. Na ausência de prova de quitação do laudêmio e do registro desse pagamento na escritura pública, não ocorre o aperfeiçoamento da transferência, e os pretensos alienantes continuam vinculados a todas as obrigações decorrentes do domínio útil do imóvel sobre o qual recai a enfitêuse.

IV. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento.

Numeração única: 0006207-68.2005.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2005.33.00.006209-2/BA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 14/12/2012, p. 1.569

*Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Entidade educacional. Imunidade do art. 195, § 7º, da CF. Não cumprimento dos requisitos do art. 55 da Lei 8.212/1991, na sua redação originária. Impossibilidade. Inexistência de direito adquirido à manutenção do Cebas. Apelação improvd.*

I. A Constituição Federal de 1988, no seu art. 195, § 7º, conferiu imunidade às entidades beneficentes de assistência social em relação às contribuições para a Seguridade Social, desde que atendidos os requisitos definidos por lei. (RMS-AgR 27977, rel. Min. Ricardo Lewandowski, STF).

II. O STF, no julgamento da ADIn-MC 2028, reconheceu apenas a inconstitucionalidade material da Lei 9.732/1998, e não a inconstitucionalidade formal do referido dispositivo, tendo considerado igualmente relevantes os fundamen-

tos de ambas as teses – a da possibilidade de lei ordinária dispor sobre a matéria, nos moldes do art. 195, § 7º, que não exige expressamente lei complementar, e a da necessidade de lei complementar, de acordo com o art. 146, II, que trata das imunidades.

III. A teor do disposto no art. 11, § 2º, da Lei 9.868/1999, “a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”, pelo que permaneceram válidas as normas da Lei 8.212 que, na redação originária do art. 55, traçavam os requisitos para a imunidade.

IV. “É pacífica nesta Corte a orientação de que a imunidade da contribuição previdenciária patronal assegurada às entidades filantrópicas, conforme o art. 195, § 7º, da Constituição, tem sua manutenção subordinada ao atendimento das condições previstas na legislação superveniente. Incidência da Súmula 352/STJ.” (AGREsp 200601103000, rel. Min. Herman Benjamin, STJ, Segunda Turma, DJE, Data: 19/03/2009.)

V. Não possuindo a apelante o certificado de registro de entidades de assistência social válido e nem demonstrado o cumprimento dos requisitos do art. 55 da Lei 8.212/1991, não faz jus à imunidade do art. 195, § 7º da Constituição.

VI. Nos termos da Súmula 352 do STJ, a obtenção ou renovação do Certificado de Entidade de Assistência Social não exige a entidade do cumprimento dos requisitos legais supervenientes, pelo que inexistente direito adquirido à imunidade pleiteada, havendo, portanto, necessidade de renovação do aludido certificado no decorrer do tempo. Precedentes da 1ª Seção do STJ.

VII. “Esta Corte Superior posicionou de forma clara, adequada e suficiente acerca da inexistência de direito adquirido a regime jurídico tributário, o que impõe, quando da renovação do Cebas, que as entidades demonstrem cumprir as exigências da legislação em vigor” (EDcl no MS 13.873/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 25/05/2011, DJe 31/05/2011).

VIII. Apelação a que se nega provimento.

Numeração única: 0004385-40.2002.4.01.3400

Apelação Cível 2002.34.00.004388-5/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Luiz Coêlho de Freitas (convocado) – 1ª Turma Suplementar

Publicação: e-DJF1 de 17/12/2012, p. 653

*Direito Administrativo. Servidor público. Preliminares de ilegitimidade ativa e nulidade de sentença afastadas. Licença remunerada para realização de doutorado. Pedido de exoneração logo em seguida ao retorno da licença remunerada. Indenização ao Erário das despesas efetuadas com o curso. Possibilidade. Termo de compromisso. Aplicação do Decreto 94.664/1987.*

I. Não há que se falar na ilegitimidade ativa *ad causam* da Funrei, uma vez que a referida instituição possui personalidade jurídica própria e patrimônio específico, com orçamento e quadro de pessoal distintos, inteligência do art. 207 da CF/1988 c/c o art. 1º do Anexo ao Decreto 94.667/1984. Dessa forma, a Funrei possui legitimidade para ingressar com a ação de cobrança contra a apelante requerendo tanto a devolução dos valores pagos a título de vencimentos como também dos valores recebidos pela ré a título de bolsa de doutorado integral PICDT/Capes, durante o período em que a ré esteve licenciada para cursar doutorado.

II. Não há que se falar em nulidade da sentença sob a alegação de que o referido processo deveria ser julgado em conjunto com os autos da ação ordinária 2001.38.00.009870-3, por eventual conexão, uma vez que precluiu o direito da apelante de agravar da decisão de fl. 333, que desapensou os referidos autos.

