



REVISTA

DE JURISPRUDÊNCIA
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
5ª REGIÃO**

JURISDIÇÃO

Pernambuco - Alagoas - Ceará
Paraíba - Rio Grande do Norte e Sergipe

Número 139 - Maio/Junho - 2019

R. TRF 5ª Região, nº 139, pp. 1-341, Maio/Junho - 2019

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
5ª REGIÃO**

Diretor da Revista
DESEMBARGADOR FEDERAL
LEONARDO HENRIQUE DE CAVALCANTE CARVALHO

Repositório de jurisprudência – versão eletrônica – credenciado
pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o nº 70
(Portaria nº 05/2010, *DJe* de 13/04/2010, pág. 4.173)

Administração

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Cais do Apolo, s/nº - Bairro do Recife
CEP 50030-908 - Recife - Pernambuco

GABINETE DA REVISTA:

Diretor
DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO HENRIQUE DE
CAVALCANTE CARVALHO

Supervisão de Coordenação de Gabinete e Base de Dados
NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

Supervisão de Pesquisa, Coleta, Revisão e Publicação
ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR

Apoio Técnico
LÚCIA MARIA D'ALMEIDA
SEYNA RÉGIA RIBEIRO DE SOUZA

Diagramação
GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: www.trf5.jus.br
Correio eletrônico: revista.dir@trf5.jus.br

Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, v. 1 (1989)
Recife, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 1989

Bimestral, a partir do volume nº 73.

A partir do v. 4, nº 1, de 1992, a numeração passou a ser contínua.
ISSN 0103-4758

1. Direito - Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional Federal da 5ª Região

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal
VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08
Presidente

Desembargador Federal
RUBENS DE MENDONÇA CANUTO NETO - 11.12.15
Vice-Presidente

Desembargador Federal
CARLOS REBÊLO JÚNIOR - 09.09.15
Corregedor Regional

Desembargador Federal
JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Desembargador Federal
PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01
Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargador Federal
MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07

Desembargador Federal
ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA - 05.05.08
Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal
EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - 21.07.10

Desembargador Federal
FERNANDO BRAGA DAMASCENO - 15.05.13

Desembargador Federal
FRANCISCO ROBERTO MACHADO - 10.12.14

Desembargador Federal
PAULO MACHADO CORDEIRO - 14.04.15

Desembargador Federal
CID MARCONI GURGEL DE SOUZA - 15.06.15

Desembargador Federal
ALEXANDRE COSTA DE LUNA FREIRE - 1°.02.16

Desembargador Federal
ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO - 25.05.16

Desembargador Federal
LEONARDO HENRIQUE DE CAVALCANTE CARVALHO - 19.04.17
Diretor da Revista

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Vice-Presidente: Desembargador Federal RUBENS CANUTO
Corregedor: Desembargador Federal CARLOS REBÊLO JÚNIOR

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal ALEXANDRE LUNA - Presidente
Desembargador Federal ROBERTO MACHADO
Desembargador Federal ÉLIO SIQUEIRA

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal LEONARDO CARVALHO - Presidente
Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA
Desembargador Federal PAULO MACHADO CORDEIRO

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal CID MARCONI - Presidente
Desembargador Federal ROGÉRIO FIALHO
Desembargador Federal FERNANDO BRAGA

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal MANOEL ERHARDT - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal EDILSON NOBRE

SUMÁRIO

1 Apresentação.....	09
2 Jurisprudência do Pleno.....	13
3 Jurisprudência da Primeira Turma.....	89
4 Jurisprudência da Segunda Turma.....	138
5 Jurisprudência da Terceira Turma.....	179
6 Jurisprudência da Quarta Turma.....	215
7 Jurisprudência das Turmas Ampliadas.....	262
8 Julgamento Histórico.....	304
9 Índice Sistemático.....	329
10 Índice Analítico.....	333

APRESENTAÇÃO

APRESENTAÇÃO

A Revista de Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ao longo desses 30 anos, tem contemplado as decisões colegiadas dos magistrados desta Corte, decisões que revelam, além do entendimento de cada julgador e o modo de como aqui se opera o direito, a resposta para aqueles que anseiam por justiça.

Nesse interstício, para se adequar às exigências da época, com vistas a atingir um público mais abrangente, e pensando na responsabilidade socioambiental, a partir da edição da Revista nº 69 – correspondente ao trimestre julho-setembro/2007 –, sua publicação passou a ser disponibilizada exclusivamente em meio eletrônico.

Em continuidade a esse processo de adequação, a nova gestão do Gabinete da Revista sentiu a necessidade de conferir nova roupagem à Revista de Jurisprudência, mantendo incólume a sua essência.

A partir desta edição, a Revista se apresenta ordenada por órgão julgador, quais sejam, o Pleno, as Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Turmas e as Turmas Ampliadas – trazendo, além dos respectivos acórdãos prolatados, a composição de cada colegiado –, e, ainda, um julgado histórico proferido por este Sodalício.

Com isso, deseja-se proporcionar ao leitor uma compreensão sistemática de como decide cada órgão colegiado desta Corte sobre determinada matéria, bem como uma apresentação dos magistrados que compõem cada um desses órgãos.

Por fim, no intuito de acompanhar os avanços tecnológicos – numa perene busca pela atualização dos instrumentos de trabalho –, num curto espaço de tempo, a Revista de Jurisprudência será disponibilizada, também, via *e-mail* e *whatsapp*, ampliando e facilitando, ainda mais, o alcance a essa tradicional publicação.

Boa leitura!

DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO CARVALHO
Diretor da Revista

COMPOSIÇÃO DO PLENO



Des. Federal
Rubens Canuto
Vice-Presidente



Des. Federal
Vladimir Carvalho
Presidente



Des. Federal
Carlos Rebêlo
Corregedor Regional



Des. Federal
Lázaro Guimarães



Des. Federal
Paulo Roberto



Des. Federal
Manoel Erhardt



Des. Federal
Rogério Fialho



Des. Federal
Edilson Nobre



Des. Federal
Fernando Braga



Des. Federal
Roberto Machado



Des. Federal
Paulo Cordeiro



Des. Federal
Cid Marconi



Des. Federal
Alexandre Luna



Des. Federal
Élio Siqueira



Des. Federal
Leonardo Carvalho

JURISPRUDÊNCIA DO PLENO

**CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 0802583-
79.2019.4.05.0000-CE (PJe)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Suscitante: JUÍZO DA 18ª VARA FEDERAL DO CEARÁ - SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SOBRAL
Suscitado: JUÍZO DA 11ª VARA FEDERAL DO CEARÁ

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO QUE APURA FATOS OCORRIDOS SOB A JURISDIÇÃO DA 18ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO CEARÁ. AUTORIDADE COATORA COM DOMICÍLIO SOB A JURISDIÇÃO DA 11ª VARA DA MESMA SECCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELO DOMICÍLIO FUNCIONAL DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DA 11ª VARA.

- Hipótese na qual o Delegado da Polícia Federal negou o pedido de restituição de valores apreendidos em ação policial ao fundamento de ter sido instaurado inquérito para apurar possíveis delitos de gestão fraudulenta de instituição financeira, contabilidade paralela, operação de instituição financeira clandestina e lavagem de dinheiro, não podendo ser devolvido o numerário até que se esclareçam os fatos, notadamente como se dá a contabilidade das remessas de moedas entre banco/corretora/correspondente.

- Ao fundamento de que a ação policial se deu sob a jurisdição da 18ª Vara, foi declinada a competência, de ofício, pela 11ª Vara. No entanto, ao entendimento de que a competência para o caso é fixada em razão do domicílio funcional da autoridade coatora, foi recusado o processamento ali, havendo a remessa para que esta Corte, então, decida.

- Consoante já firmado pelo Pleno desta Corte, a competência para processamento e julgamento de ação mandamental é determinada pelo domicílio da autoridade apontada como coatora. (PROCESSO: 08153309520184050000, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Pleno, JULGAMENTO: 11/03/2019)
- Conflito que se conhece para declarar competente o Juízo da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o Juízo da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, nos termos do voto do Relator.

Recife, 12 de abril de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de conflito negativo de competência entre o Juízo Federal da 18ª Vara da Seção Judiciária do Ceará e o Juízo Federal da 11ª Vara da mesma Seccional.

Relata-se, em mandado de segurança, que o Delegado da Polícia Federal, encarregado do Inquérito 95/2019-CE, negou o pedido de restituição de valores apreendidos em ação policial, ao fundamento de ter sido instaurado inquérito para apurar possíveis delitos de gestão fraudulenta de instituição financeira, contabilidade paralela, operação de instituição financeira clandestina e lavagem de dinheiro, não podendo ser devolvido o dinheiro até que se esclareçam os fatos, notadamente como se dá a contabilidade das remessas de moedas entre banco/corretora/correspondente.

Ao fundamento de que a ação policial se deu sob a jurisdição da 18ª Vara, foi declinada a competência, de ofício, pela 11ª Vara. No entanto, ao entendimento de que a competência para o caso é fixada em razão do domicílio funcional da autoridade coatora, foi recusado o processamento ali, havendo a remessa para que esta Corte, então, decida.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Em que pese a apreensão do veículo com o numerário ter se dado sob a jurisdição da 18ª Vara, a autoridade apontada como coatora foi o Delegado que preside o inquérito, que tramita na Capital do Estado do Ceará, logo, sob a jurisdição da 11ª Vara.

A competência para processamento e julgamento da ação mandamental é determinada pelo domicílio da autoridade apontada como coatora, havendo esta Corte, recentemente, se pronunciado nesse sentido. Leia-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE MIGRAÇÃO DE PARCELAMENTO. CONEXÃO COM EXECUÇÃO FISCAL DA DÍVIDA OBJETO DO PARCELAMENTO. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DEFINIDA EM RAZÃO DA SEDE FUNCIONAL DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. DOMICÍLIO NA CAPITAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

1. Conflito negativo de competência, suscitado pelo Juízo da 18ª VARA FEDERAL DO CEARÁ - SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SOBRAL em face do Juízo da 6ª VARA FEDERAL DO CEARÁ - FORTALEZA, diante do mandado de segurança impetrado pelo CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO MISSOURI em face de ato atribuído ao PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL EM FORTALEZA/CE, objetivando a migração do seu pedido de parcelamento (PERT - Programa Especial de Regularização Tributária) do âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRF para a Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN, com a consequente suspensão da exigibilidade dos créditos tributários.

2. A jurisprudência deste eg. Plenário vem se manifestando no sentido de privilegiar a tese ventilada pelo juízo suscitante, segundo a qual, em sede de mandado de segurança, a competência é fixada em razão da qualificação da autoridade apontada como coatora e de sua sede funcional.

3. Não se sustenta a tese do suscitado no sentido da suposta relação de dependência do pedido formulado no *writ* com a execução fiscal. Com efeito, um mero pedido de migração de parcelamento não possui relação de prejudicialidade com a própria cobrança da dívida, ainda que relativa ao objeto do parcelamento.

4. O Pleno já se manifestou, firmando a tese de que a impugnação por meio de mandado de segurança de ato de autoridade que não admitiu o impetrante em programa de parcelamento fiscal, inclusive com a possibilidade de causar a suspensão de execução fiscal em tramitação noutro Juízo, não é motivo suficiente para reconhecer a conexão e conseqüente reunião das referidas ações, o que se aplica ao caso em estudo.

5. A autoridade impetrada possui sede funcional na sede da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional de Fortaleza, devendo o remédio heroico tramitar no juízo federal daquela capital.

6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 6ª Vara Federal do Ceará - Fortaleza (SUSCITADO). (PROCESSO: 08153309520184050000, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Pleno, JULGAMENTO: 11/03/2019, PUBLICAÇÃO:)

Assim, não há que se falar em processamento sob a jurisdição onde se deu a apreensão, mas sob a jurisdição onde se dá o domicílio funcional da autoridade coatora.

Com essas considerações, conheço do conflito para declarar competente o Juízo da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

É como voto.

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 0801917-
78.2019.4.05.0000-CE (PJe)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA
CARVALHO
Suscitante: JUÍZO DA 16ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Suscitado: JUÍZO DA 30ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FE-
DERAL DO CEARÁ

Ementa: Processual Civil. Conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 16ª Vara da Subseção Judiciária de Juazeiro do Norte, ante o ingresso de ação indenizatória, decorrente de dano material e danos morais, cumulada com obrigação de fazer, na anulação de ato administrativo, movida por Francisco Alci Anastácio de Souza contra a União Federal, demanda intentada, anteriormente, na 30ª Vara da Subseção Judiciária de Juazeiro do Norte, no caso, Juizado Especial Federal, que se declarou incompetente.

- O autor da demanda, despedido sem justa causa, recebeu duas parcelas do seguro desemprego, o mesmo não ocorrendo mais com as três últimas parcelas do seguro desemprego, a totalizar R\$ 3.059,07, sujeito aos acréscimos devidos.

- O Juizado Especial Federal concentrou-se no inc. III do § 1º do art. 3º da Lei 10.259, de 2001, para considerar estar em jogo anulação ou cancelamento de ato administrativo, para se julgar incompetente, destacando que seria necessária a declaração de nulidade do ato administrativo que suspendeu o seguro desemprego.

- No entanto, da forma como a inicial assenta a situação factual, não há alusão, por parte da autoridade administrativa, a nenhuma decisão com relação à suspensão do pagamento das referidas três últimas parcelas, à mingua de qualquer ma-

nifestação acerca dos motivos que ensejaram a suspensão do pagamento. A verdade que se tem é a tangida pelo demandante.

- Nesse sentido, levando-se em conta a situação factual enfiada na inicial da aludida ação de cobrança, a competência, no caso, é do Juizado Especial Federal, por não se ter em mira qualquer decisão administrativa, ou, pelo menos, levando em conta a verdade que a inicial estampa, não ter o autor sido comunicado de nada, apesar de ter interposto recurso nesse sentido, E, ademais, por não se situar a demanda em valor superior a sessenta salários mínimos.

- Com os fatos que se têm, até agora, em mãos, a competência é do Juizado Especial Federal, ora suscitado, independentemente de, com a contestação, a ser ofertada pela ré, se pintar um cenário totalmente diferente.

- Conflito conhecido para declarar a competência do Juizado Especial Federal, no caso, a 30ª Vara Federal, da Subseção Judiciária de Juazeiro do Norte.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o egrégio Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito, para declarar a competência da 30ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Juazeiro do Norte, nos termos do voto do Relator.

Recife, 8 de março de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 16ª Vara da Subseção Judiciária de Juazeiro do Norte, ante

o ingresso de ação indenizatória, decorrente de dano material e danos morais, cumulada com obrigação de fazer, na anulação de ato administrativo, movida por Francisco Alci Anastácio de Souza contra a União Federal, demanda intentada, anteriormente, na 30ª Vara da Subseção Judiciária de Juazeiro do Norte, no caso, Juizado Especial Federal, que se declarou incompetente.

Em suma, o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

O autor da demanda, despedido sem justa causa, recebeu duas parcelas do seguro desemprego, o mesmo não ocorrendo mais com as três últimas parcelas do seguro desemprego, a totalizar R\$ 3.059,07, sujeito aos acréscimos devidos.

O Juizado Especial Federal concentrou-se no inc. III do § 1º do art. 3º da Lei 10.259, de 2001, para considerar estar em jogo anulação ou cancelamento de ato administrativo, para se julgar incompetente, destacando que *seria necessária a declaração de nulidade do ato administrativo que suspendeu o seguro desemprego*.

No entanto, da forma como a inicial assenta a situação factual, não há alusão, por parte da autoridade administrativa, a nenhuma decisão com relação à suspensão do pagamento das referidas três últimas parcelas, à míngua de qualquer manifestação acerca dos motivos que ensejaram a suspensão do pagamento. A verdade que se tem é a tangida pelo demandante.

Nesse sentido, levando em conta a situação factual enfiada na inicial da aludida ação de cobrança, a competência, no caso, é do Juizado Especial Federal, por não se ter em mira qualquer decisão administrativa, ou, pelo menos, levando-se em conta a verdade que a inicial estampa, não ter o autor sido comunicado de nada, apesar de ter interposto recurso nesse sentido, E, ademais, por não se situar a demanda em valor superior a sessenta salários mínimos.

Com os fatos que se têm, até agora, em mãos, a competência é do Juizado Especial Federal, ora suscitado, independentemente

de, com a contestação, a ser ofertada pela ré, se pintar um cenário totalmente diferente.

Por este entender, conheço do conflito, considerando a competência do Juizado Especial Federal, no caso, a 30ª Vara Federal, da Subseção Judiciária de Juazeiro do Norte.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N° 0802249-45.2019.4.05.0000-PE (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Suscitante: JUÍZO DA 36ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO
Suscitado: JUÍZO DA 13ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Ementa: Processual Civil. Conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo Federal da 36ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, ante a remessa, pelo Juízo Federal da 13ª, da mesma Seção Judiciária, de feito criminal na primeira em trâmite contra os mesmos acusados, pela prática de idênticos delitos [art. 168-A, § 1º (apropriação indébita previdenciária), e art. 337-A (sonegação de contribuição previdenciária), ambos do Código Penal, e, ainda, no art. 1º, inc. I, da Lei 8.137, de 1990 (crime contra a ordem tributária)], por ser mais velha a da 36ª Vara, diferenciando-se, apenas e tão só, os períodos em que as infrações ocorreram: na mais velha, vai de janeiro de 2009 a dezembro de 2010; na mais nova, de fevereiro de 2007 a junho de 2008.

- A decisão de remessa foi proferida pelo juízo suscitado, o da 13ª Vara, que, em audiência, a pedido da Defensoria Pública da União, com o

acorde do Ministério Público Federal, determinou a redistribuição do feito de número 0810511-47, diante da conexão dos processos e por ser o feito da 36ª Vara mais antigo.

- Contudo, a decisão de remessa não se mostra fundamentada, sustentando-se, apenas e tão só, na conexão, sem nenhuma demonstração prática, o que, por si só, já evidencia a sua fragilidade, com o mais profundo respeito.

- A conexão, seja no campo penal, seja no civil, busca levar os feitos para o mesmo juiz, a fim de evitar decisões conflitantes. Aqui, qual a influência de um feito no outro? Ambos cuidam dos mesmos fatos e delitos, ocorridos em períodos diferentes, que, embora idênticos, podem ser julgados por juízos de varas outras, visto que, o fato, por exemplo, de ocorrer condenação em um, não deva, necessariamente, se verificar no outro, porque cada delito está preso ao período apontado nas duas denúncias, ou seja, de fevereiro de 2007 a junho de 2008, e, de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, de modo que a absolvição ou condenação em um não implica o mesmo resultado no outro, levando em conta que os fatos, tidos como violadores da norma, se exauriram no período respectivo, ou, mais precisamente, no momento de sua ocorrência, dadas as suas características de crimes instantâneos.

- O argumento que sobra, no caso, é a presença de crime continuado, dentro da moldura do art. 71 do Código Penal, tangido no parecer do Ministério Público Federal, é problema a ser verificado quando da aplicação da pena, no segundo feito, se for o caso de condenação, ou, depois, na execução das penas, também em caso de condenação, evidentemente.

- Sem que fique evidenciada a influência de uma decisão na do outro feito, não há lugar para se

adentrar na análise das três situações apontadas pelo art. 76 do Código de Processo Penal, tampouco tem lugar a competência por prevenção, dentro da moldura do art. 71 do mesmo Código de Processo Penal, como também arguido pelo Ministério Público Federal, porque a infração, em ambos os feitos, foi praticada na cidade de Recife, ou seja, em um só território, e a prevenção, que o referido dispositivo abriga, leva, de roldão, delitos praticados em duas ou mais jurisdições, o que não é, aqui, o caso.

- Conflito negativo de jurisdição conhecido, para declarar a competência do Juízo Federal da 13ª vara, o suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito negativo de competência para declarar a competência do juízo suscitado, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 1º de abril de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo Federal da 36ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, ante a remessa dos autos de ação penal que lhe foi encaminhada por decisão do Juízo Federal da 13ª Vara da mesma Seção Judiciária.

Colhido parecer do Ministério Público Federal, opinando pela declaração da competência do Juízo Federal da 13ª, o suscitado.

Sucintamente, o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Em foco, duas ações criminais nas quais figura como ré uma mesma pessoa. Uma ação, a primeira, e, portanto, a mais velha, na 36ª Vara, de número 002613-89; outra, a mais nova, na 13ª Vara, de número 0810511-47. Em ambos, as mesmas infrações desenhadas no art. 168-A, § 1º (apropriação indébita previdenciária), e art. 337-A (sonegação de contribuição previdenciária), ambos do Código Penal, e, ainda, no art. 1º, inc. I, da Lei 8.137, de 1990 (crime contra a ordem tributária). Na mais velha, o período vai de janeiro de 2009 a dezembro de 2010; na mais nova, de fevereiro de 2007 a junho de 2008.

O juízo da 13ª Vara, em audiência, a pedido da Defensoria Pública da União, com o acorde do Ministério Público Federal, determinou a redistribuição do feito de número 0810511-47, *diante da conexão dos processos e por ser o feito da 36ª Vara mais antigo*.

Contudo, a decisão de remessa não se mostra fundamentada, sustentando-se, apenas e tão só, na conexão, sem nenhuma demonstração prática, o que, por si só, já evidencia a sua fragilidade, com o mais profundo respeito.

A conexão, seja no campo penal, seja no civil, busca levar os feitos para o mesmo juiz, a fim de evitar decisões conflitantes. Aqui, qual a influência de um feito no outro? Ambos cuidam dos mesmos fatos e delitos, ocorridos em períodos diferentes, que, embora idênticos, podem ser julgados por juízos de varas outras, visto que, o fato, por exemplo, de ocorrer condenação em um, não deva, necessariamente, se verificar no outro, porque cada delito está preso ao período apontado nas duas denúncias, ou seja, de fevereiro de 2007 a junho de 2008, e, de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, de modo que a absolvição ou condenação em um não implica o mesmo resultado no outro, levando em conta que os fatos, tidos como violadores da norma, se exauriram no período respectivo, ou, mais precisamente, no momento de sua ocorrência, dadas as suas características de crimes instantâneos.

O argumento que sobra, no caso, é a presença de crime continuado, dentro da moldura do art. 71 do Código Penal, tangido no

parecer do Ministério Público Federal, é problema a ser verificado quando da aplicação da pena, no segundo feito, se for o caso de condenação, ou, depois, na execução das penas, também em caso de condenação, evidentemente.

Sem que fique evidenciada a influência de uma decisão na do outro feito, não há lugar para se adentrar na análise das três situações apontadas pelo art. 76 do Código de Processo Penal, tampouco tem lugar a competência por prevenção, dentro da moldura do art. 71 do mesmo Código de Processo Penal, como também arguido pelo Ministério Público Federal, porque a infração, em ambos os feitos, foi praticada na cidade de Recife, ou seja, em um só território, e a prevenção, que o referido dispositivo abriga, leva, de roldão, delitos praticados em duas ou mais jurisdições, o que não é, aqui, o caso.

Por este entender, conheço do conflito negativo de jurisdição, para declarar a competência do Juízo Federal da 13ª Vara, o suscitado.

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 0807466-40.2017.4.05.0000-AL (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Autor: EVERTON SANTIAGO MAIA
Réus: FAZENDA NACIONAL E SILAS AMÂNCIO DA SILVA
Advs./Procs.: DRS. KLEITON ALVES FERREIRA E WAGNER MARCELO FERREIRA DA SILVA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. NOVO ADQUIRENTE DO IMÓVEL ALIENADO PELO EMBARGANTE. TERCEIRO JURIDICAMENTE INTERESSADO NA AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. IMÓVEL ALIENADO POSTERIORMENTE À CITAÇÃO DA ALIENANTE NA EXECUÇÃO FISCAL. CONFIGURAÇÃO DE

FRAUDE À EXECUÇÃO. RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1. Ação rescisória, ajuizada por EVERTON SANTIAGO MAIA, visando rescindir o acórdão proferido nos autos da Apelação de nº 0800282-57.2015.4.05.8001, em que se negou provimento ao recurso de SILAS AMÂNCIO DA SILVA.

2. O acórdão rescindendo manteve a sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiro, concluindo que a celebração do negócio jurídico que envolveu a alienação do imóvel objeto da lide a SILAS AMÂNCIO DA SILVA ocorreu em novembro de 2013, data bem posterior à inscrição do débito em dívida ativa, bem como à citação da corresponsável/alienante (MARIA JOSÉ FARIAS), realizada em março de 2004.