III. De igual forma, não há que falar em nulidade da sentença por arguição de suspeição do magistrado *a quo*, uma vez que o juiz não está obrigado a decidir o processo de acordo com o interesse da parte, bem como também a parte ré não fez prova que o magistrado encontrava-se suspeito de apreciar a demanda por algum dos motivos elencados no art. 135, do CPC, ônus do qual não se desincumbiu, art. 331, I, do CPC.

IV. Nos termos do art. 47, *caput*, e inciso I, do Decreto 94.664/1987, pode o servidor de Instituição Federal de Ensino afastar-se de suas funções para a realização de curso de aperfeiçoamento, sendo-lhe assegurados todos os direitos e vantagens a que fizer jus em razão da atividade docente.

V. Consoante determina o § 3º do referido diploma legal, impõe-se ao servidor, findo o período de seu afastamento, o retorno às suas atividades, devendo ali permanecer por tempo igual ao do afastamento, incluídas as prorrogações, sob pena de indenização de todas as despesas.

VI. O fato de a apelante não ter tido seu pedido administrativo de prorrogação pelo período de um ano deferido para concluir o doutorado, não é motivo plausível para deixar de ressarcir ao erário todo o valor que recebeu a título de vencimentos e a título de bolsa de doutorado integral PICDT/Capes durante o período de quatro anos que esteve afastada para realizar o curso de especialização, já que assumiu, mediante termo de compromisso, a obrigação de permanecer na Instituição de ensino por igual período ao do afastamento, além de tratar-se de exigência legal, nos termos do § 3º, art. 47, do Decreto 94.664/1987.

VII. Apelação não provida.

Numeração única: 0037861-38.1999.4.01.3800

Apelação Cível 1999.38.00.038007-9/MG

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu (convocada) – 3ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 30/11/2012, p. 1.335

*Administrativo. Processual Civil. Ação indenizatória. Responsabilidade civil do Estado. Cargo em comissão. Exoneração. Inexistência de ato ilícito. Inexistência de dano moral. Indenização indevida.*

I. A caracterização da responsabilidade civil objetiva do Estado exige a presença de três elementos essenciais: a prova do dano material ou moral sofrido, uma ação ou omissão imputada a um agente estatal e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta, não tendo a vítima, pois, que provar culpa ou dolo do agente público.

II. No caso em exame não está demonstrada ilicitude do ato de exoneração que fora praticado em conformidade com os preceitos legais e normativos. Também não identifico a existência de dano extrapatrimonial em virtude de dispensa de cargo em comissão ou função comissionada, por ser efeito a que está sujeito qualquer de seus ocupantes independentemente de motivo ou causa associada a fato negativo, ou mesmo à conduta pessoal ou profissional do servidor público.

III. “As funções comissionadas são de livre nomeação e exoneração, estando, pois, jungidas ao conceito de discricionariedade administrativa. Desse modo, a dispensa dos servidores do exercício de função de confiança está adstrita aos critérios de oportunidade e conveniência do administrador público (mérito administrativo), sendo passível de controle pelo Poder Judiciário apenas quanto à sua legalidade.” (AC 0020722-90.2005.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Selene Almeida, Quinta Turma, *e-DJF1* p.178, de 04/10/2010.)

IV. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

Numeração única: 0002666-28.1999.4.01.3400

Apelação Cível 1999.34.00.002680-0/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado) – 4ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 14/12/2012, p. 1.680

*Mandado de segurança. Regime aduaneiro especial de admissão temporária de cintas metálicas e selos de dupla dobragem utilizados para acondicionar toras de madeiras exportadas. Admissão temporária parcialmente extinta. Execução provisória do termo de responsabilidade. Não observância do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo. Alegada desnecessidade de prova técnica. Demonstração das operações nos registros de exportação.*

I. Alega a impetrante que, ao contrário do entendimento esposado pelo juízo *a quo*, a inobservância dos princípios da ampla defesa e do contraditório em sede administrativa mostra-se flagrante. Ademais, o mérito do próprio ato coator mostra-se desprovido de qualquer fundamento de validade, o que prescinde da produção de prova técnica, uma vez que as operações estão demonstradas nos próprios Registros de Exportação, devidamente encartados nos autos do *writ*.