3. Alega o requerente, nas razões da ação rescisória, que tem legitimidade ativa por ser terceiro interessado, uma vez que celebrou com o embargante um compromisso de compra e venda do imóvel após a instauração dos embargos de terceiro, tendo adquirido o objeto litigioso.

4. No mérito, fundamenta a rescisória no inciso VII do artigo 966 do CPC/2015, alegando a existência de prova nova, que seria suficiente para que o pedido do embargante fosse julgado procedente, que já existia à época da sentença, no caso, uma certidão conjunta anexada, data de 25 de outubro de 2012, emitida às 17:09:40, com validade até 23 de abril de 2013, existindo ainda outra certidão emitida dia 10/10/2013, dando conta de que MARIA JOSÉ DE FARIAS não era sujeita passiva de débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

5. A ilegitimidade há de ser reconhecida quando da própria narrativa fática, de imediato, reconhece-se que o autor não ocupa a posição de parte na relação de direito material. No caso dos autos, precisa-se fazer uma análise à exaustão das pro-

vas e dos elementos constantes dos autos, o que se aproxima mais do mérito do que propriamente da preliminar de ilegitimidade, demonstrando que a parte é legítima. Preliminar rejeitada. Vencido o relator nesse ponto.

6. O artigo 966, VII, do CPC aponta possibilidade de rescisão do julgado quando o autor obtiver, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

7. Em face da definição legal, é de se concluir que a certidão conjunta identificada sob o registro de nº 4050000.8922787 não se caracteriza como prova nova para os fins a que se propõe o artigo 966, VII, do CPC, uma vez que, conforme afirmado pelo próprio autor dos embargos de terceiro, em sua contestação nos presentes autos, o fato de não ter apresentado o documento no feito principal “decorreu de uma manifesta desídia do advogado que o representava”, o que atesta que o motivo de sua não apresentação naquele processo não foi alheio a sua vontade.

8. Não pode o ora autor se valer da sua não participação nos embargos de terceiro para sanar a desídia do autor naquele feito, se utilizando de uma via imprópria para tal fim. Observe-se, quanto ao ponto, que o autor dos embargos de terceiro não deixou de fazer uso do documento porque ele não existia.

9. No tocante a fraude à execução, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.141.990-PR (art. 543-C do CPC), da relatoria do Min. Luiz Fux, fixou os seguintes parâmetros: a) nos casos de alienação do bem antes da vigência da LC 118/2005 (até o dia 08/06/2005), necessária a prévia citação no processo judicial para se caracterizar a fraude à execução fiscal e b) se a alienação foi praticada a partir de 09/06/2005,

basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da fraude.

10. No caso em tela, o bem saiu da esfera patrimonial da executada em 15/10/2012, após a entrada em vigor da LC nº 118/2005, podendo-se fixar como marco legal para a presunção relativa de fraude à execução a data da inscrição em dívida ativa, contudo, mais do que isso, observa-se, da análise dos autos da Execução Fiscal de nº 0000951-95.2005.4.05.8001, que a Sra. Maria José Farias foi citada naquele feito executivo, como corresponsável tributária da empresa Pollygraf Gráfica Editora Ltda., em 09/03/2004, restando configurada a fraude à execução, de modo que não se vislumbra qualquer hipótese de rescisão do acórdão atacado.

11. Acrescente-se a isso que a própria certidão negativa invocada como prova nova foi emitida em 25.10.2012, dez dias após o registro da venda do imóvel sub judice na escritura pública.

12. Ação rescisória julgada improcedente.

13. Condenado o autor ao pagamento de honorários advocatícios no montante de 10% sobre o valor da causa, na forma do artigo 85, 2º, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa e, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 3 de abril de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida-se de ação rescisória, ajuizada por EVERTON SANTIAGO MAIA, visando rescindir o acórdão proferido nos autos da Apelação de nº 0800282-57.2015.4.05.8001, em que se negou provimento ao recurso de SILAS AMÂNCIO DA SILVA.

O acórdão rescindendo manteve a sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiro, concluindo que a celebração do negócio jurídico que envolveu a alienação do imóvel objeto da lide a SILAS AMÂNCIO DA SILVA ocorreu em novembro de 2013, data bem posterior à inscrição do débito em dívida ativa, bem como à citação da corresponsável/alienante (MARIA JOSÉ FARIAS), realizada em março de 2004.

Acrescentou que foi devidamente oportunizado ao então postulante carrear aos autos documentos comprobatórios de que, à época da alienação do imóvel, não existia débito fiscal, em nome da corresponsável MARIA JOSÉ DE FARIA, inscrito em dívida ativa, o que não restou demonstrado, pois foram trazidas aos autos, tão somente, certidões de distribuição de processos judiciais.

Alega o requerente, nas razões da ação rescisória, que tem legitimidade ativa por ser terceiro interessado, uma vez que celebrou com o embargante um compromisso de compra e venda do imóvel após a instauração dos embargos de terceiro, tendo adquirido o objeto litigioso.

No mérito, fundamenta a rescisória no inciso VII do artigo 966 do CPC/2015, alegando a existência de prova nova, que seria suficiente para que o pedido do embargante fosse julgado procedente, que já existia, à época da sentença, no caso, uma certidão conjunta anexada, data de 25 de outubro de 2012, emitida às 17:09:40, com validade até 23 de abril de 2013, existindo ainda outra certidão emitida dia 10/10/2013, dando conta de que MARIA JOSÉ DE FARIAS não era sujeita passiva de débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Aduz que só chegou ao conhecimento do autor quando, depois de ter sido pessoalmente noticiado pelo embargante do trânsito

em julgado da decisão dos embargos, diligenciou no Cartório de Registro de Imóveis da cidade e reconheceu o documento.

Acrescenta que ignorava a existência desse documento, pois todas as certidões juntadas aos embargos foram retiradas do processo de registro cartorário da compra e venda, pelo próprio embargante, que, inexplicavelmente, não juntou ou não teve acesso à certidão mais importante de todas.

Requer, assim, a rescisão do acórdão, superando a coisa julgada e apreciação da matéria de fundo com o consequente afastamento da presunção da fraude à execução, desconstituindo-se a penhora do imóvel acima descrito.

Contestação apresentada pela União, em que alega, preliminarmente, a ilegitimidade do autor para intentar a ação, uma vez que, para comprovar a aquisição do bem imóvel matriculado no registro público de Arapiraca/AL sob o nº 23.388 e, com isso, justificar o ajuizamento da presente ação rescisória, acostou um documento designado “contrato de promessa de compra e venda”, contudo o imóvel ali qualificado é diferente daquele que foi penhorado na Execução Fiscal nº 0000951-95.2005.4.05.8001 e cuja propriedade foi reivindicada por Silas Amâncio da Silva nos Embargos de Terceiro nº 0800282-57.2015.4.05.8001.

Em reforço à tese de inexistência de aquisição do imóvel objeto da lide, acrescentou a União tratar-se o referido contrato de um instrumento particular, assinado apenas pelo ora autor, como comprador, e pelo Sr. Silas Amâncio da Silva, como vendedor, demandante nos embargos de terceiro, além de duas testemunhas.

Aponta ainda que, embora haja referência à esposa do vendedor, o suposto contrato não foi por ela assinado, o que seria imprescindível, já que, além do comando do artigo 1.647 do Código Civil, o imóvel fora também por ela adquirido, conforme escritura acostada aos embargos de terceiro. Além disso, alega não haver reconhecimento de firma ou qualquer outra formalidade que ateste a validade do negócio. Constata, por fim, a divergência no tocante ao preço estipulado no cabeçalho e o indicado na cláusula 04, além da insuficiente identificação dos imóveis dados em pagamento, bem como que o autor não carregou aos autos qualquer comprovação da posse do imóvel e do pagamento do preço.

Ainda quanto à legitimidade, aduz a União que o autor carece do mencionado pressuposto processual, haja vista que somente aquele que participou do processo originário estará legitimado a ajuizar a ação rescisória com aquele fundamento, pois *“se não foi parte no processo originário, o autor da rescisória não poderá alegar que poderia ter apresentado a prova e não o fez por motivos alheios a sua vontade. Para quem não foi parte no processo originário e, por isso, nada alegou, toda prova seria prova nova, no sentido de que não haveria oportunidade de apresentação anterior”*.

Quanto ao mérito, aponta que *“se o embargante e, em seguida, o autor da presente rescisória adquiriram o imóvel sem a consulta ao registro imobiliário, e por isso deixaram de identificar a certidão que há muito repousava naqueles assentos, incorreram em negligência e desídia que repelem a caracterização desse mesmo documento como ‘prova nova’”*.

Confirma ainda o que foi disposto no acórdão rescindendo, no sentido de que o imóvel foi adquirido por Silas Amâncio da Silva depois de inscrito o débito em Dívida Ativa da União e depois de ajuizada a execução fiscal e efetivada a citação de Maria José Farias.

Alega, por fim, que para efeito da decretação da fraude à execução, com fulcro no art. 185 do CTN, é irrelevante se, à época da alienação, a vendedora ainda não constava formalmente da inscrição em Dívida Ativa, uma vez que já havia sido reconhecida como corresponsável do débito e citada na Execução Fiscal nº 0000951-95.2005.4.05.800, o que faz a alienação se presumir fraudulenta, independentemente da eventual boa-fé do comprador.

O réu SILAS AMÂNCIO DA SILVA apresentou contestação para reconhecer o direito em que se funda a ação, alegando que a omissão do principal documento nos embargos de terceiro decorreu de uma manifesta desídia do advogado que o representava.

Impugnando as preliminares apresentadas pela União, o autor alegou, quanto à divergência entre as matrículas do imóvel que ele adquiriu junto ao réu SILAS AMÂNCIO e o que foi objeto dos embargos de terceiro, que *“houve um erro material na confecção do documento. Tanto é que o réu litisconsorte nada alegou sobre essas circunstâncias”*.

Quanto à alegação de que a Súmula 84 do STJ não se aplica ao caso, por não ter sido juntada a quitação do pagamento, aduz o autor que o réu litisconsorte também não contestou a aquisição, não havendo dúvida de que o preço do imóvel foi pago, existindo, portanto, posse e presunção de que o imóvel foi pago.

Alegações finais apresentadas pela União e pelo autor, reforçando os argumentos expendidos em suas manifestações anteriores.

Parecer do MPF em que deixou de se manifestar sob o argumento de que o caso não se enquadra nas hipóteses de intervenção obrigatória insertas no artigo 178 do CPC.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

1. Preliminares.

1.1. Ilegitimidade ativa.

Merece prosperar a preliminar aqui ventilada pela União na medida em que o autor não comprovou sua efetiva condição de terceiro juridicamente interessado que o credenciaria a figurar no polo ativo desta ação rescisória, na forma do artigo 967, II, do CPC de 2015.

Com efeito, observe-se que a promessa de compra e venda acostada aos autos pelo autor, como suposta prova de sua condição de terceiro interessado, descreve um imóvel cuja matrícula é distinta daquela registrada no Cartório de Registro de Imóveis de Arapiraca/AL.

Ademais, ainda que se considerasse a referida divergência mero erro material no instrumento contratual, é de se ressaltar que as assinaturas constantes da promessa de compra e venda não possuem firma reconhecida, requisito preponderante para o reconhecimento da titularidade do bem sob discussão, notadamente nos autos de embargos de terceiro cuja decisão final o autor visa rescindir. Nessa linha, já se pronunciou este eg. Plenário:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, V E VII, DO NOVO CPC. PRELIMINAR DE INCABIMENTO QUE SE CONFUNDE COM O PRÓPRIO MÉRITO. EMBARGOS DE TERCEIRO. INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA SEM RECONHECIMENTO DE FIRMA NO CARTÓRIO COMPETENTE. FIRMA RECONHECIDA APÓS A CONSTRUÇÃO DO BEM NA EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO AFASTADA. INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTO NOVO. PEDIDO RESCISÓRIO IMPROCEDENTE.

1. Ação rescisória, com pedido de tutela de urgência, ajuizada por DOUGLAS PANARIELLO em face da FAZENDA NACIONAL, em que pretende rescindir sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe, nos autos dos Embargos de Terceiro nº 0003341-15.2013.4.05.8500.

2. Nos referidos embargos de terceiro, **o ora autor apresentou, em defesa de sua posse/propriedade de imóvel penhorado na execução fiscal de origem, um contrato particular de promessa de compra e venda assinado em 16/10/1997, mas sem reconhecimento de firma ou registro no cartório de registro imobiliário.** Intimado pelo Juízo de origem para demonstrar a contemporaneidade da formalização do negócio jurídico que lhe transmitiu a propriedade do imóvel indisponibilizado em relação à data constante do respectivo instrumento, o embargante restringiu-se a adunar novas cópias do multirreferido contrato de promessa de compra e venda, contendo desta feita reconhecimento de firma providenciado em 12 de dezembro de 2013, isto é, no curso da ação de embargos de terceiro.

3. **A jurisprudência desta Corte é uníssona no entendimento de que somente com o reconhecimento de firma das assinaturas dos contraentes ou com a sua formalização perante o oficial do cartório de registro de imóveis é que o instrumento particular de compra e venda pode ser utilizado como prova da legítima propriedade do comprador desde a data da sua celebração** (AC 577.392/AL, Rel. Des. Federal IVAN LIRA DE CARVALHO [conv.], Quarta Turma, j. 10/02/2015, DJe 12/02/2015, p. 345; AC 549.098/RN, Rel. Des. Federal FERNANDO BRAGA, Segunda Turma, j. 04/02/2014, DJe 13/02/2014; AC 580.509/PE, Rel. Des. Federal RU-

BENS DE MENDONÇA CANUTO [conv.], Quarta Turma, j. 26/05/2015, *DJe* 25/06/2015, p. 235).

(...)

8. Improcedência do pedido rescisório.

(PROCESSO: 08056306620164050000, DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE, Pleno, JULGAMENTO: 29/09/2017, PUBLICAÇÃO:) **Grifos acrescidos**

Além disso, visto que em sua qualificação o réu SILAS AMÂNCIO, suposto alienante do imóvel para o autor da presente ação rescisória, apresenta o seu estado civil como sendo casado, observa-se que, na forma do artigo 1.647 do Código Civil, a autorização do cônjuge seria imprescindível para a alienação do imóvel, de modo que, não constando a assinatura da esposa do referido réu no instrumento contratual, a promessa de compra e venda não é válida para alçar o autor à condição de terceiro juridicamente interessado para intentar a presente rescisória

1.2. Impossibilidade de o terceiro interessado intentar ação rescisória com fundamento no artigo 966, VII do CPC.

A questão da possibilidade de utilização de documento como prova nova por terceiro juridicamente interessado para efeito de rescisão de julgado na forma do artigo 966, VII, do CPC, se confunde com o mérito da rescisória, uma vez que o seu deslinde dependerá da análise da própria aptidão do documento invocado pelo postulante para servir como prova nova nos moldes previstos no dispositivo legal referido.

2. Mérito.

A título de argumentação, caso não fosse acolhida a preliminar de ilegitimidade do autor, deve-se registrar que ação rescisória aqui proposta não lograria êxito, seja pela não caracterização do documento invocado como prova nova, seja pela inexistência de qualquer irregularidade no acórdão rescindendo capaz de configurar alguma hipótese legal de rescisão.

Com efeito, o artigo 966, VII, do CPC aponta possibilidade de rescisão do julgado quando o autor obtiver, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

Nessa linha, em face da definição legal, é de se concluir que a certidão conjunta identificada sob o Registro de nº 4050000.8922787 não se caracteriza como prova nova para os fins a que se propõe o artigo 966, VII, do CPC, uma vez que, conforme afirmado pelo próprio autor dos embargos de terceiro, em sua contestação nos presentes autos, o fato de não ter apresentado o documento no feito principal “*decorreu de uma manifesta desídia do advogado que o representava*”, o que atesta que o motivo de sua não apresentação naquele processo não foi alheio a sua vontade.

Noutro aspecto, não pode o ora autor se valer da sua não participação nos embargos de terceiro para sanar a desídia do autor naquele feito, se utilizando de uma via imprópria para tal fim. Observe-se, quanto ao ponto, que o autor dos embargos de terceiro não deixou de fazer uso do documento porque ele não existia.

Quanto ao conteúdo do julgado rescindendo, a solução do caso parte do exame do art. 185 do CTN, que assim dispõe:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.

Antes da LC nº 118/2005, cuja vigência iniciou-se em 09/06/2005, o citado dispositivo legal tinha a seguinte redação:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou operação de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.

No tocante a fraude à execução, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.141.990-PR (art. 543-C do CPC), da relatoria do Min. Luiz Fux, fixou os seguintes parâmetros: a) nos casos de alienação do bem antes da vigência da LC 118/2005 (até

o dia 08/06/2005), necessária a prévia citação no processo judicial para se caracterizar a fraude à execução fiscal e b) se a alienação foi praticada a partir de 09/06/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da fraude.

No caso em tela, o bem saiu da esfera patrimonial da executada em 15/10/2012, após a entrada em vigor da LC nº 118/2005, podendo-se fixar como marco legal para a presunção relativa de fraude à execução a data da inscrição em dívida ativa, contudo, mais do que isso, observa-se da análise dos autos da Execução Fiscal de nº 0000951-95.2005.4.05.8001, que a Sra. Maria José Farias foi citada naquele feito executivo, como corresponsável tributária da empresa Pollygraf Gráfica Editora Ltda., em 09/03/2004, restando configurada a fraude à execução, de modo que não se vislumbra qualquer hipótese de rescisão do acórdão atacado.

Acrescente-se a isso que a própria certidão negativa invocada como prova nova foi emitida em 25.10.2012, dez dias após o registro da venda do imóvel *sub judice* na escritura pública.

3. Conclusão.

Ante o exposto, diante da ilegitimidade do autor, julgo extinta a ação rescisória, sem resolução do mérito, com base no artigo 485, I, c/c 968, § 3º, e 330, II, do CPC de 2015.

Condeno o autor ao pagamento de honorários advocatícios no montante de 10% sobre o valor da causa, na forma do artigo 85, 2º, do CPC/2015.

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 0808306-84.2016.4.05.0000-CE (PJe)

Rel. p/Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

Parte A: CARLOS ULISES GRASSO

Partes R: UNIÃO, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

Adv./Proc.: DR. ROBÉRIO FONTENELE DE CARVALHO (PARTE A)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. Pousada edificada em área dita de preservação permanente. Lei Municipal 1.014/2000 (Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município de Cascavel - Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo). Praia de Barranova. Zona de urbanização consolidada. Documento novo. Divergência entre laudos técnicos elaborados pelo IBAMA. Erro de fato. Provimento da rescisória.

1. Ação rescisória ajuizada em 14/11/2016 por particular contra a União, Ministério Público Federal e IBAMA, objetivando desconstituir acórdão da 4ª Turma deste Tribunal (Processo 000490-53.2011.4.05.8100 / AC 565.229/CE).

2. O feito de origem diz respeito à ação civil pública ajuizada em 22/03/2011 pelo MPF (encontrando-se no polo ativo também o IBAMA, que ingressou no processo como litisconsorte) contra particular e o Município de Cascavel/CE.

3. Para tanto, o MPF sustentou, com base no Laudo Técnico 146/2008 - NLA/SUPES/IBAMA/CE, que o promovido, em prejuízo do meio ambiente, construiu em área de preservação permanente (APP), o que gerou a lavratura de auto de infração pelo IBAMA (valor de R\$ 10.000,00), uma vez que a construção da pousada, localizada na Praia de

Barra Nova, Distrito de Jacarecoara, Município de Cascavel/CE, causou dano ambiental, em razão da inobservância da distância mínima da margem do Rio Choró, exigida pelo art. 2º, a, item 1, da Lei 4.771/65 e pelo art. 3º, I, a, da Resolução CONAMA 303/2002, e por estar em área de mangue e em campo de dunas.

4. A Juíza da 7ª Vara/CE, em 06/12/2012, proferiu sentença que julgou procedente em parte o pedido do MPF, para condenar os réus a: a) não levantar novas construções no local sem autorização do IBAMA; b) demolir as construções erguidas em área de preservação permanente e retirar dali o material resultante da demolição; c) adotar as providências que se fizerem pertinentes para recuperar a área degradada. Por sua vez, a 4ª Turma deste Regional, em 21/10/2014, manteve integralmente a sentença, com trânsito em julgado em 02/12/2014.

5. Nesta rescisória (ajuizada em 14/11/2016), C.U.G. alega: a) ao julgar desnecessária a prova pericial, houve cerceamento do direito de defesa na ACP; b) a decisão que busca rescindir incorreu em erro de fato, porque o imóvel jamais esteve em APP (art. 966, VIII, do CPC); c) há prova nova capaz de assegurar pronunciamento favorável deste Tribunal, qual seja, Laudo Técnico Ambiental, trazendo documentações que desconhecia (art. 966, VII, do CPC); d) o imóvel não está situado a menos de 30 metros do braço do Rio Choró nem em área marcada pela presença de campos e dunas e vegetação típica de manguezal, não ocasionando, portanto, qualquer dano; e) a construção objeto da presente lide existe há mais de 26 anos, muito anterior à Resolução CONAMA 303/2002, que não pode retroagir, desconsiderando situações já consolidadas; f) a edificação que originou a lide está inserida em zona de urbanização consolidada, declarada pela Lei Municipal de Cascavel/CE

1.016/2000 (na verdade, Lei Municipal 1.014/2000), bem como tem licença ambiental da SEMACE e aprovação do poder municipal de Cascavel/CE.

6. O Pleno, por maioria, na sessão de 25/07/2018, acolheu questão de ordem, para converter o julgamento em diligência, determinando a intimação da parte autora para, no prazo de 15 (quinze) dias, fazer prova do teor e da vigência da Lei Municipal 1.014/2000, que dispõe sobre o parcelamento, uso e ocupação do solo do Município de Cascavel/CE.

7. Em cumprimento à determinação, a parte autora fez prova do teor e vigência da Lei Municipal 1.014/2000 (Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município de Cascavel - Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo).

8. Nos termos do art. 34 da referida norma, a denominada “Zona de Urbanização Consolidada” abrange a Praia de Barra Nova, onde foi construída a Pousada Pôr do Sol, de propriedade da parte autora da presente rescisória.

9. A rigor, tal constatação apenas corrobora os precedentes encontrados deste TRF5, no sentido de que a praia de Barra Nova é de total antropização, com edificações concluídas há muitos anos, consistindo em zona de urbanização consolidada. (v., por exemplo, 2ª T., AC 587.673/CE, Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julg. em 08/05/2018).

10. Rechaça-se o argumento de que a Lei Federal 4.771/65 (Código Florestal então vigente) e a Resolução CONAMA 303/2002 devem prevalecer sobre a Lei Municipal 1.014/2000, consubstanciado no fato de que o Código Florestal (norma mais específica, inclusive para fins de delimitação da área protegida) tutela o bem jurídico do meio ambiente em maior extensão e profundidade do que a Lei Municipal de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo.

11. No regime federativo não há propriamente uma hierarquia entre os integrantes da federação, mas uma repartição de competências, cabendo a cada um dos diferentes entes exercerem a parcela que lhe foi atribuída pela Constituição, à União, as matérias em que predomine o interesse nacional; aos Estados, as de interesse regional; e aos Municípios, as de interesse local (art. 30, I, da CF).

12. Competindo aos municípios legislar sobre matérias em que predomine o interesse local, é indene de dúvidas que a norma a ser seguida para definir, com precisão, as áreas protegidas no âmbito do Município de Cascavel é a Lei sobre o Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo – Lei Municipal 1.014/2000, que, em seu art. 34, dispõe que a “Zona de Urbanização Consolidada” abranja a Praia de Barra Nova, onde foi construída a Pousada Pôr do Sol.

13. Não se pode olvidar, noutro turno, que o auto de infração foi lavrado pelo IBAMA em razão da edificação da Pousada Pôr do Sol ter ocorrido em área de preservação permanente (APP). Ocorre que, pelas imagens do Anexo II da Lei Municipal 1.014/2000 e foto extraída do Google Maps, uma certeza se tem: a Pousada Pôr do Sol não está localizada em Área de Proteção Ambiental, podendo-se dizer, ao revés, que se encontra até relativamente distante dela.

14. Merece relevo, ainda, o fato de que o precedente do STJ (1ª T., REsp 1.505.083, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 10/12/2018), pela prevalência do Código Florestal vigente à época dos fatos sobre a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, trata de questão diferente da versada nos presentes autos.