II. Como bem decidiu o juízo *a quo*, “A presente ação é incompatível com a realização de prova pericial para eventuais confrontações, no particular. Grande parte das questões aduzidas na inicial, em verdade, acabam prejudicadas pela

*inviabilidade processual posta, ou seja, pela inadequação específica da ação para o caso, que não se presta a direitos que não sejam líquidos e certos, delimitados quanto a sua extensão e aptos a serem exercidos quando da impetração, por dependerem, como no caso, do instrumento da prova pericial. Em que pese a possibilidade técnica da natureza satisfativa autônoma do pedido em mandado de segurança, por outro lado, o veículo não se coaduna com a necessidade de instrução probatória, como se necessitaria, na espécie, de perícias específicas, pois a apuração dos bens efetivamente importados e reexportados também não pode dispensar o contraditório com o encontro de contas, inclusive não se pode decidir acerca da possibilidade ou não da existência de perdas e seus efetivos montantes e percentuais, no caso sub judice, sem que se ouça o perito qualificado para tal assertiva.” (fl. 351).*

III. De fato, não há como o Judiciário, na via estreita do mandado de segurança, ir de encontro à conclusão exarada pela Administração Pública no sentido de que seria impossível concluir com, absoluta certeza, a alegada reexportação das mesmas mercadorias importadas por admissão temporária. Para se acolher a pretensão autoral imperativo seria o acionamento das vias ordinárias, abrindo-se o mais amplo contraditório. Portanto, circunscrito ao âmbito diminuto do mandado de segurança, imperativo seja ratificado o ato prolatado pela autoridade administrativa, pois que carrega, ao menos em linha de princípio, presunção de veracidade e legitimidade.

IV. Noutra vértice, melhor sorte não assiste à alegada inobservância dos princípios da ampla defesa e do contraditório em sede administrativa. Primeiramente, porque o Processo Administrativo 12689.000392/98-36 não foi carreado em sua integralidade, não sendo possível aferir tanto cronologicamente, quanto materialmente, todos os atos e etapas do procedimento deflagrado e o alegado cerceamento. Aliás, ao menos em linha de princípio, a documentação acostada pela própria impetrante permite concluir pela observância dos postulados em questão. Nesse sentido é o Termo de Intimação de fl. 142, no qual é reiterada à empresa a apresentação de tabela de movimentação de cintas e selos, que deveria constar as datas de entrada e saída destas mercadorias, seu saldo de estoque nestas datas, quantidades de entrada e saída. Após, e como bem explanado pela impetrada em suas contrarrazões, foi realizada diligência fiscal no estabelecimento da impetrante que, a seu turno, participou amplamente do procedimento, tanto que forneceu diversos documentos e prestou informações através de seus funcionários (vide relato de fl. 152). Seguiu-se, então, a edição do Parecer 474/2000 que sugeriu a extinção parcial do regime aduaneiro em tela e a execução do Termo de Responsabilidade 38/1998, também de forma proporcional, conclusão que foi ratificada pela Inspeção da Alfândega do Porto de Salvador, através da decisão de fl. 161, que determinou, expressamente, a cientificação do requerente/impetrante. Portanto, ao menos na via estreita do mandado de segurança e com base nos documentos constantes dos autos, há que se acolher as razões da impetrada no sentido de que “[...] a requerente acompanhou efetivamente de perto todos os passos do pedido de baixa do Termo de Responsabilidade 38/1998, não existindo qualquer cerceamento de defesa, inclusive porque foi a própria empresa quem deflagrou o pedido e forneceu os elementos a serem trabalhados pelo Fisco[...]” (fl. 395).

V. Apelação a que se nega provimento.

Numeração única: 0002310-71.2001.4.01.3300

Apelação Cível 2001.33.00.002310-0/BA

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado) – 5ª Turma Suplementar

Publicação: e-DJF1 de 14/12/2012, p. 1.705

*Tributário. Regime especial de drawback. Suspensão dos impostos incidentes na operação de importação. Não exportação das matérias-primas de acordo com o ato concessório do regime especial. Obrigação de recolhimento do tributo com todos os seus encargos acessórios, inclusive multa moratória. Não há falar em denúncia espontânea porquanto o lançamento já ocorrera no instante do desembaraço aduaneiro.*

I. Não há falar em procedimento administrativo para constituição do crédito tributário, na hipótese de o contribuinte deixar de exportar as matérias-primas, uma vez que, no momento do ingresso das matérias-primas no país o crédito tributário já fora devidamente constituído, até porque o fato gerador, caracterizado pelo desembaraço aduaneiro, já se materializou. Apenas, o recolhimento dos impostos devidos é que fora postergado para momento futuro, caso o contribuinte não proceda à exportação.

II. *“Ressalte-se que a autora, quando da formalização da Declaração de Importação, assumiu a obrigação de liquidar o débito tributário e demais encargos fiscais e cambiais proporcionalmente à parte dos insumos ora importados não*

aplicados em mercadorias efetivamente exportadas, segundo o que ficara estipulado no ato concessório do regime especial de drawback (fl. 39)". (AC 2003.38.00.036310-1/MG; rel. Des. Federal Catão Alves, 7ª Turma do TRF 1ª Região, 04/09/2009, e-DJF1, p. 1.908.)