15. Com efeito, a discussão travada naquele julgado dizia respeito a um conflito aparente de normas no que tange à definição da área não

edificável às margens de rio, na medida em que uma estabelecia a proibição de construir dentro da distância mínima de 100 metros (Código Florestal então vigente – Lei 4.771/1965), enquanto a outra previa, para tanto, a distância mínima de 15 metros (Lei de Parcelamento do Solo Urbano – Lei 6.766/1979).

16. Naquele julgado, prevaleceu a tese de que haveria de incidir, diante do conflito de normas, o teor dado pela Lei 4.771/1965 (Código Florestal), já que protegia em maior extensão o meio ambiente do que a Lei 6.766/1979 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano).

17. Como se vê, aquele precedente não se aplica ao caso em comento, cuja situação fática é diversa dos presentes autos, não havendo aqui conflito aparente de normas, mas sim discussão que envolve a pousada Pôr do Sol, se construída em ZUC ou em APP.

18. Não é demais registrar que a questão conclama, ainda, a aplicação dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, afastando a possibilidade de demolição da edificação, sobretudo porque, a toda evidência, tal ato acarretaria maior lesão ao meio ambiente do que propriamente a manutenção da Pousada Pôr do Sol.

19. De todo modo, a edificação que originou a presente lide está inserida em zona de urbanização consolidada, conforme previsto na Lei Municipal, a qual, em vista das peculiaridades do caso concreto, ostenta a condição de documento novo.

20. Noutro turno, conforme se observa dos elementos trazidos aos autos, o IBAMA, em 24/04/2017, juntou petição com laudo de vistoria e avaliação em 20/04/2017, com o objetivo de comprovar que a pousada do autor está efetivamente situada em área de preservação permanente, apresentando conclusão totalmente diversa do laudo pericial que embasou a sentença proferida na ação originária.

21. Com efeito, enquanto o laudo atual conclui que o imóvel de propriedade do autor ocupa APP em razão da inobservância da distância mínima da margem do Rio Choró, exigida pelo art. 4º, I, alínea c, da Lei 12.651/2012 (100 metros, para os cursos d'água que tenham de 50 a 200 metros de largura), o Laudo Técnico do IBAMA 146/2008, que serviu de base para a prolação da sentença rescindenda, havia, diferentemente, concluído que a construção do referido imóvel não tinha observado a distância mínima da margem do Rio Choró, exigida pelo art. 2º, a, item 1, da Lei 4.771/65 (30 metros para os rios de menos de 10 metros de largura) e pelo art. 3º, I, a, da Resolução CONAMA 303/2002 (trinta metros, para o curso d'água com menos de dez metros de largura).

22. Patente, pois, a divergência entre as conclusões a que chegaram os laudos técnicos, ambos elaborados pela própria autarquia ambiental.

23. A rigor, tivesse o laudo produzido em 2008 utilizado os mesmos dados obtidos na vistoria realizada em 2017 teria, certamente, chegado a conclusão diversa da então adotada.

24. Assim, ao determinar a demolição da construção com base unicamente no laudo técnico produzido pelo IBAMA, por inobservância da distância mínima de 30 metros da margem do Rio Choró (art. 2º, a, I, da Lei 4.771/65), incorreu a magistrada em manifesto equívoco (erro de fato – art. 966, VIII, § 1º), tendo em vista que o

¹ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

laudo posteriormente produzido pela autarquia ambiental no curso da presente rescisória apresentou conclusão substancialmente diversa da trazida no primeiro laudo.

25. De fato, a realidade fática evidenciada na presente rescisória demonstra que o imóvel, além de se encontrar em zona de urbanização consolidada (art. 34 da Lei Municipal 1.014/2000), não foi edificado a menos de 30 metros da margem do Rio Choró, impondo-se a rescisão do julgado, com o reconhecimento da improcedência do pedido do MPF e IBAMA formulado nos autos do feito originário.

26. Ação rescisória procedente, tendo-se por improcedente o pleito formulado nos autos de origem, com a condenação dos sucumbentes em honorários advocatícios nesta ação rescisória e na ação civil pública, fixados em 10% sobre o valor da causa (valor da causa nesta rescisória: R\$ 14.666,00; valor da causa na ACP: R\$ 10.000,00).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal, por maioria, julgar procedente a ação rescisória, nos termos do relatório, do voto condutor e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 10 de abril de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO - Relator

VOTO-CONDUTOR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Relator p/ Acórdão):

1. Cuida-se de ação rescisória ajuizada em 14/11/2016 por Carlos Ulises Grasso (argentino) contra a União, Ministério Público Federal e IBAMA, objetivando desconstituir acórdão da 4ª

Turma deste Tribunal (Processo 000490-53.2011.4.05.8100 / AC 565.229/CE).

2. Antes de apreciar a questão posta na presente rescisória, faz-se necessário rememorar os fatos ocorridos nos autos do processo de origem.

3. O feito de origem diz respeito à ação civil pública ajuizada em 22/03/2011 pelo MPF (encontrando-se no polo ativo também o IBAMA, que ingressou no processo como litisconsorte) contra Carlos Salvador Grasso (pai de Carlos Ulises Grasso) e o Município de Cascavel/CE.

4. Para tanto, o MPF sustentou, com base no Laudo Técnico 146/2008 - NLA/SUPES/IBAMA/CE, que o promovido Carlos Salvador Grasso, em prejuízo do meio ambiente, construiu em área de preservação permanente (APP), o que gerou a lavratura de auto de infração pelo IBAMA (valor de R\$ 10.000,00), uma vez que a construção da pousada, localizada na Praia de Barra Nova, Distrito de Jacarecoara, Município de Cascavel/CE, causou dano ambiental, **em razão da inobservância da distância mínima da margem do Rio Choró, exigida pelo art. 2º, a, item 1, da Lei 4.771/65 e pelo art. 3º, I, a, da Resolução CONAMA 303/2002,** e por estar em área de mangue e em campo de dunas.

5. Naquela ação, o réu Carlos Salvador Grasso, citado na pessoa do seu Procurador Carlos Ulises Grasso, apresentou contestação, limitando-se a sustentar que:

- a) o imóvel foi doado em 28/02/2012 a seu filho Carlos Ulises Grasso;
- b) é adquirente de boa-fé, não sendo responsável pela sua construção, a qual tem mais de 20 anos;
- c) a construção foi devidamente licenciada pelo Município de Cascavel e a ampliação teve licença municipal e da SEMACE;
- d) os fatos ocorridos na Praia de Barra Nova são decorrentes da inoperância do Poder Público;
- e) o dano ambiental decorreu de ato nocivo praticado pelo particular que erigiu a construção (não se trata do demandado) e principalmente da inércia e conivência do município, devendo ele ser responsabilizado pelo prejuízo causado.

6. A Juíza da 7ª Vara/CE, Dra. Karla de Almeida Miranda Maia, em 06/12/2012, proferiu sentença que excluiu do polo passivo da ação Carlos Salvador Grasso, incluiu Carlos Ulises Grasso e julgou procedente em parte o pedido do MPF, para condenar os réus a: a) não levantar novas construções no local sem autorização do IBAMA; b) demolir as construções erguidas em área de preservação permanente e retirar dali o material resultante da demolição; c) adotar as providências que se fizerem pertinentes para recuperar a área degradada.

7. Na sentença do feito originário, consignou-se que:

a) “a ocupação da área de preservação é fato incontroverso, apenas sustentando o réu Carlos Ulises Grasso que é adquirente de boa-fé e que a ocupação da área onde funciona sua pousada é regular e faz mais de 20 anos”;

b) a manutenção do imóvel em área de preservação permanente é infração de caráter permanente, que continuamente se renova no tempo, sendo de se frisar que a obrigação de reparar o dano ambiental ostenta natureza *propter rem*, ou seja, acompanha a coisa, ainda que possuída por pessoa diversa daquela que deu início ao dano ambiental;

c) o nexo de causalidade é demonstrado não só pelo auto de infração, cuja presunção de legalidade e veracidade não foi infirmado pelo réu, como o próprio promovido reconhece a ocupação de área *non aedificandi*;

d) a responsabilidade civil por danos ambientais é de natureza objetiva, prescindindo, para sua configuração, de culpa em sentido amplo por parte do causador do dano.

8. Em seu apelo, o demandado renova os argumentos suscitados na contestação, tendo a 4ª Turma deste Regional, em 21/10/2014, mantido integralmente a sentença, com trânsito em julgado em 02/12/2014 (participaram do julgamento os Des. Federais Lázaro Guimarães – relator, Rogério Fialho Moreira e Élio Wanderley de Siqueira Filho – em substituição eventual ao Des. Federal Convocado Ivan Lira de Carvalho).

9. Nesta rescisória (ajuizada em 14/11/2016), Carlos Ulises Grasso alega:

a) ao julgar desnecessária a prova pericial, houve cerceamento do direito de defesa na ACP;

b) a decisão que busca rescindir incorreu em erro de fato, porque o imóvel jamais esteve em APP (art. 966, VIII, do CPC);

c) há prova nova capaz de assegurar pronunciamento favorável deste Tribunal, qual seja, Laudo Técnico Ambiental, trazendo documentações que desconhecia (art. 966, VII, do CPC);

d) o imóvel não está situado a menos de 30 metros do braço do Rio Choró nem em área marcada pela presença de campos e dunas e vegetação típica de manguezal, não ocasionando, portanto, qualquer dano;

e) a construção objeto da presente lide existe há mais de 26 anos, muito anterior à Resolução CONAMA 303/2002, que não pode retroagir, desconsiderando situações já consolidadas;

f) a edificação que originou a lide está inserida em zona de urbanização consolidada, declarada pela Lei Municipal de Cascavel/CE 1.016/2000 (na verdade, Lei Municipal 1.014/2000), bem como tem licença ambiental da SEMACE e aprovação do poder municipal de Cascavel/CE.

10. Na sessão de 09/05/2018, o Rel. Des. Federal Convocado Leonardo Resende levou a presente ação rescisória a julgamento, votando pela sua improcedência, tendo sido acompanhado pelos Des. Federais Paulo Roberto de Oliveira Lima e Vladimir Souza Carvalho, e pedido vista o Des. Federal Edilson Nobre.

11. Posteriormente, na sessão de 04/07/2018, após o voto-vista do Des. Federal Edilson Nobre, julgando improcedente a ação rescisória, e do voto do Des. Federal Fernando Braga, também acompanhando o Relator, pedi vista, trazendo os autos na sessão de 25/07/2018, tendo o Pleno, por maioria, acolhido a questão de ordem por mim suscitada, para converter o julgamento em diligência, determinando a intimação da parte autora para, no prazo de 15 (quinze) dias, fazer prova do teor e da vigência da Lei Municipal 1.016/2000 (na verdade, Lei Municipal 1.014/2000), que dispõe sobre o Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo do Município de Cascavel/CE.

12. Juntada aos autos pela parte autora, tempestivamente, a cópia da Lei 1.014/2000, manifestaram-se sobre a documentação apresentada o IBAMA e o Ministério Público Federal.

13. Em seguida, na última sessão de 19/12/2018, o Des. Federal Convocado Leonardo Resende votou, uma vez mais, pela improcedência da ação rescisória (acompanhado pelo Des. Federal Fernando Braga), destacando o relator em seu voto, resumidamente:

a) a circunstância de o imóvel ter sido construído em APP restou incontroversa no feito originário, não sendo possível em sede de ação rescisória inovar a causa de pedir e não havendo cerceamento do direito de defesa no feito originário em razão da não realização de perícia;

b) o laudo ora apresentado pelo autor não tem a natureza de prova nova, porque foi produzido posteriormente ao litígio originário;

c) não poderão ser considerados como documentos novos aqueles anteriormente apresentados no feito originário (Licença referente à ampliação do imóvel, expedida pela SEMACE, e o Alvará de Construção e o Alvará de Funcionamento, expedidos pela Prefeitura de Cascavel/CE);

d) ainda que a Lei Municipal 1.014/2000 identifique a área onde está construída a pousada de propriedade de Carlos Ulises Grasso como sendo uma área de urbanização consolidada, tal regramento não pode ir de encontro ao disposto na Lei Federal 4.771/65 (Código Florestal então vigente) ou na Resolução CONAMA 303/2002;

e) “considerando que o Código Florestal tutela o bem jurídico do meio ambiente em maior extensão e profundidade do que a Lei Municipal de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo, é aquela a norma específica a ser observada na espécie, inclusive para fins de delimitação da área protegida, não cabendo à lei municipal definir os parâmetros de intervenção em APP”;

f) “em temas de Direito Ambiental, não se cogita falar em direito adquirido à devastação ou na incidência da Teoria do Fato Consumado para a manutenção de situação que viole normas de proteção ambiental”;

g) não se pode afirmar, do exame da Lei Municipal 1.014/2000, que a pousada esteja situada em área de urbanização consolidada;

h) “os deveres inerentes a uma APP são *propter rem*, mostrando-se desarrazoado perquirir se o dano ambiental foi causado pelo autor ou pelo anterior proprietário do imóvel”.

14. Analisando detidamente os autos, verifico que não tem natureza de prova nova o Laudo Técnico ora fornecido por Carlos Ulises Grasso, porque produzido, de forma unilateral, posteriormente ao litígio originário.

15. Do mesmo modo, não servem, para tanto, a Licença da SEMACE de ampliação do imóvel, o Alvará de Construção e o Alvará de Funcionamento da Prefeitura de Cascavel/CE, pois já haviam sido apresentados na ação civil pública.

16. No entanto, desde a sessão de 09/05/2018, intrigou-me a ponderação feita pelo Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, no sentido de que a área onde se encontra a pousada é totalmente antropizada, com construções há mais de 10 anos. Confira-se:

Nessa região de Cascavel, na Praia de Barra Nova, há, exatamente próximo ao Rio Choró, uma área que alaga e, ao mesmo tempo, fica seca em outras épocas do ano, a que o Ibama denomina de Braço do Rio Choró, e onde foram propostas não sei quantas, mas múltiplas ações para a derrubada de imóveis e pousadas. Eu estou com isso bem na mente porque, ontem, na 2ª Turma, foi julgada uma ação em tudo e por tudo igual a essa, exatamente igual. No caso da que julgamos ontem era da Escape Pousada Kiteschool Barra Nova, e há mais duas, Pousada Pôr do Sol, Pousada Bons Ventos, e a 2ª Turma, acho que corretamente, julgou improcedente a ação, e os argumentos são iguais aos agora expostos, a matéria era exatamente igual. Mas eu penso que, de fato, não há documento novo, e, por isso, a rescisória não pode ser acolhida, e que também violação a literal disposição de lei não pode ser identificada. Só estou me animando a dizer alguma coisa porque me preocupa e muito que tenhamos uma praia com muitas edificações – aqui, há centenas, eu cheguei a contar quase quinhentas – que

está numa área extremamente antropizada há mais de dez anos. A pousada a que me refiro, do processo de ontem, havia sido construída por um chileno e depois também vendida a alguém que dizia que não construiu, embora quando ele haja construído, tenha tido um alvará, e o Código Florestal era outro e não proibía. **E até saber se a área era de preservação permanente é duvidoso. E o curioso é que observei que, no primeiro grau, no Ceará, as ações estão sendo distribuídas para três Varas, e duas julgam improcedente, e uma julga procedente. O juiz que julgou procedente essa, certamente é o mesmo que julgou o meu processo. Aí, fica uma coisa esquisita, que, numa mesma área, vá haver uma pousada derrubada**, porque vai, e nessa ação rescisória comungo com o relator, não há como julgá-la procedente tecnicamente, **e as outras todas fiquem de pé**. Estou só narrando. Sei que isso é próprio do Judiciário, mas é uma situação extremamente desconfortável. **As ações que estão sendo julgadas improcedentes no Ceará transitaram em julgado. No memorial que se juntou, na que julguei ontem na 2ª Turma, com o Desembargador Leonardo Carvalho e com o Desembargador Vladimir Souza Carvalho, já me trouxeram sentenças de duas ou três em que o juiz julgou improcedente e não houve recurso**, a menos que haja uma rescisória por parte da União. Estou dizendo só isso para o Tribunal ter consciência. Eu havia pedido até ao pessoal do setor de informática para projetar nas telas aqui do Tribunal, mas, como vou acompanhar o voto do relator, não vou mais pedir isso, mas **quem quiser olhe na Enseada de Barra Nova, em Cascavel, como é uma cidade**, e, aí, vai haver, aqui e acolá, algumas derrubadas e outras não. Mas, enfim, estou só dando essa notícia ao Pleno (...). Eu não teria nenhuma dúvida se estivesse julgando. Em sede de apelação, eu teria julgado essa ação improcedente, e, mais, o juiz que a acolhe disse que o laudo do Ibama tem fé pública e pronto. Pode-se observar que S. Exa. julgou antecipadamente a lide, sem que nenhuma prova houvesse sido feita, e, **se houvesse sido feita a prova, teria sido julgada em outro sentido, porque, de fato, a área é totalmente antropizada, as construções todas têm mais de dez anos**, mas, enfim, penso que,

tecnicamente, o voto do relator está correto. **Fiz uma pesquisa na minha cabeça para ver se encontrava algum pezinho para divergir e não encontrei. Eu acho que, tecnicamente falando, a ação é improcedente. Se outros encontrarem argumento (...).**

17. Em razão dessa percepção, é que, na sessão de 04/07/2018, pedi vista dos autos, propondo, em seguida, em questão de ordem acolhida pelo Pleno, a conversão do feito em diligência, a fim de que o autor trouxesse aos autos a Lei Municipal 1.016/2000 (Lei sobre o Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo, integrante do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Cascavel/CE – na verdade, Lei Municipal 1.014/2000).

18. Em cumprimento à determinação, a parte autora fez prova do teor e vigência da Lei Municipal 1.014/2000 (Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município de Cascavel - Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo, Doc. Id. 13172310), ostentando os seus arts. 2º, 34 e 35 o seguinte teor:

Das Disposições Preliminares

Art. 2º O Município de Cascavel configurar-se-á espacialmente, ao longo de seu litoral, como um conjunto de macrozonas de classificação de uso e ocupação do solo vocacionado preferencialmente para o desenvolvimento e expansão da atividade turística cujo vetor básico de acesso será a Rodovia CE-040.

(...)

§ 2º Inseridos nessa franja de terrenos litorâneos encontram-se os núcleos urbanos de Cascavel (sede municipal), Caponga (sede distrital), Jacarecoara (sede distrital), Balbino (localidade), Águas Belas (localidade) e **Barra Nova (localidade), que deverão nesta Lei receber tratamento diferenciado quanto ao uso e ocupação do solo, em face das suas características já consolidadas de núcleos urbanizados e/ou em processo de urbanização.**

Da Zona de Urbanização Consolidada, ZUC

Art. 34. Essas zonas estão delimitadas no **Anexo II**, integrante desta Lei, e são integradas pelas sedes distritais e localidades de Caponga, Jacarecoara, Balbino, Águas Belas e **Barra Nova.** (...)

Art. 35. Nessas zonas serão permitidos os seguintes usos:
(...)

VII - meios de hospedagem (hotéis, motéis e **pousadas**);

19. Vê-se, pois, que, efetivamente, nos termos do art. 34 da referida norma, a denominada “Zona de Urbanização Consolidada” abrange a Praia de Barra Nova, onde foi construída a Pousada Pôr do Sol, de propriedade da parte autora da presente rescisória.

20. A rigor, tal constatação apenas corrobora os precedentes encontrados deste TRF5, no sentido de que **a praia de Barra Nova é de total antropização, com edificações concluídas há muitos anos, consistindo em zona de urbanização consolidada. (v., por exemplo, 2ª T., AC 587.673/CE, Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julg. em 08/05/2018).** Observe-se a ementa do referido julgado:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. PRETENSÃO À RECUPERAÇÃO DE VEGETAÇÃO DE ÁREA DITA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. EDIFICAÇÕES ANTIGAS. ÁREAS INTENSAMENTE ANTROPIZADAS. OBRAS AUTORIZADAS NA ÉPOCA. POSSE ATUAL NAS MÃOS DE ADQUIRENTES NÃO AUTORES DO DESMATAMENTO ORIGINAL. PROVIMENTO DO APELO. PEDIDOS IMPROCEDENTES.

1. Pretensão manifestada pelo Ministério Público Federal, nos autos de ação civil pública, com o objetivo de ver reintroduzida a vegetação natural e recuperada área ambiental que assegura haver sido destruída, pelos antecessores do réu original e pelo litisconsorte, no Município de Cascavel, Praia de Barra Nova, nas proximidades do Rio Choró.

2. Segundo a inicial, os réus, mantendo uma pousada edificada em área de preservação permanente, têm impedido a recuperação do meio ambiente agredido injustamente. Ao fim, o *Parquet* Federal postula a demolição da pousada, a recuperação da área, o pagamento da indenização de R\$ 5.000,00, bem assim a indenização de danos morais coletivos.

3. O estado atual do povoado, nas áreas próximas das areias, mas fora da praia e das áreas de uso comum do povo, é de total antropização. Não há uma, nem duas casas, e nem elas se contam as dúzias. O número se eleva facilmente acima de uma centena. Em situações como

a que se vê no caso dos autos, de múltiplas edificações concluídas há muito, com autorização das administrações locais, em centros urbanos plenamente antropizados, descabe a aplicação literal do novo Código Florestal.

4. No caso dos autos, forte em que a edificação é vetusta, feita com autorização legal dos órgãos competentes, em estrita consonância com a legislação vigente na época, e se localizar em sítio intensamente antropizado, não há como acolher o pedido.

5. Apelação provida.

21. No voto do Relator da presente rescisória, restou consignado que a Lei Federal 4.771/65 (Código Florestal então vigente) e a Resolução CONAMA 303/2002 devem prevalecer sobre a Lei Municipal 1.014/2000, pois o Código Florestal (norma mais específica, inclusive para fins de delimitação da área protegida) tutela o bem jurídico do meio ambiente em maior extensão e profundidade do que a Lei Municipal de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo.

22. Não comungo com esse entendimento.

23. No regime federativo não há propriamente uma hierarquia entre os integrantes da federação, mas uma repartição de competências, cabendo a cada um dos diferentes entes exercerem a parcela que lhe foi atribuída pela Constituição, à União, as matérias em que predomine o interesse nacional; aos Estados, as de interesse regional; e aos Municípios, as de interesse local (art. 30, I, da CF).

24. Competindo aos municípios legislar sobre matérias em que predomine o interesse local, é indene de dúvidas que a norma a ser seguida para definir, **com precisão**, as áreas protegidas no âmbito do município de Cascavel é a Lei sobre o Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo – Lei Municipal 1.014/2000, que, em seu art. 34, dispõe que a “Zona de Urbanização Consolidada” abrange a Praia de Barra Nova, onde foi construída a Pousada Pôr do Sol.

25. O Relator no seu voto afirma que: “quando se compara a planta do Anexo II da Lei Municipal 1.014/2000 com a foto extraída do Google Maps, a qual indica a localização da Pousada Pôr do Sol, não é possível exercer um juízo de certeza sobre o posicionamento da área em debate, se localizada na ‘Faixa de Praia’ ou na ‘Zona de Urbanização Consolidada’, porque inexistente definição dos limites de cada uma delas”.

26. Realmente, pelas imagens, a olho nu, não há como saber se a edificação em questão encontra-se em Faixa de Praia ou em ZUC.

27. Porém, repise-se, a Lei Municipal 1.014/2000 estabelece que a “Zona de Urbanização Consolidada” abrange a Praia de Barra Nova, onde foi construída a Pousada Pôr do Sol.

28. Não se pode olvidar, noutro turno, que o auto de infração foi lavrado pelo IBAMA em razão da edificação da Pousada Pôr do Sol ter ocorrido em área de preservação permanente (APP).

29. Ocorre que, pelas imagens trazidas pelo Relator em seu voto (Anexo II da Lei Municipal 1.014/2000 e foto extraída do Google Maps), uma certeza se tem: **a Pousada Pôr do Sol não está localizada em Área de Proteção Ambiental, podendo-se dizer, ao revés, que se encontra até relativamente distante dela.**

30. Merece relevo, ainda, o fato de que o precedente do STJ trazido no voto Relator (1ª T., REsp 1.505.083, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 10/12/2018), pela prevalência do Código Florestal vigente à época dos fatos sobre a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, trata de questão diferente da versada nos presentes autos.

31. Com efeito, a discussão travada naquele julgado dizia respeito a um conflito aparente de normas no que tange à definição da área não edificável às margens de rio, na medida em que uma estabelecia a proibição de construir dentro da distância mínima de 100 metros (Código Florestal então vigente – Lei 4.771/1965), enquanto a outra previa, para tanto, a distância mínima de 15 metros (Lei de Parcelamento do Solo Urbano – Lei 6.766/1979).

32. Naquele julgado, prevaleceu a tese de que haveria de incidir, diante do conflito de normas, o teor dado pela Lei 4.771/1965 (Código Florestal), já que protegia em maior extensão o meio ambiente do que a Lei 6.766/1979 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano).

33. Como se vê, aquele precedente não se aplica ao caso em comento, cuja situação fática é diversa dos presentes autos, não havendo aqui conflito aparente de normas, mas sim discussão que envolve a pousada Pôr do Sol, se construída em ZUC ou em APP.

34. Não é demais registrar que a questão conclama, ainda, a aplicação dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, afastando a possibilidade de demolição da edificação, sobretudo porque, a toda evidência, tal ato acarretaria maior lesão ao meio ambiente do que propriamente a manutenção da Pousada Pôr do Sol.

35. De todo modo, não tenho receio em considerar que a edificação que originou a presente lide está inserida em zona de urbanização consolidada, conforme previsto na Lei Municipal, a qual, em vista das peculiaridades do caso concreto, ostenta a condição de documento novo.

36. Há, ainda, outra questão que merece ser devidamente apreciada. Conforme se observa dos elementos trazidos aos autos, o IBAMA, em 24/04/2017, juntou petição com laudo de vistoria e avaliação em 20/04/2017, com o objetivo de comprovar que a pousada do autor está efetivamente situada em área de preservação permanente, constando do referido laudo o seguinte:

3. ASPECTOS LEGAIS

De acordo com o Código Florestal - Lei 12.651, de maio de 2012:

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:

a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

(...)

5. ASPECTOS OBSERVADOS EM CAMPO

Quanto ao aspecto geomorfológico, a área em que se encontra encravada a pousada é formada por planície de flúvio-marinha, área esta que apresenta constantes mudanças em sua morfologia, devido às grandes modificações decorrentes das flúvio-marinhas, metereológicas (vento, pluviosidade) e oceanográficas (mares e correntes).

O imóvel em questão está encravado nesta área de influência, a qual está prevista em legislação ambiental brasileira no que dita o Código Florestal Brasileiro - Lei 12.651, de maio de 2012, no seu artigo 4º, item I, alínea c (...)

37. Note-se que o laudo trazido nos presentes autos apresenta conclusão totalmente diversa do laudo pericial que embasou a sentença proferida na ação originária.

38. Com efeito, enquanto o laudo atual conclui que o imóvel de propriedade do autor ocupa APP em razão da inobservância da distância mínima da margem do Rio Choró, exigida pelo art. 4º, I, alínea c, da Lei 12.651/2012 (100 metros, para os cursos d'água que tenham de 50 a 200 metros de largura), o Laudo Técnico do IBAMA 146/2008, que serviu de base para a prolação da sentença rescindenda, havia, diferentemente, concluído que a construção do referido imóvel não tinha observado a distância mínima da margem do Rio Choró, exigida pelo art. 2º, a, item 1, da Lei 4.771/65 (30 metros para os rios de menos de 10 metros de largura) e pelo art. 3º, I, a, da Resolução CONAMA 303/2002 (trinta metros, para o curso d'água com menos de dez metros de largura).

39. Patente, pois, a divergência entre as conclusões a que chegaram os laudos técnicos, ambos elaborados pela própria autarquia ambiental.

40. A rigor, tivesse o laudo produzido em 2008 utilizado os mesmos dados obtidos na vistoria realizada em 2017 teria, certamente, chegado a conclusão diversa da então adotada.

41. Assim, ao determinar a demolição da construção com base unicamente no laudo técnico produzido pelo IBAMA, por inobservância da distância mínima de 30 metros da margem do Rio Choró

(art. 2º, a, I, da Lei 4.771/65), incorreu a magistrada em manifesto equívoco (erro de fato – art. 966, VIII, § 1º²), tendo em vista que o laudo posteriormente produzido pela autarquia ambiental no curso da presente rescisória apresentou conclusão substancialmente diversa da trazida no primeiro laudo.

42. De fato, a realidade fática evidenciada na presente rescisória demonstra que o imóvel, além de se encontrar em zona de urbanização consolidada (art. 34 da Lei Municipal 1.014/2000), não foi edificado a menos de 30 metros da margem do Rio Chorró, impondo-se a rescisão do julgado, com o reconhecimento da improcedência do pedido do MPF e IBAMA formulado nos autos do feito originário.

43. Diante do exposto, voto no sentido de julgar procedente o pedido desta ação rescisória, tendo-se por improcedente o pleito formulado nos autos de origem, com a condenação dos sucumbentes em honorários advocatícios nesta ação rescisória e na ação civil pública, fixados em 10% sobre o valor da causa (valor da causa nesta rescisória: R\$ 14.666,00; valor da causa na ACP: R\$ 10.000,00).

É como voto.

² Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

AGRAVO INTERNO NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA Nº 9-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI
Exequente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Executado: SEM INDICIADO
Agravante: MARCO ANTÔNIO DOS SANTOS
Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO NABOR AREIAS BULHÕES, ALUÍSIO LUNDGREN CORREA RÉGIS E OUTROS, CARLOS HENRIQUE COSTA MOUSINHO E OUTROS, GEDIR MEDEIROS CAMPOS JÚNIOR, FERNANDO ANTÔNIO BARBOSA MACIEL, LÚCIO LUIZ IZIDRO DA SILVA, WELTON ROBERTO E EDUARDO HENRIQUE TENÓRIO WANDERLEY

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO. APRESENTAÇÃO DE NOVOS ARGUMENTOS E REITERAÇÃO DE TESES ANTERIORES JÁ RECHAÇADAS PELO PLENÁRIO DESTA CORTE REGIONAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE CONDENAÇÃO PROFERIDA EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RÉUS PRESOS. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU OS PEDIDOS DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO E DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA. COMPETÊNCIA DA CORTE REGIONAL PARA A EXECUÇÃO, AINDA QUE O ACÓRDÃO CONDENATÓRIO ESTEJA SUJEITO A RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ENTENDIMENTO DO STF.

1. Agravo interno interposto por M. A. S. e M. D. M. S. contra a decisão que determinou a continuidade da execução provisória de suas penas e indeferiu o pedido de expedição de alvará de soltura, sob o fundamento de cassação, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, da liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, no dia 19 de dezembro de 2018, na qual foi suspensa a possibilidade de prender condenados em Segunda Instância antes do trânsito em julgado,

de forma que não subsistiria a decisão do STF em que se ampara o pedido de liberdade dos ora agravantes.

2. Proferida decisão condenatória em ação penal originária pelo TRF5, foi requerida pelo MPF e deferida por este Regional a execução provisória das penas, com delegação dos atos ao Juízo de Primeira Instância, estando o acórdão pendente de recursos extremos e com os autos originais em trâmite, de forma digitalizada, no Superior Tribunal de Justiça para julgamento do recurso especial interposto pelos agravantes.

3. Preliminar de incompetência. O fato de o eminente Ministro Jorge Mussi, em decisão datada de 4 de novembro de 2013, ter indeferido o pedido de concessão imediata de habeas corpus preventivo no momento inicial do recebimento dos autos digitalizados do REsp 1.388.345/AL, por não vislumbrar ameaça direta e imediata à liberdade de locomoção dos agravantes, não torna o Superior competente para examinar o pedido de execução da pena.

4. Não pairam dúvidas quanto à competência do TRF para promover a execução do acórdão proferido pelo Pleno em ação penal originária, conforme previsão do art. 17, § 2º, do Regimento Interno desta egrégia Corte Regional: “Incumbe ao Vice-Presidente dirigir os processos de execução nos feitos de competência originária do Tribunal e nas ações rescisórias extintas sem resolução do mérito ou julgadas improcedentes, bem como respectivos embargos”.

5. Em se tratando de processo em que pelo menos um dos réus tem foro por prerrogativa de função nesta Corte Regional, é o TRF competente para processar e julgar o feito e, posteriormente, executar o próprio acórdão condenatório, ainda que pendentes recursos nos Tribunais Superiores e, posteriormente ao julgamento, o réu tenha

perdido o cargo que definiu a competência do Tribunal, devendo ser ressaltado que esse é o entendimento do STF que tem prevalecido na Ação Penal 470/MG, no caso conhecido como “mensalão”.

6. Mérito. *Os agravantes se insurgem contra o pedido de execução provisória do acórdão condenatório afirmando que: a) haveria divergência no âmbito do STF sobre a execução provisória de decisões condenatórias proferidas em segundo grau, quando pendentes de recursos extremos, sendo possível, a qualquer tempo, a mudança de entendimento a respeito do tema; b) não se poderia iniciar a execução antes do trânsito em julgado, tendo em vista a expressa previsão do acórdão condenatório no sentido de que os atos de execução deveriam ser praticados pela Secretaria “após o trânsito em julgado” da decisão.*

7. *O STF já assentou, de maneira inequívoca, ser possível a execução do acórdão condenatório proferido em Segundo Grau de Jurisdição, por ocasião do julgamento do ARE 964.246, com Repercussão Geral, Relator Min. Teori Zavascki.*

8. *Essa orientação tem sido reafirmada por ambas as Turmas do STF e pela sua composição Plena, conforme recentes precedentes: RHC 142.636 AgR, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09/04/2018, Processo Eletrônico DJe-082, divulg. 26-04-2018, public. 27-04-2018; HC 146.277 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 07/11/2017, Processo Eletrônico DJe-265, divulg. 22-11-2017, public. 23-11-2017; ADC 43 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, Processo Eletrônico DJe-043, divulg. 06-03-2018, public. 07-03-2018.*

9. *É praxe nas decisões condenatórias proferidas sob a égide da anterior interpretação perfilhada*

pelo STF, acerca da execução provisória em matéria criminal, a determinação de que, após o trânsito em julgado, a Secretaria promova os atos executórios. Ela apenas espelha a compreensão então vigente acerca do momento adequado para início da execução. Trata-se, em suma, de impulso oficial dirigido à Secretaria, com vistas a atender ao princípio da razoável duração do processo, não fazendo coisa julgada, a ser imperiosamente seguida pelo Juízo da execução.

10. Segundo o STJ, “Não há descumprimento de acórdão do Tribunal de origem que, em ação penal originária, permite ao réu recorrer em liberdade, nem tampouco ofensa à coisa julgada, ou mesmo reformatio in pejus, quando o Presidente do Tribunal acolhe pedido do Ministério Público para executar provisoriamente a pena, com amparo no novo e superveniente entendimento do Supremo Tribunal Federal”. (AgRg no HC 380.859/AP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017)

11. Apesar de apresentar argumentos novos, relativos à necessidade de aguardar a manifestação do STF, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, incluídas em pauta para 10/04/2019, acerca da possibilidade de execução provisória das penas e a suposta competência do STJ para iniciar a dita pela existência de recurso especial ainda em trâmite no Superior, reitera argumentos já debatidos e rechaçados por este Tribunal, por unanimidade, em julgamento realizado pelo egrégio Plenário, na sessão do dia 30 de maio de 2018, na AGIVP 336/AL.

12. Após a rejeição das novas teses apresentadas pelos agravantes, reitera-se o posicionamento do egrégio Plenário, conforme proferido no AGIVP 336/AL, no sentido de que: a) é possível a execução provisória da pena imposta nos casos de ação penal de competência originária do

Tribunal, mesmo que contra o acórdão tenham sido interpostos recursos extremos, ainda pendentes de julgamento; e b) compete ao Tribunal a execução das condenações proferidas nas suas ações originárias, sendo atribuição do Vice-Presidente dirigir os processos de execução de competência originária do Tribunal, bem como os respectivos embargos, nos termos do art. 17, § 2º, do Regimento Interno deste TRF5. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto do Desembargador Relator, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 20 de março de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI (Vice-Presidente):

Trata-se de agravo interno interposto por Marco Antônio dos Santos e Marcos Douglas Medeiros dos Santos contra a decisão que indeferiu os pedidos de suspensão da execução provisória das penas e de expedição de alvará de soltura, fundamentando-se na cassação, pelo Presidente do STF, da liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, no dia 19 de dezembro de 2018, na qual foi suspensa a possibilidade de prisão de condenados em segunda instância antes do trânsito em julgado, de forma que não subsistiria a decisão do STF em que se amparam os pedidos de liberdade dos agravantes – fls. 823/832 e 805/806.

Estão sendo executadas provisoriamente as penas dos agravantes Marcos Antônio dos Santos e de Marcos Douglas Medeiros dos Santos, condenados, respectivamente, às sanções de 17

(dezessete) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e de 14 (catorze) anos e 9 (nove) meses de reclusão pela prática dos crimes previstos nos arts. 90 da Lei nº 8.666/93 (fraude à licitação); art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67 (apropriação de verbas públicas); art. 333 do Código Penal (corrupção ativa); art. 1º da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro).

Sustentam os recorrentes:

a) a incompetência do TRF para promover a execução, afirmando que teria havido decisão expressa do eg. STJ sobre a matéria no REsp 1.388.345/AL, na qual o Ministro Jorge Mussi, em decisão datada de 4 de novembro de 2013, indeferiu o pedido de concessão de *habeas corpus* preventivo por não vislumbrar ameaça direta e imediata à liberdade de locomoção em face da determinação contida no acórdão condenatório, de necessidade de trânsito em julgado da condenação para o início das execuções das penas, estando os autos atualmente digitalizados em trâmite no STJ, para a análise dos embargos de divergência, de forma que competiria ao Superior o exame dos pedidos de suspensão da execução e de expedição do alvará de soltura;

b) que a recente inclusão em pauta, pelo col. STF, das ADCs 43 e 44 para o dia 10/04/2019, denota a necessidade de suspensão da execução provisória das penas em face da divergência no âmbito do Supremo sobre a execução provisória de decisões condenatórias proferidas em segundo grau, quando pendentes de recursos extremos, sem efeito suspensivo, sendo possível, a qualquer tempo, a mudança de entendimento a respeito do tema;

c) a impossibilidade de iniciar-se a execução antes do trânsito em julgado, tendo em vista a expressa previsão do acórdão condenatório no sentido de que os atos de execução deveriam ser praticados pela Secretaria “após o trânsito em julgado” da decisão.

Requerem, com amparo nesses fundamentos, que se reconheça o STJ como Corte competente para o exame do pedido e, alternativamente, a suspensão da execução provisória com a consequente expedição do Alvará de Soltura, em face da impossi-

bilidade de execução imediata das penas, até um pronunciamento conclusivo do STF sobre a matéria.

Com vista, a douta Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovemento do agravo, salientando, em preliminar, a competência do Tribunal para determinar o início da execução provisória, porque a execução do acórdão compete ao Tribunal perante o qual tramitou o processo e, não sendo a ação penal originária do STJ, não haveria razão para a execução do julgado ser iniciada pelo Superior.

No mérito, afirma que, tendo em vista os constantes pronunciamentos do col. STF acerca da possibilidade de execução das penas após o julgamento do processo em segundo grau de jurisdição, a determinação, no acórdão desta Corte Regional, de que a execução da pena estaria condicionada ao trânsito em julgado da acusação e a interposição de recursos para os Tribunais Superiores não seriam impeditivos à execução imediata do julgado, de forma que requer a rejeição dos pedidos dos agravantes – fls. 908/910.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI (Relator Vice-Presidente):

Os fundamentos apresentados pelos apenados não prosperam.

Com relação à alegação de incompetência, o fato de o eminente Ministro Jorge Mussi, em decisão datada de 4 de novembro de 2013, ter indeferido o pedido de concessão imediata de *habeas corpus* preventivo no momento inicial do recebimento dos autos digitalizados do REsp 1.388.345/AL, por não vislumbrar ameaça direta e imediata à liberdade de locomoção dos agravantes, não torna o Superior competente, de imediato, para examinar os pedidos de execução da pena e de expedição de alvará de soltura.

Não pairam dúvidas quanto à competência do TRF para promover a execução do acórdão proferido pelo Pleno em ação penal originária, conforme previsão do art. 17, § 2º, do Regimento Interno desta egrégia Corte Regional: “Incumbe ao Vice-Presidente dirigir os processos de execução nos feitos de competência originária do

Tribunal e nas ações rescisórias extintas sem resolução do mérito ou julgadas improcedentes, bem como respectivos embargos”.

Essa disposição tem aplicação nos feitos de natureza criminal, conforme precedentes do STJ, por exemplo: EDcl no REsp 1.484.415/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/03/2016, *DJe* 14/04/2016, de cujo voto se extrai o seguinte trecho:

Sobre o tema, é apropriado o escólio de Espínola Filho, ao pontuar que a “regra geral é a de que cabe ao juiz da ação a competência para a execução da sentença, nela proferida, afinal”. Vale dizer, o início da execução da reprimenda compete ao juiz “perante o qual correu a ação penal, pouco importando tenha a executar a sentença por ele próprio proferida, ou a substituída a essa, em virtude do provimento dado, no todo ou em parte, a recurso, ordinário, extraordinário ou misto (revisão), interposto contra aquela sentença” (Código de Processo Penal brasileiro anotado. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavotenti. Campinas: Bookseller, 2000, p. 352-353).

Essa também é a inteligência de Mirabete, ao enfatizar que “compete aos tribunais superiores a execução quando se trata de competência originária da respectiva Corte, ainda que o acórdão por esta proferido tenha sido reformado pelo Supremo Tribunal Federal (MIRABETE, Julio Fabrinni. Execução penal. 11ª ed. rev. e at. por Renato Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004, p. 299)”.

Em suma, em se tratando de processo em que pelo menos um dos réus tem foro por prerrogativa de função nesta Corte Regional, é o TRF competente para processar e julgar o feito e, posteriormente, executar o próprio acórdão condenatório, ainda que, posteriormente ao julgamento, o réu tenha perdido o cargo que definiu a competência do Tribunal, devendo ser ressaltado que esse é o entendimento do STF que tem prevalecido na Ação Penal 470/MG, no caso conhecido como “mensalão”.

Com essas considerações, rejeito a preliminar de incompetência suscitada pelos agravantes.

No tocante ao mérito do agravo, o STF já assentou, de maneira inequívoca, ser possível a execução do acórdão condenatório proferido em Segundo Grau de Jurisdição, por ocasião do julga-

mento do ARE 964.246, com Repercussão Geral, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016, publicado em 25-11-2016.

Essa orientação tem sido reafirmada tanto pelas duas Turmas do STF como pela sua composição Plena, conforme recentes precedentes, a seguir transcritos:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, RHC 142.636 AgR, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09/04/2018, Processo Eletrônico *DJe-082*, divulg. 26-04-2018, public. 27-04-2018)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. TESE PRECONIZADA PELO TRIBUNAL PLENO NO HC Nº 126.292/SP. QUESTÃO REAFIRMADA NO PLENÁRIO VIRTUAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (TEMA Nº 925). ENTENDIMENTO PREDOMINANTE DA CORTE, À LUZ DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(STF, HC 146.277 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 07/11/2017, Processo Eletrônico *DJe-265*, divulg. 22-11-2017, public. 23-11-2017)

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSO-

CIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP, QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. No julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”.

2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP.

4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula.

5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar

a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir.

6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

7. Medida cautelar indeferida.

(STF, ADC 43 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, Processo Eletrônico DJe-043, divulg. 06-03-2018, public. 07-03-2018)

É inequívoca, portanto, a possibilidade de execução de acórdão condenatório proferido em Segundo Grau de Jurisdição, ainda que contra ele tenham sido interpostos recursos extremos, pendentes de solução final, ressalvada a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo ao acórdão, nas vias excepcionais.

Também não prospera o argumento de que a determinação de que a execução devesse ser iniciada após o trânsito em julgado, contida no próprio Acórdão da APE nº 13/AL, o que impediria a execução provisória do julgado.

O trecho específico do acórdão está assim redigido:

Após o trânsito em julgado desta decisão, a Secretaria deverá adotar as seguintes providências:

a) a inclusão dos nomes dos condenados no rol dos culpados;

b) a expedição de ofício ao Tribunal Regional Eleitoral no Estado de Alagoas, para providenciar a suspensão dos direitos políticos dos condenados durante o prazo em que durar seus efeitos (art. 15, III, da Constituição Federal de 1988).

c) a remessa dos autos à Vara Federal competente para a execução da pena aqui aplicada.

Este trecho do acórdão, de praxe nas decisões condenatórias proferidas sob a égide da anterior interpretação do STF acerca da execução provisória em matéria criminal, apenas espelha a compreensão então vigente sobre o momento adequado para início da execução.

Trata-se, em suma, de impulso oficial dirigido à Secretaria, com vistas a atender ao princípio da razoável duração do processo, não fazendo coisa julgada, a ser imperiosamente seguida pelo Juízo da execução.

Imagine-se, por exemplo, o oposto, ou seja, que o acórdão houvesse consignado a imediata execução do julgado, após o julgamento de eventuais embargos declaratórios e, nesse ínterim, o STF modificasse o seu entendimento para reconhecer como marco inicial da execução o trânsito em julgado da decisão condenatória. Naturalmente que, também nesse caso, competiria ao Juízo da execução aguardar o trânsito em julgado, desconsiderando o impulso oficial constante do acórdão.

Aliás, enfrentando esse tema, o Superior Tribunal de Justiça assentou exatamente essa compreensão, a de ser aplicável o entendimento do Supremo Tribunal Federal, pela possibilidade de início imediato da execução, após a condenação em segunda instância, a todos os processos em curso, incluindo aqueles em que a sentença ou acórdão condenatório foi proferido à luz do anterior entendimento do STF, ou seja, mesmo naqueles casos em que a decisão condenatória assegurava a execução da pena após o trânsito em julgado da decisão.

Nesse sentido, anoto os seguintes precedentes do STJ:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESAFORAMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA COMARCA EM QUE O FEITO FOI DESAFORADO. HERMENÊUTICA JURÍDICA. NORMA EXCEPCIONAL QUE COMPORTA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. DESLOCAMENTO DO FORO TÃO SOMENTE PARA A REALIZAÇÃO DO TRIBUNAL POPULAR. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, trilhada por esta Corte, é no sentido de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC nº 126.292/SP, relator o Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, *DJe* 17/5/2016).
2. Em seguida, por 6 votos a 5, o Plenário do Pretório Excelso indeferiu as cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, entendendo que o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início da execução penal após a condenação em segundo grau de jurisdição (*DJe* 7/10/2016).
3. A Corte Suprema, por seu Tribunal Pleno, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, reafirmando sua jurisprudência dominante, no sentido de que a “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal” (ARE nº 964.246, Rel. Ministro Teori Zavascki, julgado em 11/11/2016).
4. Não há que se falar em violação ao trânsito em julgado tão somente em função de ter constado no dispositivo da sentença a determinação proibitiva de se iniciar, provisoriamente, a execução da pena, uma vez que, naquela ocasião, era este o entendimento vigente na Pretória Corte, daí o porquê da aposição do comando “aguarde-se o trânsito em julgado”, ou similar teor, verificado em diversas das sentenças submetidas a exame desta Corte Superior.
5. Caso contrário, a despeito da evolução jurisprudencial do STF, estaria o Poder Judiciário engessado ao assinalado pela sentença de primeiro grau, afigurando-se verdadeiro paradoxo jurídico.

(...)

14. Ordem denegada.

(STJ, HC 374.713/RS, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 06/06/2017, *DJe* 13/06/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM AÇÃO PENAL ORI-

GINÁRIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o princípio constitucional da presunção de inocência, no julgamento do HC nº 126.292/SP (*DJe* 17/5/2016), entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório, proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial e extraordinário. Esse entendimento foi reafirmado no julgamento, em 10/11/2016, do ARE nº 964.246/SP, examinado sob a sistemática da repercussão geral, de maneira a conferir eficácia *erga omnes* e vinculante à decisão da Suprema Corte proferida em recurso extraordinário.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é possível a execução provisória da pena aos casos de ação penal de competência originária do Tribunal.

3. Não há descumprimento de acórdão do Tribunal de origem que, em ação penal originária, permite ao réu recorrer em liberdade, nem tampouco ofensa à coisa julgada, ou mesmo *reformatio in pejus*, quando o Presidente do Tribunal acolhe pedido do Ministério Público para executar provisoriamente a pena, com amparo no novo e superveniente entendimento do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no HC 380.859/AP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/03/2017, *DJe* 22/03/2017)

No mesmo sentido: AgRg no HC 410.103/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/12/2017, *DJe* 15/02/2018; AgRg no HC 388.865/DF, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 03/08/2017, *DJe* 14/08/2017.