III. "Caracterizada a inadimplência parcial do compromisso de exportação firmado pelo contribuinte junto ao Fisco, quando do deferimento do benefício de isenção fiscal para aquisição de mercadorias em regime de drawback, passa a ser devido o pagamento do Imposto de Importação, inclusive com multa, por não reatar caracterizada a denúncia espontânea, diante do prévio conhecimento da autoridade fazendária a respeito do inadimplemento" (AC 2006.05.00.044012-0/PE, rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho, TRF 5ª Região, DJ de 29/11/2006.)

IV. Apelação da União/Fazenda Nacional e remessa oficial providas.

V. Peças liberadas pelo relator, em 15/10/2012, para publicação do acórdão.

Numeração única: 0021749-63.2004.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2004.33.00.021752-0/BA

Relator: Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé (convocado) – 6ª Turma Suplementar

Publicação: e-DJF1 de 05/12/2012, p. 105

*Tributário e Constitucional. Contratação de câmbio. Medida Provisória 1.569/1997. Importações com declaração de importação. Multa diária. Constitucionalidade. Circulares 2.747/1997 e 2.749/1997 do Banco Central do Brasil. Violação a princípios constitucionais. Ilegalidade configurada.*

I. A MP 1.569/1997 é constitucional, uma vez que foi convertida na Lei 9.817/1999 em tempo hábil, não se configurando ofensa ao disposto nos arts. 1º, IV, 3º, II e III, 5º, XIII, XXXV, XXXVI, LIV e LV, e 170, parágrafo único, da CF/1988. Nesse sentido: STF; RE 181.664-RS e RE 197.790-MG.

II. "A Circular 2.747/1997, do Banco Central do Brasil, ao estabelecer a obrigatoriedade de contratação de câmbio para liquidação futura, nos casos de importação a prazo de até 360 dias, sujeitando seu descumprimento à multa prevista no art. 1º da Medida Provisória 1.569, de 25/03/1997, viola dispositivos constitucionais atinentes ao livre exercício de qualquer atividade econômica e à ampla defesa (CF, arts. 170, parágrafo único, e 5º, LV)." (AMS 1998.01.00.083854-5/MG, rel. Juiz Federal Daniel Paes Ribeiro, 6ª Turma, DJ, p. 370, de 06/02/2002).

Apelação a que se dá provimento.

Numeração única: 0004773-74.2001.4.01.3400

Apelação Cível 2001.34.00.004778-2/DF

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado) – 7ª Turma Suplementar

Publicação: e-DJF1 de 07/12/2012, p. 1.081



- ★ 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.

\*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.





# Normas de Envio de Artigos Doutrinários à Revista

A *Revista do TRF 1ª Região* tem como objetivo divulgar as decisões da Corte expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas. Além desse objetivo institucional, divulga a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, por meio da publicação de artigos especializados na seção *Artigos Doutrinários* e de entrevistas na seção *Ponto de Vista*, todos selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

## Normas editoriais de 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 implicará remuneração de seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF 1ª Região*.
- As opiniões emitidas, bem como a exatidão, a adequação e a procedência das referências e das citações bibliográficas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional, nem material que possa ser considerado ofensivo ou difamatório.
- Os trabalhos deverão ser encaminhados ao e-mail [cojud-revista@trf1.jus.br](mailto:cojud-revista@trf1.jus.br) ou ao endereço: 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: a) título em português (no máximo oito palavras); b) nome completo do autor, seguido de sua titularidade; e, c) endereço completo, telefone e e-mail do autor do artigo.

## Normas de elaboração dos trabalhos

- O manuscrito deve ser apresentado da seguinte forma: fonte *Times New Roman*, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e configurados em folha A4, títulos e subtítulos destacados do corpo do texto em negrito e utilização somente de itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado.
- O nome completo do autor deverá estar logo abaixo do título e sua qualificação e títulos em nota de rodapé da primeira página.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de introdução e outro de conclusão.
- As referências e notas bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, NBR 10520 e 6023.
- Os textos da seção *Artigos Doutrinários* deverão conter no mínimo três e no máximo 30 laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos manuscritos, reservando-se o direito de corrigir erros tipográficos evidentes e fazer controle de texto do original encaminhado pelo autor, responsável pela estrutura e conteúdo do trabalho.
- Ao autor serão fornecidos três exemplares da Revista.
- Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones 3410-3580 e 3410-3571 ou pelo e-mail [cojud-revista@trf1.jus.br](mailto:cojud-revista@trf1.jus.br).