Ressalte-se que a inclusão em pauta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 não implica suspensão da execução provisória, tendo em vista que já foram indeferidas liminares pleiteadas nesse sentido nas referidas ações, não mais subsistindo razões para amparar o pedido dos agravantes de expedição de alvará de soltura.

Por fim, observe-se que, este agravo, apesar de apresentar argumentos novos, relativos à necessidade de aguardar a manifestação do STF, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade

(ADCs) 43 e 44, incluídas em pauta para 10/04/2019, acerca da possibilidade de execução provisória das penas e a suposta competência do STJ para iniciar a dita pela existência de recurso especial ainda em trâmite no Superior, reitera argumentos já debatidos e rechaçados por este Tribunal, por unanimidade, em julgamento realizado pelo egrégio Plenário, na sessão do dia 30 de maio de 2018, na AGIVP 336/AL.

Após a rejeição das novas teses apresentadas pelos agravantes, reitera-se o posicionamento do egrégio Plenário, conforme proferido no AGIVP nº 336/AL, na sessão realizada em 30 de maio de 2018, no sentido de que: a) é possível a execução provisória da pena imposta nos casos de ação penal de competência originária do Tribunal, mesmo que contra o acórdão tenham sido interpostos recursos extremos, ainda pendentes de julgamento; e b) compete ao Tribunal a execução das condenações proferidas nas suas ações originárias, sendo atribuição do Vice-Presidente dirigir os processos de execução de competência originária do Tribunal, bem como os respectivos embargos, nos termos do art. 17, § 2º, do Regimento Interno deste TRF5.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo interno.
É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 0816759- 97.2018.4.05.0000-CE (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR
Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 33ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO CEARÁ
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO CEARÁ

EMENTA: PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZOS FEDERAIS. AVERBAÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE TODOS OS MAGISTRADOS E SERVIDORES LOTADOS

EM VARA FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO AUTOMÁTICA. NÃO INCIDÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO ALEATÓRIA ENTRE AS VARAS REMANESCENTES DE IGUAL COMPETÊNCIA. JUIZ NATURAL. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA ATRIBUÍDA AO JUÍZO SUSCITADO.

1. Conflito negativo de competência suscitado nos autos de execução fiscal promovida pela Fazenda Nacional, onde houve averbação de suspeição de todos os magistrados e servidores lotados na 20ª Vara Federal, Juízo perante o qual o feito tramitava desde o seu início.

2. Busca-se a definição de qual o Juízo competente para o processamento e julgamento do executivo em questão, tendo em vista que houve determinação de distribuição aleatória do feito entre as duas Varas de Execução Fiscal remanescentes da Seção Judiciária do Ceará.

3. As substituições de magistrados em situação de suspeição ou impedimento são contempladas com especificidade normativa, no âmbito da Justiça Federal da 5ª Região, através do Provimento 01/2009-CR (Consolidação Normativa da Corregedoria Regional do TRF 5ª Região), que dispõe que, em casos de suspeição concomitante dos magistrados lotados na vara, a substituição automática recairá sobre Juízo da vara de igual especialização/competência, com numeração ordinal subsequente ao que deve ser substituído.

4. Nos casos de impedimento/suspeição, o processo continua em trâmite perante a unidade jurisdicional de origem, sendo conduzido, porém, pelo substituto legal. A hipótese em análise, entretanto, constitui situação inusitada, uma vez que a averbação de suspeição de todos os servidores lotados na 20ª Vara inviabiliza a tramitação do feito perante aquele Juízo.

5. A Corregedoria Regional deste Tribunal, convocada por consulta, deliberou que “a hipótese

de que se cuida não é contemplada em nenhuma das situações descritas nos dispositivos acima transcritos do Provimento 01/2009". Do que se pode inferir a não incidência de substituição automática.

6. O conseqüente natural é a distribuição automática e aleatória do feito entre as varas de igual especialização/competência, eis que falece justificativa para direcionamento do processo para Juízo específico. A solução atende ao princípio do juiz natural, constitucionalmente garantido.

7. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 9ª Vara da Seção do Ceará, suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar a competência do Juízo Federal da 9ª Vara-CE (suscitado), na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 17 de junho de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR:

1.1 Ambientação do Conflito de Competência:

Ação originária: Execução Fiscal nº 0011695-22.2000.4.05.8100.

Ajuizamento: 13/06/2000.

Objeto: Processo cabeça de um total de 20 (vinte) Execuções Fiscais reunidas, movidas pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a Companhia Importadora de Máquinas e Acessórios Irmãos Pinto.

Controvérsia: Busca-se a definição de qual o Juízo competente para o processamento e julgamento do feito executivo em questão, tendo em vista as seguintes circunstâncias:

a) O processo tramitava, *ab ovo*, perante a 20ª Vara Federal/CE; porém, em razão de instauração de inquérito policial para apurar suposta irregularidade ocorrida em seu curso, os magistrados lotados na unidade jurisdicional, bem como todos os servidores, declararam suspeição para atuar tanto no feito originário quanto na Execução Fiscal nº 0005505-53.1994.4.05.8100, que possui semelhante situação.

b) Os processos foram remetidos para a 33ª Vara Federal, Juízo a quem cabe a substituição automática da 20ª Vara, nos casos de impedimento e suspeição, por se tratar da vara subsequente de igual especialização.

c) O Juízo da 33ª Vara formulou consulta à Corregedoria Regional desta Corte sobre, considerando a atipicidade da situação, se o caso se enquadraria nas hipóteses de substituição automática, de redistribuição aleatória ou direcionamento da distribuição à 33ª Vara.

d) O Exmo. Sr. Corregedor Regional, à época, entendeu não ser hipótese da substituição automática prevista no Provimento 01/2009-CR (Consolidação Normativa da Corregedoria Regional do TRF 5ª Região), pois de cunho eminentemente judicial, razão pela qual competiria ao Magistrado da 33ª Vara/CE decidir se seria o caso de judicializar a questão ou não.

e) O Juízo da 33ª Vara Federal determinou a distribuição aleatória dos feitos entre as duas Varas de Execução Fiscal remanescentes da Seção Judiciária do Ceará, com a exclusão da 20ª Vara, cabendo o Processo nº 0005505-53.1994.4.05.8100 à 33ª Vara Federal, e o de nº 0011695-22.2000.4.05.8100, originário do presente, à 9ª Vara Federal.

1.2 Razões do suscitado – 9ª Vara Federal:

Inicialmente, o Juízo da 9ª Vara Federal determinou a remessa do processo à 20ª Vara Federal, por observar a existência de servidores não suspeitos, que poderiam atuar na tramitação do feito.

Os autos retornaram ao juízo da 9ª Vara, com o pronunciamento da suspeição dos referidos servidores.

Com isso, o Juízo da 9ª Vara Federal devolveu o processo à 33ª Vara Federal, por entender que a ordem de distribuição à 9ª Vara não se amoldava ao determinado pela Corregedoria Regional, quando da resposta à consulta formulada, de que competiria ao Magistrado da 33ª Vara/CE decidir se seria o caso de judicializar a questão ou não.

Compreendeu o suscitado que, “**judicializar a questão** significa inaugurar conflito de competência – e entre as 20ª e 33ª Varas, obviamente – e não designar a redistribuição do feito à 9ª Vara”.

Decisão: 27/07/2018.

Magistrado: Dartanhan Vercingetórix de Araújo e Rocha.

1.3 Razões do suscitante – 33ª Vara Federal:

O Juízo Federal da 33ª Vara suscita o presente conflito, ao fundamento de que, em tendo a Corregedoria Regional afirmado não se tratar de hipótese de substituição automática, onde o feito permanece tramitando na secretaria de origem apenas com a condução do magistrado designado nos termos normativos, a remessa direta e dirigida a qualquer Juízo ofenderia o princípio do juiz natural, razão pela qual submeteu os autos à distribuição automática e aleatória entre a 33ª e 9ª Varas, especializadas em execução fiscal.

Compreende o magistrado que, ao assim proceder, promoveu a judicialização da questão, uma vez que ambos os magistrados e todos os servidores da 20ª Vara haviam declarado suspeição para atuarem no feito. Ademais, com a distribuição aleatória, ambos os processos poderiam ir para a mesma vara, ou um para cada unidade jurisdicional, como ocorreu.

Outrossim, entende o suscitante que não haveria como instaurar conflito negativo de competência entre a 20ª e 33ª Vara, eis que aquele Juízo não declarou incompetência, mas suspeição, e a 33ª Vara jamais se negou a assumir o feito, questionando apenas a redistribuição a si dirigida, com base na substituição automática, solução que restou expressamente afastada pela Corregedoria.

Decisão: 19/11/2018.

Magistrado: Glêdison Marques Fernandes.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊ-
LO JÚNIOR (Relator):

FUNDAMENTAÇÃO

De prôêmio, despicando analisar a competência deste egrégio Tribunal para processar e julgar o presente conflito negativo de competência envolvendo Juízes Federais vinculados a este Regional, nos termos do art. 108, I, e, da Constituição Federal.

Por outro lado, resta evidenciado o conflito negativo de competência. já que existe colidência entre dois Juízos, nos termos do art. 66, II, do CPC, e, ainda, pela manifestação desses Juízos sobre a mesma causa, julgando-se incompetentes para atuar na demanda.

Em análise à questão posta pelo suscitante na origem, tem-se que lhe assiste razão.

As substituições de magistrados em situação de suspeição ou impedimento são contempladas com especificidade normativa, no âmbito da Justiça Federal da 5ª Região, através do Provimento 01/2009-CR (Consolidação Normativa da Corregedoria Regional do TRF 5ª Região), que assim dispõe:

Art. 52. Nas hipóteses de impedimento, suspeição ou ausências eventuais de magistrado integrante da primeira instância da Justiça Federal da 5ª Região, serão observadas, para a substituição automática, as normas constantes deste capítulo, independentemente de ato específico da Corregedoria Regional.

Art. 53. Havendo Juiz Federal e Juiz Federal Substituto designados para uma mesma vara, os mesmos se substituem automática e reciprocamente, salvo nos casos de suspeição, impedimento ou ausência concomitantes.

Art. 54. Configurada a exceção referida no artigo anterior ou havendo um único magistrado designado para uma determinada vara, a substituição automática recairá sobre o Juiz Federal Substituto de vara de igual especialização/

competência, com numeração ordinal subsequente à da vara do magistrado a ser substituído.

É cediço que, nesses casos, o processo continua em trâmite perante a unidade jurisdicional de origem, sendo conduzido, porém, pelo substituto legal.

A hipótese em análise, entretanto, constitui situação inusitada, uma vez que a averbação de suspeição de todos os servidores lotados na 20ª Vara inviabiliza a tramitação do feito perante aquele Juízo.

A Corregedoria Regional deste Tribunal, provocada por consulta, deliberou que “a hipótese de que se cuida não é contemplada em nenhuma das situações descritas nos dispositivos acima transcritos do Provimento 01/2009”. Do que se pode inferir a não incidência de substituição automática.

Nessa senda, o consectário natural é a distribuição automática e aleatória do feito entre as varas de igual especialização/competência, eis que falece justificativa para direcionamento do processo para Juízo específico.

Com efeito, a solução apresentada pelo suscitante atendeu ao princípio do juiz natural, constitucionalmente garantido.

Por essa razão, há de se conhecer do conflito para declarar a competência do Juízo Federal da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, ora suscitado, que deverá processar e julgar o feito.

DISPOSITIVO

Conhece-se do conflito para declarar a competência do Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

AGRAVO INTERNO NA AÇÃO PENAL Nº 328-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO NETO
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: JOSÉ HELDER MÁXIMO DE CARVALHO, JAILSON RODRIGUES DE OLIVEIRA, ILAESSIANA MÁXIMO DE FREITAS, VICTOR BRUNO DE MORAIS E JOSÉ PIMENTEL RAMOS NETO
Advs./Procs.: DRS. LUIZ RICARDO DE MORAES COSTA E OUTRO, WALDIR XAVIER DE LIMA FILHO E JOSÉ VANDERLEI MARQUES VERAS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM FACE DE DECISÃO QUE DECLINOU COMPETÊNCIA. NOVO POSICIONAMENTO DO STF NO JULGAMENTO DA QUESTÃO DE ORDEM NA AP Nº 937. CRIME COMETIDO POR PREFEITO EM MANDATO ANTERIOR. SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE. AGRAVO REJEITADO.

1. Agravo contra decisão que reconheceu a incompetência desta Corte para processar a presente ação penal, determinando a remessa dos autos e apensos à Seção Judiciária do Estado do Ceará, tendo em vista o entendimento firmado pelo eg. STF no julgamento da Ação Penal nº 937, ao argumento de que a decisão agravada teria realizado a hermenêutica equivocada do decisor do STF, uma vez que a tese firmada na Ação Penal nº 937 determinaria que o marco definidor da competência por prerrogativa de foro é a data do cometimento do delito, e não a data do recebimento da denúncia.

2. A nova orientação firmada pelo STF, nos autos da Ação Penal nº 937, consiste em aplicar o foro por prerrogativa de função apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções nele desempenhadas. In casu,

apesar de o agravante ser o atual Prefeito do Município de Várzea Alegre/CE (gestão 2017/2020), os crimes foram supostamente cometidos durante o seu primeiro mandato eletivo, exercido entre os anos de 2008/2012, sendo sucedido por outro candidato em mandato subsequente (2013-2016), tendo sido vencedor em novo pleito, por ocasião das eleições realizados no ano de 2016, para a atual gestão.

3. Apesar de a decisão agravada ressaltar que o investigado foi denunciado em data em que já não mais detinha a prerrogativa de foro, tal assertiva apenas serviu como alicerce para esclarecer a solução de continuidade no mandato eletivo do denunciado, não se configurando no fundamento sobre o qual foi proferida a decisão e, sim, a adoção do entendimento da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se o princípio da simetria, tendo sido, inclusive, transcrita a decisão proferida pelo Relator da Ação Penal nº 937, Ministro Luís Roberto Barroso.

4. Desta forma, diante da interpretação restritiva das competências constitucionais sufragadas pelo Supremo Tribunal Federal, é de ser mantida a decisão agravada, no sentido de declinação da competência para o juízo de primeira instância.

5. Agravo rejeitado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 10 de abril de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANNUTO:

Trata-se de agravo interno interposto por JOSÉ HELDER MÁXIMO DE CARVALHO, nos autos da ação penal que lhe move o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de decisão que reconheceu a incompetência desta Corte para processar a presente ação penal, determinando a remessa dos autos e apensos à Seção Judiciária do Estado do Ceará, tendo em vista o entendimento firmado pelo eg. STF no julgamento da Ação Penal nº 937.

A decisão agravada reconheceu que os pretensos crimes – art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, art. 90 da Lei nº 8.666/93, art. 297 e art. 299 do Código Penal – não estão relacionados à vigente atividade exercida pelo réu agravante, que hoje ocupa o cargo de Prefeito do Município da Várzea Alegre/CE (gestão 2017/2020), uma vez que os atos pretensamente irregulares foram cometidos durante a sua primeira gestão, em 2008, acrescentando que a denúncia se deu em 30/01/2014, quando já não mais detinha a prerrogativa de foro.

Alega o agravante que a decisão supracitada teria realizado a hermenêutica equivocada do *decisum* do STF, uma vez que a tese firmada na Ação Penal nº 937, a seu ver, determina que o marco definidor da competência por prerrogativa de foro seria a data do cometimento do delito, e não a data do recebimento da denúncia.

Ademais, salienta que o cargo público que hoje o agravante ocupa é o mesmo que ocupava à época do suposto cometimento dos delitos, razão pela qual, no seu entendimento, apenas corrobora que a competência por prerrogativa de foro aplica-se perfeitamente ao caso concreto.

Devidamente intimado, o MPF apresentou as contrarrazões pugnano pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO (Relator):

Cinge-se a controvérsia ao exame de suposto desacerto da decisão objurgada que declinou a competência originária deste egrégio Tribunal Regional Federal para processar e julgar a denúncia oferecida contra o agravante.

Como bem frisado e fundamentado na decisão atacada, a nova orientação firmada pelo STF, nos autos da Ação Penal nº 937, consiste em aplicar o foro por prerrogativa de função apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções nele desempenhadas.

In casu, apesar de o agravante ser o atual Prefeito do Município de Várzea Alegre/CE (gestão 2017/2020), os crimes foram supostamente cometidos durante o seu primeiro mandato eletivo, exercido entre os anos de 2008/2012, sendo sucedido por outro candidato em mandato subsequente (2013-2016), tendo sido vencedor, em novo pleito, por ocasião das eleições realizados no ano de 2016, para a atual gestão.

Ademais, cumpre salientar que apesar de a decisão agravada ressaltar que o investigado foi denunciado em data em que já não mais detinha a prerrogativa de foro, tal assertiva apenas serviu como alicerce para esclarecer a solução de continuidade no mandato eletivo do denunciado, não se configurando no fundamento sobre o qual foi proferida a decisão e, sim, a adoção do entendimento da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se o princípio da simetria, tendo sido, inclusive, transcrita a decisão proferida pelo Relator da Ação Penal nº 937, Ministro Luís Roberto Barroso.

Desta forma, diante da interpretação restritiva das competências constitucionais sufragadas pelo Supremo Tribunal Federal, tenho que a hipótese é de ser mantida a decisão agravada, no sentido de declinação da competência para o juízo de primeira instância.

Ressalte-se que, apesar de se tratar de ação penal em curso, o feito ainda se encontra na fase de oferecimento de resposta após

recebimento da denúncia, não ocorrendo a intimação das partes para a apresentação das alegações finais, fase estabelecida pelo Plenário desta Corte, no julgamento da APE 244/RN, como sendo o marco temporal uniforme e objetivo para a prorrogação da competência deste Tribunal.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

**CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 0802750-
96.2019.4.05.0000-RN (PJe)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO
Suscitante: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
Suscitado: JUÍZO DA 14ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIMES DE FURTO E DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PROCESSOS DISTINTOS. CONEXÃO. FASES PROCESSUAIS DISTINTAS. REUNIÃO AFASTADA. ART. 80 DO CPP. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

1. Cuida-se de conflito negativo entre os Juízos da 2ª (suscitante) e da 14ª (suscitado) Varas Federais do Rio Grande do Norte, nos autos da Ação Penal de nº 0804710-44.2018.4.05.8400, cuja denúncia noticia a prática do crime de furto qualificado praticado contra a Agência dos Correios do Município de Gameleiras/RN, em 08.03.2017.
2. Considerando que os denunciados pelo crime de furto foram, anteriormente, denunciados pela prática do delito de organização criminosa (art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013), que seria responsável por outros eventos da mesma natureza naquela localidade, o Juízo suscitado decidiu

pela remessa dos autos à 2ª Vara Federal do RN, onde tramitava a ação penal relativa à denúncia da ORCrim, por vislumbrar conexão entre tais ações.

3. A conexão probatória pressupõe a existência de vínculo objetivo entre os crimes investigados, de modo que as provas de um possam repercutir no esclarecimento do outro delito. No entanto, ainda quando reconhecida a conexão, a determinação da reunião processual com a modificação da competência não se justifica, entre outras hipóteses, quando as ações penais se encontram em momentos processuais completamente distintos.

4. Neste caso, em que as ações penais se encontram em momentos processuais completamente distintos – a antecedente está conclusa para julgamento, com todas as alegações finais já apresentadas, e a segunda ainda em fase inicial, sem que sequer tenha sido apreciado o recebimento da denúncia –, relativiza-se a regra de reunião dos processos pela conexão, diante da conveniência da separação, tal como previsto no art. 80 do CPP. Precedentes do STJ (HC nº 46.633/PR) e desta Corte (CJ nº 48/PE).

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito de competência, para declarar competente o Juízo Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 20 de maio de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO -
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO:

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, nos autos da Ação Penal nº 0804710-44.2018.4.05.8400, em face do Juízo Federal da 14ª Vara, também da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

Referida ação penal fora originalmente distribuída ao Juízo da 14ª Vara Federal/RN que, por entender que o crime de furto denunciado guardaria estreita relação com o crime de organização criminosa, denunciado na Ação Penal nº 0806302-60.2017.4.05.8400, determinou a remessa dos autos ao Juízo da 2ª Vara/RN, onde tramita esta última ação.

Por sua vez, o Juízo da 2ª Vara/RN proferiu decisão conflitante, deixando de reconhecer conexão entre os Processos de nºs 0806302-60.2017.4.05.8400 e 0804710-44.2018.4.05.8400, vez que a alegada organização criminosa *“engloba um sem número de delitos de furto em todo o Estado do RN, o que, de logo, já não recomenda que uma única ação penal, de réus presos, em que se discute a existência ou não de organização criminosa e cujo processo já conta com 16 (dezesseis) acusados, atraia todos os delitos de furto supostamente cometidos por denunciados que compõem a ação penal do delito de organização criminosa, a exemplo da ação objeto dos presentes autos, que teria sido praticada por 3 (três) dos 16 (dezesseis) apontados componentes do grupo”*.

Devolvidos os autos ao Juízo da 14ª Vara/RN, houve nova remessa à 2ª Vara, para que, se fosse o caso, determinasse a instauração do devido conflito negativo de competência, o qual fora suscitado, nos termos da decisão Id. nº 4050000.14668634.

Nesta instância, o MPF opina, no Parecer nº 6.196/2019, pela competência do juízo suscitado.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO (Relator):

Consoante relatado, cuida-se de conflito negativo entre os Juízos da 2ª e da 14ª Varas Federais do Rio Grande do Norte, nos autos da Ação Penal de nº 0804710-44.2018.4.05.8400, cuja denúncia noticia a prática do crime de furto qualificado praticado contra a Agência dos Correios do Município de Gameleiras/RN, em 08.03.2017.

Considerando que os três denunciados pelo crime de furto foram, anteriormente, denunciados pela prática do delito de organização criminosa (art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013), que seria responsável por outros eventos da mesma natureza naquela localidade, o Juízo suscitado decidiu pela remessa dos autos à 2ª Vara Federal do RN, onde tramitava a ação penal relativa à denúncia da ORCrim, por vislumbrar conexão entre tais ações.

É verdade que a conexão probatória pressupõe a existência de vínculo objetivo entre os crimes investigados, de modo que as provas de um possam repercutir no esclarecimento do outro delito. No entanto, ainda quando reconhecida a conexão, a determinação da reunião processual com a modificação da competência não se justifica, entre outras hipóteses, quando as ações penais encontram-se em momentos processuais completamente distintos.

É o que se verifica neste caso, em que a ação penal antecedente está conclusa para julgamento, com todas as alegações finais já apresentadas, e a outra está na fase inicial, sem que sequer tenha sido apreciado o recebimento da denúncia.

O momento processual distinto entre as ações penais relativiza, portanto, a regra de reunião dos processos pela conexão, diante da conveniência da separação, tal como previsto no art. 80 do CPP.

Outra não foi a conclusão do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC nº 46.633/PR, entendendo que *“a união de processos em razão da conexão tem, entre outras, a finalidade de tornar melhor a apreciação da prova pelo juiz, evitando-se, por conseguinte, decisões conflitantes. Todavia, há casos em que essa reunião se torna inconveniente, razão pela qual faculta ao juiz o art. 80 do Có-*

dispositivo de Processo Penal a separação dos processos pelos motivos constantes neste dispositivo (...) ou por outro motivo relevante”.

Também este Plenário, em caso análogo, afastou a regra da reunião processual, após constatar que “*o aguardo para o julgamento simultâneo das ações, com a finalidade de evitar-se decisões supostamente conflitantes, imporia a paralisação dos autos de forma deletéria a uma rápida solução da lide*” (CJ nº 48/PE).

Registre-se, ainda, que a ação penal antecedente tem mais de 16 (dezesseis) acusados, e apenas 3 (três) deles constam na segunda denúncia, o que reforça a ausência de razoabilidade da reunião processual que ensejaria a paralisação daquela que já se encontra conclusa para julgamento, após uma série de dificuldades advindas do extenso número de acusados.

Ante o exposto, conheço do presente conflito negativo para declarar competente o Juízo suscitado (14ª Vara Federal do Rio Grande do Norte).

É como voto.

COMPOSIÇÃO DA PRIMEIRA TURMA



Desembargador Federal Alexandre Luna
Presidente da Primeira Turma
Período: março/2019 a março/2021



Desembargador Federal
Roberto Machado



Desembargador Federal
Élio Siqueira

JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0803908-17.2016.4.05.8400-RN (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO
Apelantes: FAZENDA NACIONAL E LUCIANA LEAL CALDAS
Apelados: OS MESMOS
Adv./Proc.: DR. CARLOS JOILSON VIEIRA

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. DESPESAS MÉDICAS. DEDUÇÃO. MEDICAMENTOS E PRODUTOS PARA TRATAMENTO DE SAÚDE EM DOMICÍLIO (HOME CARE). EXTENSÃO HOSPITALAR. ART. 8º, II, A, DA LEI Nº 9.250/95. FINALIDADE DA LEI. PREVALÊNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE. MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA. INEXISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. PROVEITO ECONÔMICO.

1. Trata-se de apelações interpostas pela FAZENDA NACIONAL e por LUCIANA LEAL CALDAS contra sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Federal da SJ/RN, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, determinando a exclusão, da base de cálculo do imposto de renda pessoa física, da importância de R\$ 7.784,74 (sete mil setecentos e oitenta e quatro reais e setenta e quatro centavos), a título de aquisição de produtos hospitalares, medicamentos e vacinas pela autora, decorrentes de internação domiciliar (home care) de sua dependente, condenando a Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor “ora decotado”, nos termos do artigo 85, § 3º, I, do CPC. Em suas razões de recurso, a Fazenda Nacional alega, em síntese: 1) as despesas dedutíveis são, unicamente, aquelas previstas em lei, devendo entender-se por despesas hospitalares aquelas constantes de documentos emitidos por hos-

pitais. A distinção entre a situação do paciente internado em hospital e aquele cujo tratamento ocorre em regime de internação domiciliar é relevante para fins da tributação pelo imposto de renda, porque a internação hospitalar, por si só, revela-se mais onerosa, considerando os elevados custos da internação hospitalar; 2) o rol das exclusões de parcelas e valores relativos a despesas médicas, das bases de cálculo dos tributos, é previsto, taxativamente, no art. 8º, II, a, da Lei nº 9.250/95, não podendo o julgador ampliar o rol legal, sob pena de ofensa ao art. 150, § 6º, da CF. Por seu turno, a apelante apela, alegando, em síntese: 1) o caráter confiscatório da multa; 2) a incidência dos honorários advocatícios sobre o valor da causa (R\$ 52.486,09), e não sobre “o valor, ora decotado”, de R\$ 7.784,74, como fixado na sentença.

2. Na dicção do art. 8º, II, a, da Lei nº 9.250/95 (e do que dele se reproduz no Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 9.580/2018), o contribuinte poderá deduzir do imposto de renda, na declaração de ajuste anual, as seguintes despesas médicas: “... pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitalares, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias”.

3. A apelante (Fazenda Nacional) alega que as despesas dedutíveis são, unicamente, aquelas previstas em lei, devendo entender-se por despesas hospitalares aquelas constantes de documentos emitidos por hospitais. Em outras palavras: a apelante defende que os medicamentos e produtos objetos desta ação não poderiam ser deduzidos do imposto de renda, salvo se

tivessem sido incluídos na fatura hospitalar, sendo certo que, no caso, o paciente não está internado em hospital, mas em tratamento na sua residência.

4. O sistema home care foi desenvolvido como extensão do tratamento hospitalar, visando ao bem-estar do paciente, à melhora de suas condições de vida, e à contribuição para sua cura, uma vez que, além de evitar infecção hospitalar, a permanência do paciente no seio da família produz notórios benefícios para a sua recuperação, o que demanda a aquisição de medicamentos e produtos necessários para a manutenção da saúde e do bem maior, que é vida do paciente.

5. No caso, consoante anotado na sentença, “há comprovação bastante da condição de saúde da dependente da embargante, Sabrina Caldas Rodrigues (Id. 4058400.1467113), e de sua internação domiciliar sob o regime home care, em decorrência de ‘atrofia cerebral difusa com tetraplegia espástica (CID 10 - G 82.4), mantendo-se sob medicação, traqueostomia e gastrostomia’, com ‘elevado comprometimento de funções motoras e cognitivas, caracterizando incapacitação’ (Id. 4058400.1467122)”.

6. A hipótese, portanto, é de doença grave e irreversível em regime de internação domiciliar. Por analogia, cumpre registrar que, em casos similares, a jurisprudência, inclusive, concede isenção do imposto de renda aos proventos de aposentadoria e reforma dos portadores de moléstia grave especificada em lei, nos termos do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/89.

7. Nesse senso, excepcionalmente no caso concreto, a norma prevista no art. 8º, II, a, da Lei nº 9.250/95 não pode se sobrepor ao princípio maior, que é a garantia do direito à vida e à saúde, sendo vero, como bem asseverado pelo juízo a

quo, ao citar precedente jurisprudencial (TRF4, 2008.70.02.010414-6/PR), que “a finalidade da norma que permite a dedução de despesas médicas da base de cálculo do IR é possibilitar uma compensação aos contribuintes que enfrentem problemas de saúde e necessitem efetuar despesas não custeadas pelo Estado. A interpretação analógica, in casu, não só é possível, como necessária, uma vez que interpretação literal e restritiva seria inconstitucional”.

8. Ademais, há um verdadeiro contrassenso da Fazenda Nacional ao defender, sem restrições, a dedução de despesas de medicamentos indispensáveis para a manutenção da vida, quando incluídos na fatura do hospital, e vedar a dedução desses mesmos medicamentos, quando consumidos por pacientes em tratamento domiciliar (home care), ao frágil argumento da existência de custos elevados da internação hospitalar, olvidando-se, porém, dos altos custos também suportados pelo contribuinte.

9. Desse modo, mostra-se escorreita a sentença que reconheceu o direito da autora à dedução, da base de cálculo do imposto de renda, das despesas médicas no valor de R\$ 7.784,74.

10. Inacolhível o pleito recursal da parte autora para redução da multa aplicada. Esta Turma registra precedente no sentido de que “[...] no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 938.538/ES, em setembro de 2016, relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, consignou-se: “A multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. É a sanção prevista para coibir a burla à atuação da Administração tributária. Nessas circunstâncias, conferindo especial destaque ao caráter pedagógico da sanção, deve ser reconhecida a

possibilidade de aplicação da multa em percentuais mais rigorosos, respeitados os princípios constitucionais relativos à matéria. A Corte tem firmado entendimento no sentido de que o valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade revela-se nas multas arbitradas acima do montante de 100%. Entendimento que não se aplica às multas moratórias, que devem ficar circunscritas ao valor de 20% [...]”. (AC 387.043/RN, Des. Fed. Élio Wanderley de Siqueira Filho, 1ª T., DJe 05/10/2017). In casu, considerando que a pretensão da autora foi acolhida parcialmente, porque parte das despesas médicas não foi comprovada nos autos, e que a multa de ofício fixada não ultrapassou o percentual de 100% (no caso, 75%) do valor do tributo devido, não há que se falar em sanção excessiva, na esteira do precedente referenciado, não se configurando o alegado caráter confiscatório, tampouco maltrato aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

11. Quanto à verba honorária, o STJ firmou entendimento de que “nos embargos parciais (caso dos autos), que não põe termo à execução, os honorários advocatícios devem incidir sobre o valor da dívida que foi decotado, vale dizer, os honorários serão computados sobre o proveito econômico auferido pelo devedor embargante” (AgRg no AgRg no Ag 1.409.807/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 26/11/2015). No caso, a sentença deve ser reformada, no ponto, porque determinou a incidência dos honorários apenas sobre o valor nominal de R\$ 7.784,74, referente à glosa de despesas médicas, quando deveria fixar a verba honorária, no percentual de 10%, sobre o valor decotado da execução.

12. Apelação da Fazenda Nacional improvida. Apelação da embargante parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da Fazenda Nacional e dar parcial provimento à apelação da embargante, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 9 de maio de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO:

Trata-se de apelações interpostas pela FAZENDA NACIONAL e por LUCIANA LEAL CALDAS contra sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Federal da SJ/RNPB, que julgou **parcialmente procedente** o pedido inicial, determinando a exclusão, da base de cálculo do imposto de renda pessoa física, da importância de R\$ 7.784,74 (sete mil setecentos e oitenta e quatro reais e setenta e quatro centavos), a título de aquisição de produtos hospitalares, medicamentos e vacinas pela autora, decorrentes de internação domiciliar (*home care*) de sua dependente, condenando a Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor “ora decotado”, nos termos do artigo 85, § 3º, I, do CPC.

Em suas razões de recurso, a Fazenda Nacional alega, em síntese: 1) as despesas dedutíveis são, unicamente, aquelas previstas em lei, devendo entender-se por despesas hospitalares aquelas constantes de documentos emitidos por hospitais. A distinção entre a situação do paciente internado em hospital e aquele cujo tratamento ocorre em regime de internação domiciliar é relevante para fins da tributação pelo imposto de renda, porque a internação hospitalar, por si só, revela-se mais onerosa, considerando os elevados custos da internação hospitalar; 2) o rol das exclusões de parcelas e valores relativos a despesas médicas, das bases de

cálculo dos tributos, é previsto, taxativamente, no art. 8º, II, a, da Lei nº 9.250/95, não podendo o julgador ampliar o rol legal, sob pena de ofensa ao art. 150, § 6º, da CF.

Por seu turno, a apelante apela, alegando, em síntese: 1) o caráter confiscatório da multa; 2) a incidência dos honorários advocatícios sobre o valor da causa (R\$ 52.486,09), e não sobre “o valor, ora decotado”, de R\$ 7.784,74, como fixado na sentença.

Contrarrazões apresentadas (v. Ids. 4058400.2876063 e 4058400.2942024).

Por força de distribuição, vieram-me os autos conclusos.

Sendo caso de dispensa de revisão, peço dia para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (Relator):

A sentença não merece reparos.

Na dicção do art. 8º, II, a, da Lei nº 9.250/95 (e do que dele se reproduz no Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 9.580/2018), o contribuinte poderá deduzir do imposto de renda, na declaração de ajuste anual, as seguintes despesas médicas: “... pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitais, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias”.

A apelante (Fazenda Nacional) alega que as despesas dedutíveis são, unicamente, aquelas previstas em lei, devendo entender-se por despesas hospitalares aquelas constantes de documentos emitidos por hospitais. Em outras palavras: a apelante defende que os medicamentos e produtos objetos desta ação não poderiam ser deduzidos do imposto de renda, salvo se tivessem sido incluídos na fatura hospitalar, sendo certo que, no caso, o paciente não está internado em hospital, mas em tratamento na sua residência.

Sem razão a Fazenda Nacional.

O sistema *home care* foi desenvolvido como extensão do tratamento hospitalar, visando ao bem-estar do paciente, à melhora de suas condições de vida, e à contribuição para sua cura, uma vez que, além de evitar infecção hospitalar, a permanência do paciente no seio da família produz notórios benefícios para a sua recuperação, o que demanda a aquisição de medicamentos e produtos necessários para a manutenção da saúde e do bem maior, que é vida do paciente. Nesse sentido: STJ, AREsp 1.433.306, Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 30/04/2019.

No caso, consoante anotado nos autos, “há comprovação bastante da condição de saúde da dependente da embargante, Sabrina Caldas Rodrigues (Id. 4058400.1467113), e de sua internação domiciliar sob o regime *home care*, em decorrência de ‘atrofia cerebral difusa com tetraplegia espástica (CID 10 - G 82.4), mantendo-se sob medicação, traqueostomia e gastrostomia’, com ‘elevado comprometimento de funções motoras e cognitivas, caracterizando incapacitação’ (Id. 4058400.1467122)”.

A hipótese, portanto, é de doença grave e irreversível em regime de internação domiciliar. Por analogia, cumpre registrar que, em casos similares, a jurisprudência, inclusive, concede isenção do imposto de renda aos proventos de aposentadoria e reforma dos portadores de moléstia grave especificada em lei, nos termos do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/89.

Nesse senso, tenho que, excepcionalmente no caso concreto, a norma prevista no art. 8º, II, a, da Lei nº 9.250/95 não pode se sobrepor ao princípio maior, que é a garantia do direito à vida e à saúde, sendo vero, como bem asseverado pelo juízo *a quo*, ao citar precedente jurisprudencial do TRF da 4ª Região, que “a finalidade da norma que permite a dedução de despesas médicas da base de cálculo do IR é possibilitar uma compensação aos contribuintes que enfrentem problemas de saúde e necessitem efetuar despesas não custeadas pelo Estado. A interpretação analógica, *in casu*, não só é possível, como necessária, uma vez que interpretação literal e restritiva seria inconstitucional”.

Confira-se o precedente citado:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. DESPESAS MÉDICAS. DEDUÇÃO. MEDICAMENTOS PARA O TRATAMENTO DE CÂNCER. INTERPRETA-

ÇÃO ANALÓGICA. FINALIDADE DA LEI. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

1. O rol de despesas médicas listadas na alínea a do inciso II do artigo 8º da Lei nº 9.250/95 não pode ser interpretado como taxativo, do contrário a norma padeceria de vícios insuperáveis por afronta direta dos princípios da isonomia e da razoabilidade.

2. A finalidade da norma que permite a dedução de despesas médicas da base de cálculo do IR é possibilitar uma compensação aos contribuintes que enfrentem problemas de saúde e necessitem efetuar despesas não custeadas pelo Estado.

3. A interpretação analógica, *in casu*, não só é possível, como necessária, uma vez que interpretação literal e restritiva seria inconstitucional.

(TRF 4 - Apelação Cível nº 2008.70.02.010414-6/PR) - Segunda Turma - Rel. Juíza Federal Vânia Hack de Almeida - Julgado em 23.03.2010)

Em seu voto, a eminente Desembargadora Federal consignou, ainda, *“que seria totalmente irrazoável e contrário ao princípio da isonomia, supor que a norma permite, sem restrições, a dedução de despesas de medicamentos indispensáveis para a manutenção da vida, quando incluídos na conta do hospital – mas não permitiria a dedução das despesas com o mesmo tipo de medicamento quando adquirido diretamente pelo contribuinte ou, como no caso dos autos, pelo seu dependente, que não se encontra internado. Assim, considero que a interpretação analógica, in casu, não só é possível, como necessária, uma vez que interpretação literal e restritiva seria inconstitucional”*.

Ademais, há um verdadeiro contrassenso da Fazenda Nacional ao defender, sem restrições, a dedução de despesas de medicamentos indispensáveis para a manutenção da vida, quando incluídos na fatura do hospital, e vedar a dedução desses mesmos medicamentos, quando consumidos por pacientes em tratamento domiciliar (*home care*), ao frágil argumento da existência de custos elevados da internação hospitalar, olvidando-se, porém, dos altos custos também suportados pelo contribuinte.

Desse modo, mostra-se escorreita a sentença que reconheceu o direito da autora à dedução, da base de cálculo do imposto de renda, das despesas médicas no valor de R\$ 7.784,74.

Quanto ao pleito da parte autora para redução da multa aplicada, tenho que não merece acolhimento.

Sobre a matéria, esta Turma registra precedente no sentido de que “[...] no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 938.538/ES, em setembro de 2016, relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, consignou-se: “A **multa** punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. É a sanção prevista para coibir a burla à atuação da Administração tributária. Nessas circunstâncias, conferindo especial destaque ao caráter pedagógico da sanção, deve ser reconhecida a possibilidade de aplicação da **multa** em percentuais mais rigorosos, respeitados os princípios constitucionais relativos à matéria. A Corte tem firmado entendimento no sentido de que o valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade revela-se nas multas arbitradas acima do montante de 100%. Entendimento que não se aplica às multas moratórias, que devem ficar circunscritas ao valor de 20% [...]”. (AC 387.043/RN, Des. Fed. **Élio** Wanderley de **Siqueira** Filho, 1ª T., DJe 05/10/2017).

In casu, considerando que a pretensão da autora foi acolhida parcialmente, porque parte das despesas médicas não foi comprovada nos autos, e que a multa de ofício fixada não ultrapassou o percentual de 100% (no caso, 75%) do valor do tributo devido, não há que se falar em sanção excessiva, na esteira do precedente referenciado, não se configurando o alegado **caráter confiscatório**, tampouco maltrato aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

De resto, quanto à verba honorária, o STJ firmou entendimento que “nos embargos parciais (caso dos autos), que não põe termo à execução, os honorários advocatícios devem incidir sobre o valor da dívida que foi decotado, vale dizer, os honorários serão computados sobre o proveito econômico auferido pelo devedor embargante” (AgRg no AgRg no Ag 1.409.807/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 26/11/2015). No caso, a sentença deve ser reformada, no ponto, porque determinou a incidência dos honorários apenas sobre o valor nominal de R\$ 7.784,74, referente à glosa

de despesas médicas, quando deveria fixar a verba honorária, no percentual de 10%, sobre o valor decotado da execução.

Assim, nego provimento à apelação da Fazenda Nacional e dou parcial provimento à apelação da embargante, para fixar os honorários de advogado em 10% (dez por cento) sobre o valor decotado da execução.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0804845-56.2018.4.05.8400-RN (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: JAILTON CARLOS OLEGÁRIO DE MIRANDA
Adv./Proc.: DR. LEANDRO FERREIRA LUZ (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. SELEÇÃO DE PROFISSIONAIS VOLUNTÁRIOS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MILITAR TEMPORÁRIO. CANDIDATO EXCLUÍDO DO CERTAME POR APRESENTAR ATESTADO MÉDICO EM DESACORDO COM REGRAS DO EDITAL. IRREGULARIDADE FORMAL QUE NÃO MACULA O TEOR DO DOCUMENTO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. OFENSA À SEPARAÇÃO DE PODERES E À ISONOMIA. INEXISTÊNCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença prolatada pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que julgou procedente o pedido inicial, ratificando a liminar anteriormente proferida, para anular o ato que excluiu o autor do Processo Seletivo QSCON 1/2018, e determinar que a parte ré assegure ao demandante a participação na fase posterior à concentração inicial, prosseguindo para as demais fases apenas se classificado e considerado apto. Salientou-se

que, após a confirmação da aptidão do autor nas fases posteriores do certame, fica a União autorizada a efetivar a incorporação e matrícula da parte autora no EAP a ser realizado em 2019.

2. No caso dos autos, Jailton Carlos Olegário de Miranda participou do certame Aviso de Convocação para Seleção de Profissionais de Nível Médio Voluntários à Prestação do Serviço Militar Temporário de 2018 (AC/QSCON 1/2018), concorrendo na especialidade Motorista (TMT). O autor informou que foi aprovado em primeiro lugar, entretanto houve sua exclusão do certame porque apresentou laudo médico em desconformidade com o exigido no Edital. Aduziu ainda que o médico otorrinolaringologista atestou sua aptidão, bem como retificou posteriormente o laudo para o padrão exigido pela Aeronáutica. O Juízo a quo deferiu a tutela antecipada para suspender o ato administrativo que excluiu o demandante, determinando que a participação do apelado fosse assegurada nas etapas posteriores, desde que estivesse apto. Todavia o Estágio de Adaptação para Praças (EAP) já havia iniciado, o que motivou requerimento da União para que os efeitos da tutela fossem modulados de modo que o autor realize o referido curso apenas na próxima seleção, pleito que foi autorizado pelo magistrado ao proferir a sentença.

3. O Edital é o instrumento que estabelece as regras a serem observadas pela Administração Pública e pelos candidatos a fim de que o acesso aos cargos/empregos públicos seja concretizado da maneira mais isonômica possível, observando-se ao longo da realização do certame os princípios que regem a Administração Pública, como dispõe o caput do art. 37 da Carta Maior.

4. Verifica-se que o motivo da desclassificação do autor foi apresentação de laudo médico que estaria em desconformidade com as regras

editálicas constantes do subitem 4.4.9, alínea d, visto que apenas apresentou o resultado da audiometria tonal, faltando a descrição do exame clínico, o que implicaria sua exclusão. A Administração Pública deve observar os princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, mas também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ressalte-se que o relatório médico informa cabalmente que o recorrido está apto para a função oferecida, de modo que o desligamento do autor do certame por uma mínima informalidade representa pena desproporcional e desarrazoada.

5. A atuação do Poder Judiciário na demanda em questão não interfere no mérito do certame, restringindo-se a afastar situação abusiva, por falta de razoabilidade ou de proporcionalidade, não representando violação ao Princípio da Separação de Poderes. Por fim, inexistente ofensa à isonomia, uma vez que o autor logrou êxito em todas as etapas do certame em igualdade de condições com os outros candidatos, inclusive nas fases posteriores à desarrazoada exclusão, comprovando que tem aptidão para exercer a função oferecida.

6. Conforme ressaltado na sentença, “[...] a jurisprudência tem entendido que, em determinadas situações, dada a ocorrência de aspectos circunstanciais peculiares que não estariam albergados nas previsões genéricas do edital, é possível rever um ato praticado pela autoridade administrativa responsável pelo concurso, utilizando-se dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, que devem nortear todos os atos administrativos (nesse sentido: STJ, 5ª Turma, ROMS 200302381047, relator Félix Fischer, DJ 14.02.2005, p. 218). [...] Nesse ponto, mister ressaltar que os critérios utilizados pelo profissional na avaliação do demandante de

fato não foram exatamente aqueles previstos no item 4.4.9 do edital ou no modelo contido no Anexo S. Todavia, isso não pode ser, por si só, suficiente para concluir que o laudo otorrinolaringológico não atendeu à exigência do edital, cujo escopo fundamental e indissociável há de ser a comprovação da higidez do ponto de vista da otorrinolaringologia para assunção da função, visto que o otorrino atesta a aptidão do paciente mediante a avaliação dos parâmetros considerados necessários para tanto, valendo-se dos termos que igualmente entendeu pertinentes. Cumpre destacar, por fim, que os profissionais da área médica comumente redigem seus laudos com terminologias próprias, de acordo com os critérios que profissionalmente consideram de maior relevância para o diagnóstico do paciente, não necessariamente atentando para os termos previstos em editais, razão pela qual o excesso de formalismo na apreciação de seus laudos/exames/pareceres finda por não se coadunar com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que devem reger a atuação da Administração Pública”.

7. Apelação improvida. Honorários advocatícios, fixados na sentença, majorados em 20%, ex vi do disposto no § 11 do art. 85 do CPC (honorários recursais).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 3 de maio de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO:

Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença prolatada pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte *[que julgou procedente o pedido inicial, ratificando a liminar anteriormente proferida, para anular o ato que excluiu o autor do Processo Seletivo QSCON 1/2018, e determinar que a parte ré assegure ao demandante a participação na fase posterior à concentração inicial, prosseguindo para as demais fases apenas se classificado e considerado apto. Salientou-se que, após a confirmação da aptidão do autor nas fases posteriores do certame, fica a União autorizada a efetivar a incorporação e matrícula da parte autora no EAP a ser realizado em 2019. Condenação da União em honorários advocatícios fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.]*, em que a apelante alega a violação aos princípios da legalidade, impessoalidade/isonomia, vinculação ao instrumento convocatório e Separação dos Poderes. Ao final, requer o provimento do recurso.

Por força de redistribuição, vieram-me os autos conclusos.

Sendo caso de dispensa de revisão, peço dia para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (Relator):

Apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença prolatada pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que julgou procedente o pedido inicial, ratificando a liminar anteriormente proferida, para anular o ato que excluiu o autor do Processo Seletivo QSCON 1/2018, e determinar que a parte ré assegure ao demandante a participação na fase posterior à concentração inicial, prosseguindo para as demais fases apenas se classificado e considerado apto. Salientou-se que, após a confirmação da aptidão do autor nas fases posteriores do certame, fica a União autorizada a efetivar a incorporação e matrícula da parte autora no EAP a ser realizado em 2019.

No caso dos autos, Jailton Carlos Olegário de Miranda participou do certame Aviso de Convocação para Seleção de Profissionais de Nível Médio Voluntários à Prestação do Serviço Militar Temporário de 2018 (AC/QSCON 1/2018), concorrendo na especialidade Motorista (TMT) (Id. 4058400.3522650). O autor informou que foi aprovado em primeiro lugar, entretanto houve sua exclusão do certame (Id. 4058400.3522647) porque apresentou laudo médico em desconformidade com o exigido no Edital (Id. 4058400.3522650). Aduziu ainda que o médico otorrinolaringologista atestou sua aptidão, bem como retificou posteriormente o laudo para o padrão exigido pela Aeronáutica (Id. 4058400.3522667). O Juízo *a quo* deferiu a tutela antecipada para suspender o ato administrativo que excluiu o demandante, determinando que a participação do apelado fosse assegurada nas etapas posteriores, desde que estivesse apto (Id. 4058400.3546258). Todavia o Estágio de Adaptação para Praças (EAP) já havia iniciado, o que motivou requerimento da União para que os efeitos da tutela fossem modulados de modo que o autor realize o referido curso apenas na próxima seleção (Id. 4058400.3725254), pleito que foi autorizado pelo magistrado ao proferir a sentença.

O art. 37, inciso II, da Constituição estabelece que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

O edital é o instrumento que estabelece as regras a serem observadas pela Administração Pública e pelos candidatos a fim de que o acesso aos cargos/empregos públicos seja concretizado da maneira mais isonômica possível, observando-se ao longo da realização do certame os princípios que regem a Administração Pública, como dispõe o *caput*¹ do art. 37 da Carta Maior.

¹ **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

Ao consultar os autos, verifica-se que o motivo da desclassificação do autor foi apresentação de laudo médico que estaria em desconformidade com as regras editalícias constantes do subitem 4.4.9, alínea d², visto que apenas apresentou o resultado da audiometria tonal, faltando a descrição do exame clínico, o que implicaria sua exclusão. A Administração Pública deve observar os princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, mas também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ressalte-se que o relatório médico informa cabalmente que o recorrido está apto para a função oferecida (Id. 4058400.3522666), de modo que o desligamento do autor do certame por uma mínima informalidade representa pena desproporcional e desarrazoada.

A atuação do Poder Judiciário na demanda em questão não interfere no mérito do certame, restringindo-se a afastar situação abusiva, por falta de razoabilidade ou de proporcionalidade, não representando violação ao Princípio da Separação de Poderes. Por fim, inexistente ofensa à isonomia, uma vez que o autor logrou êxito em todas as etapas do certame (Ids. 4058400.3522649 e 4058400.3803678) em igualdade de condições com os outros candidatos, inclusive nas fases posteriores à desarrazoada exclusão, comprovando que tem aptidão para exercer a função oferecida.

Conforme ressaltado na sentença, “[...] a jurisprudência tem entendido que, em determinadas situações, dada a ocorrência de aspectos circunstanciais peculiares que não estariam albergadas nas previsões genéricas do edital, é possível rever um ato praticado pela autoridade administrativa responsável pelo concurso, utilizando-se dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, que devem nortear todos os atos administrativos (nesse

² **4.4.9** O candidato deverá apresentar, **obrigatoriamente, por ocasião da Concentração Inicial**, os exames e laudos médicos, **realizados no máximo dentro de três meses antes da data da inspeção, com exceção da alínea g deste item**. A realização dos exames e avaliações listados abaixo, bem como do respectivo laudo, são da responsabilidade e ônus do candidato:

(...)

d) exame otorrinolaringológico, **para candidatos de todas as idades**:
avaliação clínica realizada por especialista e audiometria tonal com laudo;

sentido: STJ, 5ª Turma, ROMS 200302381047, relator Félix Fischer, DJ 14.02.2005, p. 218). [...] Nesse ponto, mister ressaltar que os critérios utilizados pelo profissional na avaliação do demandante de fato não foram exatamente aqueles previstos no item 4.4.9 do edital ou no modelo contido no Anexo S. Todavia, isso não pode ser, por si só, suficiente para concluir que o laudo otorrinolaringológico não atendeu à exigência do edital, cujo escopo fundamental e indissociável há de ser a comprovação da higidez do ponto de vista da otorrinolaringologia para assunção da função, visto que o otorrino atesta a aptidão do paciente mediante a avaliação dos parâmetros considerados necessários para tanto, valendo-se dos termos que igualmente entendeu pertinentes. Cumpre destacar, por fim, que os profissionais da área médica comumente redigem seus laudos com terminologias próprias, de acordo com os critérios que profissionalmente consideram de maior relevância para o diagnóstico do paciente, não necessariamente atentando para os termos previstos em editais, razão pela qual o excesso de formalismo na apreciação de seus laudos/exames/pareceres finda por não se coadunar com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que devem reger a atuação da Administração Pública”.

Vejamos a jurisprudência deste Tribunal:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE PROFESSOR SUBSTITUTO NA ÁREA DE ARTES - DRAMATURGIA. NÍVEL SUPERIOR. CANDIDATO COM MESTRADO EM ARTES. FORMAÇÃO SUPERIOR À EXIGIDA NO EDITAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA PELA INTEMPESTIVIDADE. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará - IFCE em face de sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal do Ceará, em que Thales José Sousa Luz impetrou mandado de segurança objetivando provimento liminar para que o Reitor do IFCE, Sr. Virgílio Augusto, promovesse sua imediata contratação para a vaga de Professor Substituto junto ao IFCE, na área de Artes - Dramaturgia, conforme o Edital nº 01/CAMPUS-FORTALEZA/2017. No mérito, pugnou pela concessão da segurança em definitivo. O impetrante informou que foi

aprovado em 1º lugar no Processo Seletivo Simplificado para Contratação de Professores Substitutos, todavia não foi contratado por não cumprir o requisito exigido no supramencionado edital, subitem 11.3: habilitação em Bacharelado em Artes Cênicas, Licenciatura em Artes Cênicas, Licenciatura em Teatro e Bacharelado em Teatro. Aduz ainda que a Banca Examinadora não acolheu o fato de ser detentor de título de Mestrado em Artes, entendendo ser este certificado incompatível com a vaga disponibilizada. O autor alegou que ingressou com Recurso Administrativo, mas este foi indeferido. Por sua vez, a autoridade impetrada, em sua defesa, comunicou que o candidato não atendeu exigência determinada no Edital do concurso, frisando que o Diploma do Curso de Bacharelado em Comunicação Social apresentado pelo impetrante estaria em desacordo com as habilitações requeridas. Ademais, observou também que a valoração do título de Mestre na prova de títulos não representou qualquer reconhecimento por parte da Banca de que o referido documento comprovasse a habilitação exigida para a vaga, ressaltando que o ato de inscrição do candidato no certame significa a adesão às regras editalícias.

2. Inicialmente, observa-se que o IFCE tem natureza jurídica de autarquia federal, conforme consulta realizada no Ministério da Educação. Em função disso, aplicam-se ao IFCE as mesmas prerrogativas de prazo em dobro extensivas à Fazenda Pública, segundo disposto no art. 183, 1º, do CPC/15.

3. Verifica-se que houve a efetiva intimação do IFCE por meio eletrônico, segundo certidão. Considerando que a autarquia foi intimada durante o período do recesso forense estabelecido no *caput* do art. 220 do CPC, o prazo para interposição de recurso iniciou-se em 23/01/18 e terminou em 12/03/18.

4. Todavia, observa-se que o IFCE protocolou o recurso de apelação em 16/03/2018, configurando-se a intempestividade da peça recursal, uma vez que ultrapassou o prazo definido no art. 1.003, parágrafo 5º, do CPC. Ademais, ressalta-se ser ônus do recorrente a comprovação de feriado local no ato de interposição do recurso, segundo o disposto no art. 1.003, parágrafo 6º, do CPC.

5. O cerne da questão reside em saber se o título de Mestre em Artes do impetrante assegura a sua habilitação para o

cargo de Professor Substituto, área de Artes - Dramaturgia.

6. O princípio da vinculação ao edital obriga tanto a Administração quanto os candidatos do certame, estabelecendo as regras que devem ser seguidas pelas partes, contudo a aplicação deste princípio não se reveste de caráter de norma absoluta, devendo-se observar também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no julgamento do caso concreto.

7. Ressalta-se que a atuação do Poder Judiciário na demanda em questão não representa uma violação ao Princípio da Separação de Poderes, visto que se limita à observância dos critérios de legalidade e razoabilidade que devem reger o certame e suas etapas.

8. Verifica-se que a conduta da Administração carece de razoabilidade. O impetrante logrou comprovar através do título de Mestrado em Artes, expedido pela Universidade Federal do Ceará, que possui formação acima do exigido pelo Edital. Além disso, também merece destaque o fato dele já ter experiência prática no ofício, segundo certificados e Cartão de Registro Profissional emitido pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social acostados nos autos. Assim, o particular provou ter qualificação mais do que suficiente para o exercício do cargo, sendo desarrazoado o excessivo apego à formalidade por parte da Administração.

9. Conforme ressaltado na sentença, “A atuação da Administração deve estar pautada nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência, voltando-se para o fim colimado, que é a satisfação do interesse público, de forma que não poderia a autoridade administrativa deixar de reconhecer a titulação de Mestre em Artes do impetrante, bem como o seu efetivo exercício profissional como Artista, o que comprova o seu conhecimento científico superior a respeito da dramaturgia, subárea ao qual se submeteu ao certame e obteve a aprovação em 1º lugar, somente por estar em desacordo com a forma específica prevista no edital, que exige para a contratação do profissional apenas o Bacharelado e ou Licenciatura em Artes Cênicas, quando, na verdade, todos os documentos apresentados demonstram de forma inequívoca que sua formação científica na Área de Artes, em especial na Subárea de Dramaturgia, é superior à prevista no Edital”.

10. No mesmo sentido, a posição do MPF em parecer: “Diante disso, não seria razoável à Administração efetuar interpretação restritiva da qualificação prevista, de modo a excluir o impetrante, posto que estaria, com isso, indo paradoxalmente de encontro ao interesse público, excluindo do certame candidato com formação educacional inegavelmente superior – além de continente em relação à exigida no Edital do certame. Negar-se-ia, dessa feita, à própria Instituição, a contratação mais vantajosa aos seus fins, em prol de não mais do que burocrática e desarrazoada vinculação ao instrumento convocatório. Precedentes.

11. Apelação não conhecida e remessa oficial desprovida. (TRF5 - Processo 08099905720174058100 - APELREEX - Primeira Turma - Relator Desembargador Federal Leonardo Resende Martins - Data do Julgamento: 19/12/2018)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. CANDIDATO CONSIDERADO INAPTO NA AVALIAÇÃO MÉDICA. DOENÇA CONGÊNITA. CATARATA. LAUDO PERICIAL. MOLÉSTIA QUE NÃO INCAPACITA O CANDIDATO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO. RAZOABILIDADE. IMPROVIMENTO.

1. Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO contra a sentença que julgou procedente o pedido para declarar a nulidade do ato administrativo que eliminou o demandante do concurso público para o cargo de Agente Penitenciário - Área 1.

2. No presente caso, o autor exerce o cargo de soldado da polícia militar desde 07/07/2008 e prestou o concurso público para provimento do cargo de agente penitenciário, cujo edital prevê que, em relação aos olhos e à visão, as doenças congênitas e adquiridas, incluindo desvios dos eixos visuais (estrabismo superior a 10 dioptrias prismáticas), são condições clínicas que incapacitam o candidato no concurso público, bem como para a posse do cargo. Com base em tal previsão, ele foi considerado inapto na avaliação médica, por ser possuidor de “catarata polar posterior em ambos os olhos”.

3. Os laudos subscritos por médicos particulares apontam que o demandante tem visão normal e que a catarata polar posterior é condição congênita, não evolutiva e não impede o demandante de exercer suas atividades

atuais de policial militar e nem a de agente penitenciário pretendida (Id. 4058300.1677962, pg. 1 e Id. 4058300.1677985, pg. 4). Além disso, a perícia judicial concluiu que a moléstia do autor “não o incapacita para exercer sua função de Policial Militar nem de Agente Penitenciário” e que “no momento não apresenta indicação para tratamento. Caso venha surgir evolução com a senilidade, o prognóstico é favorável”. (Id. 4058300.2878657).

4. Diante desse contexto, mostra-se acertado o fundamento da sentença no sentido de que “A previsão genérica no edital de uma doença ocular congênita não deve, por si só, prevalecer diante da situação atual de saúde do autor, que aponta a aptidão para o exercício do cargo pretendido, sob pena de se macular os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e do amplo acesso aos cargos públicos”.

5. Tal conclusão não acarreta qualquer desrespeito aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da separação dos poderes, na medida em que apenas se estão analisando as normas editalícias de acordo com os princípios regentes da matéria. De igual modo, não se cogita de violação à isonomia, tendo em vista que não se impediu que outros candidatos, em igual situação à do apelado, participassem do certame e buscassem a via jurisdicional na defesa de seus direitos.

6. Apelação improvida. Majoração dos honorários advocatícios de 10% para 11% sobre o valor atualizado da causa, conforme previsão do art. 85, parágrafo 11, do CPC.

(TRF5 - Processo 08007531520164058300 - AC - Terceira Turma - Relator Desembargador Federal Fernando Braga - Data do Julgamento: 09/10/2017)

Assim, nego provimento à apelação. Honorários advocatícios, fixados na sentença, majorados em 20%, *ex vi* do disposto no § 11 do art. 85 do CPC (honorários recursais), observando-se, entretanto, a suspensão da exigibilidade nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 0802447-82.2019.4.05.0000-PB (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE
Impetrante: GLAUCO PEDROGAN MENDONÇA
Impetrado: JUÍZO DA 14ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DA PARAÍBA
Paciente: JOSÉ DE MEDEIROS BATISTA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. ILEGALIDADE. ABUSO DE PODER.

- IMINÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL. A liberdade de locomoção no espectro constitucional compreende elenco mais preciso e abrangente. Absorve e recepciona a vaga construção do Código de Processo Penal.

- AMEAÇA. Ameaça sobre ser garantia e proteção não é espaço indistinto, provém de ilegalidade ou abuso de poder. A abstração anterior da ideia de ir e vir não suprime a causa jurídica dos limites ao exercício do direito subjetivo de locomoção. A ameaça concreta, atual ou iminente, sobre ser temporal, advém de ilegalidade ou abuso de poder. “Sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (Constituição Federal). “Sempre que alguém sofre ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir” (Código de Processo Penal).

- DICÇÃO CONSTITUCIONAL. LEGALIDADE. Extrai-se na dicção constitucional de que toda coação ou abuso de poder, não se conformando ao controle da legalidade, dá ensejo ao habeas corpus ou aos recursos legais. O que está fora dela, ameaçando-a ou violando-a. No habeas corpus abrange-se o que a lei não prevê expressamente

e o que a Constituição protege. Na legalidade, a previsão infraconstitucional.

- Habeas corpus visando à extensão ao paciente dos efeitos da ordem de habeas corpus concedida a outro investigado, que se encontrava preso preventivamente.

- A decisão que manteve a prisão preventiva do paciente apresenta-se adequadamente fundamentada na garantia da ordem pública e da ordem econômica (artigo 312 do Código de Processo Penal), em face de indícios de participação do paciente em atividades criminosas.

- Inviabilidade de extensão da ordem de habeas corpus concedida a outro preso, uma vez que se trata de fundamentos pessoais que não se comunicam, entre os quais o fato de a participação deste último nos eventos apontados criminosos se relacionar com sua atividade profissional, não se aplicando, portanto, o disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que “a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros”.

- Os elementos indiciários autorizam a manutenção da segregação cautelar, razão pela qual não se vislumbra a ocorrência de constrangimento ilegal, agregando-se o parecer da douta Procuradoria Regional da República, no sentido de que “impende salientar, aprioristicamente, que a legalidade da prisão preventiva do paciente foi reconhecida por essa Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região no julgamento HC nº 0816550-31.2018.4.05.0000, ocasião em que foram reputadas idôneas as justificativas apresentadas pelo Juízo a quo para decretar a segregação cautelar (...), assim como constatada a inviabilidade, diante das peculiaridades do caso concreto, da substituição da prisão preventiva pelas medidas previstas no art. 319 do CPP”.

- Denegação da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em denegar a ordem, nos termos do relatório e do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, integrantes do presente julgado.

Recife, 9 de maio de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE:

Trata-se de ***habeas corpus*** impetrado em favor de **José de Medeiros Batista**, visando à extensão ao paciente dos efeitos da ordem de *habeas corpus* concedida a Sérgio Pessoa Araújo nos autos do *Habeas Corpus* nº 0817669-27.2018.4.05.0000.

Alega, em resumo:

JOSÉ DE MEDEIROS BATISTA - CAETANO, brasileiro, empresário, CPF nº 031794334-00, residente na Rua Elias Asfora, nº 703, Maternidade, Patos, PB, atualmente recolhido na Penitenciária de Segurança Máxima Procurador Dr. Romero Nóbrega, na cidade de Patos/PB, por seu advogado *in fine* assinado, constituído nos termos do instrumento procuratório acostado aos autos, com escritório profissional localizado abaixo, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, apresentar **PEDIDO DE EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO**, o que faz pelos seguintes fatos e fundamentos:

I - DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE REQUERER A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO:

De forma preliminar, é importante pontuar que os Tribunais Superiores admitem a apresentação de pedido de extensão dos efeitos da decisão como a que ora se requer nos mesmos autos em que ela fora deferida, conforme o acórdão abaixo: (...)

Desta feita, é a presente petição intercorrente para requerer a **extensão dos efeitos da decisão que concedeu a ordem de *habeas corpus* ao senhor SÉRGIO PESSOA ARAÚJO**, também ao Peticionário, na melhor forma de DIREITO.

II - DO PEDIDO DE EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO *HABEAS CORPUS* N° 0817669-27.2018.4.05.0000 AO CORRÉU JOSÉ DE MEDEIROS BATISTA:

Douto Desembargador Federal, vem aqui o **peticionário, primário, sem registro de antecedentes** (certidões negativas anexas), **possuidor de residência fixa e ocupação lícita (empresário do ramo de perfuração de poços artesianos)**, o qual foi **preso preventivamente em 22 de novembro de 2018** por força de um mandado de **prisão preventiva** expedido pelo Magistrado da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, no âmbito da denominada “**Operação Recidiva**”, sob **suspeita de participação em uma suposta organização criminosa voltada a fraudes à licitação em municípios paraibanos** (decisão judicial anexa).

Dias após sua prisão, fora deflagrada uma segunda fase desta Operação, sendo preso, dentre outras pessoas, o senhor **SÉRGIO PESSOA ARAÚJO**, que, irrisignado com sua constrição cautelar, impetrou, em 7 de janeiro de 2018, a **ordem de *Habeas Corpus*** de número 0817669-27.2018.4.05.0000 perante este egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Ocorre que, após ter seu pedido liminar negado, em 1º de março de 2019, o *writ* interposto foi julgado por esta e. Corte, tendo sua **ordem concedida**, culminando na brilhante Ementa: (...)

Com efeito, é oportuno frisar que tanto o **peticionário, quanto SÉRGIO PESSOA ARAÚJO encontram-se em situação pessoal e processual idênticas, sendo ambos primários, com bons antecedentes, residentes no distrito da culpa e ostentando 1 ocupação lícita**, além do fato de serem **corréus no mesmo processo**, inclusive com as mesmas imputações. Garantindo, desta forma, a efetiva equidade processual

– conforme o seguinte precedente (HC 101.118 - MS, 2.^aT., rel. Celso de Mello, 22/06/2010, v.u.).

Outrossim, salienta-se que da mesma forma que os demais corréus DENIS RICARDO GUEDES FILHO, no HC n° 081780-04.2018.4.05.0000, e agora, SÉRGIO DE PESSOA DE ARAÚJO, **não demonstram risco de atrapalhar ou embaraçar a instrução criminal em curso**. O peticionário se compromete a se afastar de todos e quaisquer envolvidos nesta ou em outras operações, bem como não participar de qualquer obra ou contratação junto a órgãos públicos.

Ademais, resta incontroverso o **manifesto constrangimento ilegal** sofrido pelo peticionário ante a cautelaridade imposta pelo magistrado *a quo* no atual momento processual. Verifica-se que aquele já foi citado e apresentou sua resposta à acusação, estando os autos na fase do artigo 397 do Código de Processo Penal, ou seja, sua liberdade neste momento não gerará qualquer óbice ou embaraço ao processo, podendo este, inclusive, transcorrer sem sua presença – o que – deixamos claro, não ocorrerá. (...)

III - DOS PEDIDOS:

Ante o exposto, à luz do que dispõe o art. 580 do Código de Processo Penal, é a presente petição para requerer que Vossa Excelência conceda a **extensão dos efeitos da Ordem de Habeas Corpus n° 0817669-27.2018.4.05.0000** concedida a SÉRGIO PESSOA ARAÚJO ao Peticionário JOSÉ DE MEDEIROS BATISTA, tendo em vista que ambos encontram-se inseridos objetivamente e subjetivamente nos mesmos contextos fático-processual, inclusive, com as mesmas imputações.

O Exmo. Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho proferiu decisão determinando a redistribuição do *habeas corpus* à minha relatoria, *verbis*:

Vistos etc.,

Observo que o peticionamento formulado neste *habeas corpus*, volta-se, exclusivamente, a garantir ao paciente JOSÉ DE MEDEIROS BATISTA a extensão dos efeitos

do acórdão proferido nos autos do *Habeas Corpus* nº 0817669-27.2018.4.05.0000, julgado em Sessão de 28.02.19, em que, por maioria, vencido este Relator, foi concedida a ordem em prol do paciente SÉRGIO PESSOA ARAÚJO, razão pela qual deverá – este feito – ser destinado à apreciação do Exmº Sr. Desembargador Federal a quem coube, efetivamente, a lavratura do mencionado acórdão.

Isto posto, nos termos do art. 61, § 7º, do Regimento Interno deste Regional, determino a redistribuição do presente *writ* ao Des. Federal Alexandre Luna Freire, competente para o processamento em causa.

À Turma.

A autoridade prestou as **informações**, nos seguintes termos:

No HC nº 0802447-82.2019.4.05.0000, o impetrante alega, em síntese, manifesto constrangimento ilegal sofrido pelo paciente no atual momento processual, pelos seguintes motivos:

I - O paciente já foi citado e apresentou resposta à acusação, estando os autos na fase do art. 397 do Código de Processo Penal; e

II - Sua liberdade neste momento não gerará qualquer óbice ou embaraço ao processo.

Em relação ao processo de origem, nº 0805794-83.2018.4.05.8205, merecem ser tecidas as seguintes considerações:

I - Trata-se de PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA/ TEMPORÁRIA formulado pelo Ministério Público Federal - MPF, ao encampar representação da Polícia Federal no âmbito do IPL 87/2018 e do PIC 1.24.003.000121/2016-18, de prisão preventiva de vários investigados, bem como na prisão temporária de JOSÉ DE MEDEIROS BATISTA (vulgo “CAETANO”) e outros.

II - As prisões foram deferidas por garantia da ordem pública e da ordem econômica (Id. 4058205.3039563);

III - A operação “RECIDIVA” foi deflagrada na manhã do dia 22 de novembro de 2018, resultando em várias prisões preventivas e temporárias, inclusive na de JOSÉ DE MEDEIROS BATISTA, ora paciente.

IV - As audiências de custódia foram realizadas em 22/11/2018, às 15h00min, na sede deste Juízo da 14ª Vara Federal em Patos.

V - Os pedidos de revogação das prisões preventivas e temporárias formulados em audiência foram indeferidos e os presos encaminhados ao Presídio Regional de Patos;

VI - A Polícia Federal (Id. 4058205.3085207) e o Ministério Público Federal (Id. 4058205.3085299) se manifestaram pela prorrogação das prisões temporárias, o que foi deferido por este magistrado, conforme decisão de Id. 4058205.3086731.

VII - O Ministério Público Federal (Id. 4058205.3104266) e a Polícia Federal (Id. 4058205.3108731) requereram a decretação da PRISÃO PREVENTIVA, como forma de garantia da ordem pública e da ordem econômica de MADSON FERNANDES LUSTOSA, EDNALDO DE MEDEIROS NUNES e JOSÉ DE MEDEIROS BATISTA; e

VIII - Os pedidos de prisões preventivas foram deferidos (Id. 4058205.3109866) por garantia da ordem pública e da ordem econômica.

Quanto à alegação de constrangimento ilegal, esta não procede, visto que, conforme demonstrado, a prisão preventiva foi determinada por garantia da ordem pública e da ordem econômica, atendidos os requisitos do art. 312 do CPP.

Quanto às demais alegações, salvo melhor juízo, foram devidamente refutadas, conforme as próprias razões da decisão acima mencionada.

Ante o exposto, salvo melhor juízo deste egrégio Tribunal, não houve qualquer ilegalidade ou abuso de poder por parte deste magistrado.

São essas as informações que tenho a prestar a Vossa Excelência.

Aproveito a oportunidade para apresentar a Vossa Excelência protestos de elevada consideração e apreço.

CLAUDIO GIRÃO BARRETO
Juiz Federal Titular da 14ª Vara/SJPB.

A Procuradoria Regional da República ofertou **parecer** pela **denegação da ordem**:

Trata-se do *habeas corpus* (Identificador 4050000.14594167) impetrado pelo eminente Advogado **Glauco Pedragon Mendonça**, em favor do paciente, Sr. **José de Medeiros Batista (“Caetano”)**, visando à extensão dos efeitos da decisão proferida no ***Habeas Corpus* nº 0817669-27.2018.4.05.0000**.

Alega o impetrante que o paciente, preso preventivamente desde **22.11.2018**, no âmbito da Operação “Recidiva”, encontra-se em situação pessoal e processual idêntica ao do Sr. **Sérgio Pessoa Araújo**, cuja segregação cautelar foi substituída por medidas cautelares diversas nos autos do **HC nº 0817669-27.2018.4.05.0000**, sendo ambos primários, com bons antecedentes, residentes no distrito da culpa e com ocupação lícita, além do fato de serem corréus no mesmo processo, inclusive com as mesmas imputações.

Salienta que, da mesma forma que os demais corréus, Srs. **Denis Ricardo Guedes Filho** (ref. **HC nº 081780-04.2018.4.05.0000**) e **Sérgio Pessoa Araújo**, não demonstram risco de atrapalhar ou embaraçar a instrução criminal em curso, o paciente se compromete a se afastar de todos e quaisquer envolvidos nesta ou em outras operações, bem como não participar de qualquer obra ou contratação junto a órgãos públicos.

Sustenta que a manutenção da prisão do paciente neste momento processual configura manifesto constrangimento ilegal, considerando que aquele já foi citado e apresentou sua resposta à acusação, encontrando-se os autos na fase do artigo 397 do CPP, de tal sorte que a sua liberdade nesta ocasião não gerará qualquer óbice ou embaraço ao processo.

Requer, ao final, seja concedida a extensão dos efeitos do ***Habeas Corpus* nº 0817669-27.2018.4.05.0000**, concedida a **Sérgio Pessoa Araújo**, ao paciente, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

Foram requisitadas as Informações do Juízo impetrado (Despacho – Id. 4050000.14666662), após o que vista ao **Parquet Federal**.

Prestadas as informações (Identificador 4058205.3454044), a autoridade impetrada assevera que em relação ao feito de origem (**Processo nº 0805794-83.2018.4.05.8205**), merecem ser tecidas as seguintes considerações:

I - Trata-se de **PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA/ TEMPORÁRIA** formulado pelo Ministério Público Federal - MPF, ao encampar representação da Polícia Federal no âmbito do IPL 87/2018 e do PIC 1.24.003.000121/2016-18, de prisão preventiva de vários investigados, bem como na **prisão temporária** de **JOSÉ DE MEDEIROS BATISTA** (vulgo “**CAETANO**”) e outros;

II - As prisões foram deferidas por garantia da ordem pública e da ordem econômica (Id. 4058205.3039563);

III - A operação “**RECIDIVA**” foi deflagrada na manhã do dia 22 de novembro de 2018, resultando em várias prisões preventivas e temporárias, inclusive na de **JOSÉ DE MEDEIROS BATISTA**, ora paciente;

IV - As audiências de custódia foram realizadas em 22/11/2018, às 15h00min, na sede deste Juízo da 14ª Vara Federal em Patos;

V - Os pedidos de revogação das prisões preventivas e temporárias formulados em audiência foram indeferidos e os presos encaminhados ao Presídio Regional de Patos;

VI - A Polícia Federal (Id. 4058205.3085207) e o Ministério Público Federal (Id. 4058205.3085299) se manifestaram pela prorrogação das prisões temporárias, o que foi deferido por este magistrado, conforme decisão de Id. 4058205.3086731;

VII - O Ministério Público Federal (Id. 4058205.3104266) e a Polícia Federal (Id. 4058205.3108731) requereram a decretação da PRISÃO PREVENTIVA, como forma de garantia da ordem pública e da ordem econômica de **MADSON FERNANDES LUSTOSA**, **EDNALDO DE MEDEIROS NUNES** e **JOSÉ DE MEDEIROS BATISTA**; e

VIII - Os pedidos de prisões preventivas foram deferidos (Id. 4058205.3109866) por garantia da ordem pública e da ordem econômica. (Grifos no original)

Acrescenta que não procede a alegação de constrangimento ilegal, porquanto a prisão preventiva foi determinada para garantia da ordem pública e da ordem econômica, atendidos

os requisitos do art. 312 do CPP, sendo certo que, quanto às demais alegações, foram devidamente refutadas de acordo com as próprias razões da decisão acima mencionada.

Vindo os autos a esta Procuradoria Regional da República.

PASSA-SE A OPINAR.

2. DO MÉRITO:

É o caso de se averiguar se deve ser concedida a extensão dos efeitos da decisão proferida no ***Habeas Corpus* nº 0817669-27.2018.4.05.0000** em favor do paciente, Sr. **José de Medeiros Batista** (“Caetano”), com esteio no art. 580 do Código de Processo Penal.

Impende salientar, aprioristicamente, que a **legalidade** da prisão preventiva do paciente foi reconhecida por essa Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento **HC nº 0816550-31.2018.4.05.0000**, ocasião em que foram reputadas **idôneas as justificativas** apresentadas pelo Juízo *a quo* para decretar a segregação cautelar do Sr. **José de Medeiros Batista**, assim como constatada a inviabilidade, diante das peculiaridades do caso concreto, da substituição da prisão preventiva pelas medidas previstas no art. 319 do CPP.

Ressalte-se que o mesmo paciente impetrou um **segundo Habeas Corpus** (**HC nº 0801055-10.2019.4.05.0000**), sendo certo que, como a legalidade de sua prisão já havia sido reconhecida na primeira impetração, foi conhecido, em sede de liminar, apenas o pedido alternativo de extensão dos efeitos da decisão de soltura, emanada do julgamento do **HC nº 0817580-04.2018.4.05.0000**, no qual, **por maioria**, a ordem foi concedida para determinar que a prisão preventiva imposta ao Sr. **Denis Ricardo Guedes Filho** fosse substituída por outras medidas cautelares, a serem definidas pelo magistrado *a quo*.

É certo, ainda, que este Órgão ministerial ofertou Parecer nos autos do aludido ***Habeas Corpus*** (**Processo nº 0801055-10.2019.4.05.0000**), se posicionando contrário ao pedido de extensão.

Com a devida vênia ao impetrante, o pedido formulado neste *writ*, de mesma natureza, deve ser igualmente **indeferido**.

Tal pleito consiste, como relatado anteriormente, na extensão dos efeitos do julgamento proferido no **Habeas Corpus nº 0817669-27.2018.4.05.0000**, cuja ordem foi concedida, **por maioria**, para substituir a prisão preventiva do Sr. **Sérgio Pessoa Araújo** por medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Cumpra salientar que o chamado efeito extensivo dos recursos (art. 580 do Código de Processo Penal), embora aplicável aos pedidos de *habeas corpus*, não é automático, demandando para o seu deferimento a **identidade da situação processual** dos réus e que **não sejam os motivos de caráter pessoal**.

Com o fito de analisar tais aspectos, é de se salientar que a investigação em foco, a qual resultou inclusive no oferecimento de denúncia pelo **Ministério Público Federal** (Id. 4050000.14594179), apontou para a existência de uma complexa Organização Criminosa operacionalizada pelos Srs. **Madson Fernandes Lustosa, Marconi Edson Lustosa Félix** (“Duda”), **Charles Willames Marques de Moraes e Dineudes Possidônio de Melo**, a qual contou com o auxílio de diversos outros agentes e cujo objetivo é a fraude reiterada de licitações públicas em diversos Municípios nos Estados da Paraíba, Ceará, Pernambuco, Alagoas e Rio Grande do Norte, resultando no desvio de recursos públicos, lavagem de dinheiro e fraudes fiscais.

Quanto ao envolvimento do paciente, Sr. **José de Medeiros Batista** (“Caetano”), este foi um dos responsáveis por fraudar licitações públicas através da falsificação de documentos de acervo técnico da empresa **EMN Construções e Locações Ltda.** (“**Esquema EMN**”), possibilitando a habilitação técnica desta em certames envolvendo **vultosas quantias** (**Concorrência nº 01/2018** do Município de Brejo do Cruz/PB, **Concorrência Pública nº 001/2018** da Prefeitura de Emas/PB e **Tomada de Preços nº 02/2018** do Município de Gado Bravo/PB).

De acordo com a denúncia oferecida pelo **Parquet Federal** com ofício no Juízo *a quo* “() o *modus operandi* desta organização criminosa é mais sutil, ao falsificar documentos de engenharia (**valendo-se da expertise de Sérgio Pessoa**) para dar à empresa EMN pujança técnica para disputar licitações milionárias, que fariam seus agentes

ricos em pouco tempo. **Os documentos de engenharia eram falsificados, apresentados como verdadeiros ao CREA e posteriormente incorporados aos documentos de habilitação técnica da empresa EMN em licitações milionárias**". (Identificador 4050000.14594179)

Ainda nos termos da inicial acusatória, os corréus Srs. **Madson Fernandes Lustosa, Ednaldo de Medeiros Nunes e José de Medeiros Batista**, sabendo que a empresa **EMN Construções e Locações Ltda.** não possuía qualificação técnica para realizar obras de açudes desta natureza, buscaram forjar, com o auxílio dos engenheiros, também denunciados, Srs. **Sérgio Pessoa Araújo, Denis Ricardo Guedes Filho e Eron Meira de Vasconcelos**, documentos relacionados a atestados e anotações de responsabilidade técnica junto ao **CREA** para o fim de conseguir habilitação técnica nos procedimentos licitatórios.

Não obstante o impetrante tenha deixado de trazer aos autos a decisão que decretou a prisão preventiva em desfavor do Sr. **Sérgio Pessoa Araújo**, revela-se patente que sua conduta **difere** daquela praticada pelo paciente, Sr. **José de Medeiros Batista ("Caetano")**.

De acordo com o *decisum* que decretou a segregação preventiva do Sr. **José de Medeiros Batista ("Caetano")** (Id. 4050000.14594169), o paciente em tela, juntamente com o Sr. **Ednaldo de Medeiros Nunes ("Naldinho")**, prestaram auxílio à Organização Criminosa valendo-se das empresas **Sondar Perfurações e Serviços** (pertencente a **"Caetano"**) e **EMN Construções e Locações Ltda.** (pertencente a **"Naldinho"**), sob a ingerência do Sr. **Madson Fernandes Lustosa**.

Observa-se, por outro lado, que a participação Sr. **Sérgio Pessoa Araújo** na empreitada está diretamente ligada à sua condição de engenheiro, tendo a organização criminosa se valido da sua expertise para falsificar documentos de engenharia, bem como utilizá-los, garantindo, com sua atuação, as fraudes licitatórias.

A esse respeito, imperioso trazer-se à colação citação contida no voto (vencido) do eminente Desembargador Federal **Élio Siqueira Filho** nos autos do **HC nº 0817669-27.2018.4.05.0000**, extraída da decisão proferida pelo magistrado *a quo, verbis*:

Como visto, **SÉRGIO PESSOA consta na CAT falsificada como engenheiro responsável pela execução do açude da Fazenda Soares.** Em conversa interceptada (Índice 11888637 – acima transcrita), ele e Naldinho discutem a respeito da questão e **SÉRGIO PESSOA reconhece que foram atestados serviços não executados para que a EMN obtivesse o acervo necessário à participação em licitações públicas. O requerido, em determinado momento, menciona, inclusive, a possibilidade de parar a apuração no âmbito do CREA (“vamos trabalhar aqui no CREA para parar esse negócio”). No *whatsapp*, orienta Naldinho a executar a obra para encobrir os rastros da ilegalidade perpetrada** (Id. 4058205.3110016, p. 25/31). (Destacou-se)

Oportuno, ainda, atentar-se para as considerações do Eminentíssimo Desembargador Federal **Roberto Machado**, também nos autos do **HC nº 0817669-27.2018.4.05.0000**, constantes das notas taquigráficas juntadas no aludido processo, *verbatim*:

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO: Egrégia Turma, eu havia acompanhado o Desembargador Élio Wanderley de Siqueira Filho, mas após as ponderações da defesa e do voto do Desembargador Alexandre Luna Freire, também verifico que **o réu expedia atestados técnicos tidos por gratuitos.** E tanto que a denúncia já foi oferecida como tal, tendo esse tipo de participação nos delitos. A impressão que eu tenho é de que depois de já oferecida a denúncia – e o advogado garante que foi ele que depois tentou fazer as retificações devidas – talvez não haja mais perigo dessa reiteração criminosa. Eu concordo com o Desembargador Alexandre.

Acho que a melhor maneira, nesse caso, seríamos permitir a substituição por medidas cautelares, uma das quais que ele não se comunique com os demais réus. É uma maneira, penso eu, de se neutralizar qualquer perigo de que ele, como se trata de uma organização criminosa complexa que envolve vários municípios, continue tentando reiterar criminosamente; mas não esse dito acusado, porque **era usado para expedir**

atestados. Duvido que ele queira expedir mais atestados em uma altura dessas. De forma que concordo, sim, propondo que não só seja substituído por medidas cautelares, mas que sejam fixadas pelo juiz dentre as quais que ele não se comunique com os demais membros dessa possível organização criminosa, e que também não se inclua dentre essas medidas cautelares a fiança. Toda vez que delegamos ao juiz, ele inclui, além de outras medidas cautelares, uma fiança, que, muitas vezes é altíssima. (Destacou-se)

Como se pode perceber, resta evidente que a participação Sr. **Sérgio Pessoa Araújo** está diretamente ligada ao **exercício de sua atividade profissional de Engenheiro**, não sendo possível, por razões óbvias, *data venia*, aproveitar tal circunstância ao paciente, Sr. **José de Medeiros Batista** (“Caetano”).

Nesse contexto, não sendo a hipótese de situações fáticas/processuais idênticas, porquanto se trata de réus/pacientes cujas **condutas foram distintas**, não há como ser deferido o pedido de efeito extensivo e/ou tratamento análogo, em prestígio, inclusive, ao princípio constitucional de **individualização das condutas**.

Por oportuno, cumpre atentar-se para as seguintes ementas de julgados, aplicáveis *in casu mutatis mutandis*: (...)

Oportuno salientar, ademais, que a **impossibilidade de substituição da prisão preventiva do paciente** por medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP já foi objeto de apreciação por essa egrégia Primeira Turma por ocasião do julgamento do **HC nº 0816550-31.2018.4.05.0000**, senão veja-se:

Também não se pode desprezar, dadas as **peculiaridades do caso concreto, a inviabilidade da substituição da prisão preventiva pelas medidas insertas no art. 319 do CPP**, visto que os crimes objeto da investigação possuem pena máxima – em abstrato – de reclusão muito superior a 4 (quatro) anos de reclusão, consistindo, pois, em mais um critério autorizador e concorrente à justificação da prisão, nos termos, inclusive, do art. 313, inciso I, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, impondo-se, assim, manter a

segregação objeto da presente insurgência impetrante, não ensejando a adoção de medidas substitutivas ao encarceramento (arts. 282 e 319 do CPP). Frise-se, ainda, que **apenas condições pessoais favoráveis do paciente, tais como endereço fixo, bons antecedentes etc., não implicam, tomados por si sós, revogação automática do decreto prisional quando, como *in casu*, persistem os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva à manutenção da segregação.**

Com efeito, não foi apresentado, nesta oportunidade, qualquer **elemento novo** idôneo a desconstituir a conclusão supracitada, *data venia*.

Por fim, qualquer outra análise mais aprofundada acerca das razões despendidas pelo impetrante acarretará, inevitavelmente, concessa *venia*, **exame aprofundado de provas**, o que, além de ser reservado à instrução processual criminal, é vedado na via estreita do *habeas corpus*.

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que “**A análise acerca da negativa de autoria é questão que não pode ser dirimida em sede de *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal, vedado na via sumária eleita (...)**”, sendo de se ressaltar que o processo criminal já **regularmente instaurado** é a oportunidade apropriada para o paciente expor suas teses, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, ainda, traz-se à colação mais uma ementa de julgado do colendo STJ, *verbis*: (...)

Depreende-se de todo o exposto que **permanecem presentes**, neste momento, os elementos autorizadores para a manutenção da prisão preventiva do paciente, justificando-se a necessidade da adoção de tal medida, como, *in casu*, através dos requisitos disciplinadores contidos no art. 312 do diploma penal adjetivo, *data venia*, não havendo que se falar em violação do direito de liberdade de locomoção do paciente, **tampouco em constrangimento ilegal**.

Do mesmo modo, demonstrado está que não deve ser acatado o pedido do impetrante, no que concerne à extensão dos efeitos do julgamento proferido no **Habeas Corpus nº 0817669-27.2018.4.05.0000**, por se encontrar o paciente, como visto, em **situação fática/processual distinta** do corrêu que foi beneficiado no aludido *writ*, devendo-se, pois, manter-se a prisão preventiva do Sr. **José de Medeiros Batista (“Caetano”)**.

EM FACE DO EXPOSTO, opina o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, através da representante infra-assinada, pela denegação da ordem, mantendo-se a custódia preventiva do paciente.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Recife, 20 de março de 2019.

Isabel Guimarães da Camara Lima

Procuradora Regional da República PRR - 5ª Região

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE (Relator):

Colhe-se que a decisão que manteve a prisão preventiva do paciente apresenta-se adequadamente fundamentada na **garantia da ordem pública** e da **ordem econômica** (artigo 312 do Código de Processo Penal), em face de indícios de participação do paciente em atividades criminosas.

Quanto à **extensão** da ordem de *habeas corpus* concedida ao outro preso (Sérgio Pessoa Araújo), trata-se de **fundamentos pessoais que não se comunicam**, entre os quais o fato de a participação deste último nos eventos apontados criminosos se relacionar com sua atividade profissional de engenheiro, não se aplicando, portanto, o disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que *“a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros”*.

Desse modo, os elementos indiciários autorizam a manutenção da segregação cautelar, razão pela qual não vislumbro

a ocorrência de constrangimento ilegal, agregando-se o parecer da douta Procuradoria Regional da República no sentido de que “*impende salientar, aprioristicamente, que a **legalidade da prisão preventiva do paciente** foi reconhecida por essa Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento HC nº 0816550-31.2018.4.05.0000, ocasião em que foram reputadas **idôneas as justificativas** apresentadas pelo Juízo a quo para **decretar a segregação cautelar** do Sr. **José de Medeiros Batista**, assim como constatada a inviabilidade, diante das peculiaridades do caso concreto, da substituição da prisão preventiva pelas medidas previstas no art. 319 do CPP”.* (Grifei)

Assim, nada mais há a acrescentar à falta de novos elementos factuais e jurídicos que infirmam a decisão que manteve a prisão preventiva, não sendo a hipótese, por outro lado, de extensão da ordem de *habeas corpus*.

Isto posto, denego a ordem.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0807102-72.2018.4.05.8200-PB (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO
Apelante: CONTROL CONSTRUÇÕES LTDA.
Advs./Procs.: DRS. BÁRBARA TENÓRIO DE ANDRADE OLIVEIRA E OUTRO (APTE.)
Apelada: FAZENDA NACIONAL

EMENTA: CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. HABEAS DATA. ACESSO A DEMONSTRATIVOS DOS REGISTROS MANTIDOS NO SINCOR (SISTEMA DE CONTA CORRENTE DE PESSOA JURÍDICA) E NO CONTACORPJ (SISTEMA CONTA CORRENTE DE PESSOA JURÍDICA) E NOS DEMAIS SISTEMAS INFORMATIZADOS DE APOIO À ARRECADAÇÃO FEDERAL UTILIZADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL.

INTERESSE PROCESSUAL. MATERIALIZAÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. *Apelação interposta pela impetrante, em face de sentença que indeferiu a petição inicial, extinguindo o habeas data, sem resolução do mérito, por falta de interesse processual, considerando o Magistrado a quo que as informações pretendidas pela recorrente poderiam ser colhidas diretamente na internet, através do e-Cac.*

2. *Através do habeas data, a impetrante pretende ter acesso aos “demonstrativos das anotações mantidas no ‘Sistema de Conta Corrente de Pessoa Jurídica - SINCOR’ e ‘Sistema de Conta Corrente de Pessoa Jurídica - CONTACORPJ’, ou ainda em qualquer um dos chamados ‘sistemas informatizados de apoio à arrecadação federal’ já utilizados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, acerca de pagamentos de tributos e contribuições federais pela contribuinte impetrante, indicando eventuais créditos, porventura constantes neste sistema, relativamente ao período de 1999 aos dias atuais”.*

3. *Embora a parte demandada tenha afirmado que as informações pretendidas podem ser obtidas através do e-Cac, a impetrante logrou demonstrar a sua dificuldade na obtenção dos registros, com os prints das telas de resposta trazidas pelo mencionado sistema informatizado. Ademais, decorrido, in albis, o prazo previsto no art. 8º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.507/97, contado do protocolo do pedido administrativo de informações, impõe-se reconhecer o interesse processual.*

4. *De mais a mais, “não se justifica ‘o reconhecimento da ausência de interesse processual, como quer o impetrado, pelo simples fato de serem disponibilizadas as informações por meio*

do Centro de Atendimento ao Contribuinte - CAC, o que, no entanto, dependeria de agendamento prévio'. [...] 'não se afasta a garantia de impetração do *habeas data* em razão da disponibilização, pela entidade de caráter público, de meio mais dificultoso, demorado ou burocrático para o fornecimento de respostas ou informações a requerimentos aos quais a lei dá o prazo de 10 (dez) dias'. [...]” (TRF 5ª Região, Processo nº 0806333-73.2018.4.05.8100, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA, 3ª Turma, julgado em 27/02/ 2019).

5. Esta Primeira Turma vem se posicionando pela concessão da ordem de *habeas data* em situações como a presente: “A sentença concedeu ordem de *habeas data*, determinando à autoridade coatora o fornecimento de dados da conta corrente SINCOR, CONTACORPJ e demais sistemas informatizados disponíveis, pertinentes à impetrante, relativamente ao período entre 1999 e 2013, que ainda não haviam sido fornecidos pela impetrada no curso do processo./O art. 5º, LXXII, a, da CF/88 estabelece que conceder-se-á *habeas data* para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Portanto, o *habeas data* garante o direito de acesso às informações relativas ao interessado, ainda que sejam de uso interno da repartição./Do que se depreende dos autos, e consoante destacado na sentença, restou evidente o decurso do prazo de dez dias sem decisão da autoridade quanto ao pedido da impetrante, ensejando a concessão da ordem pleiteada” (TRF5, Processo nº 08174022120174058300, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO, 1º Turma, julgado em 12/02/2019).

6. Na mesma direção, vêm se posicionando as demais Turmas desta Corte Regional (Processo nº 0800493-44.2016.4.05.8103, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO, 4ª Turma, julgado em 23/11/2018; Processo nº 0800248-71.2018.4.05.8100, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, 3ª Turma, julgado em 31/08/2018; e Processo nº 0809743-42. 2018.4.05.8100, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO CARVALHO, 2ª Turma, julgado em 22/11/2018).

7. “O habeas data é a garantia constitucional adequada para a obtenção, pelo próprio contribuinte, dos dados concernentes ao pagamento de tributos constantes de sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais” (tese fixada pelo STF, no julgamento de RE nº 673.707, sob o rito da repercussão geral).

8. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 30 de maio de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO -
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO:

Trata-se de apelação interposta pela impetrante, em face da sentença que indeferiu a petição inicial, extinguindo o *habeas data* sem resolução do mérito, por falta de interesse processual.

Entendeu o Magistrado *a quo* que as informações almejadas pela postulante já estariam disponíveis no sistema informatizado da Receita Federal na internet (e-Cac).

Em suas razões recursais, a apelante alegou que as informações objeto da impetração não estão disponíveis no e-Cac.

Sustentou que o STF, julgando o RE nº 673.707/MG, sob o rito da repercussão geral, *“delimitou a garantia constitucional do contribuinte a ter acesso dos dados concernentes ao pagamento de tributos constantes de sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais por meio do habeas data”*.

Adicionou que *“os dados constantes nos sistemas informatizados de apoio à arrecadação federal possuem caráter público e não são de uso privativo dos apelados, não sendo óbice ao requerimento em exame o fato de o contribuinte ter acesso a essas informações através de análise de documentos pessoais”*.

Frisou, também, que *“não se pode alegar que a apelante já conhece os dados postulados por meio das declarações entregues (obrigações acessórias). Só a autarquia federal sabe como os dados estão alocados, se houve recolhimento a maior, se houve a prévia compensação com eventuais débitos existentes, se já ocorreu a prescrição do crédito”*.

Invocou o art. 5º, LXXII, da CF/88, a Lei nº 9.507/97 e o art. 11 da Lei nº 12.527/2011.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões recursais, reiterando que as informações pretendidas podem ser extraídas pelo próprio contribuinte, diretamente na internet, segundo instruções passadas pela própria Receita Federal, razão pela qual seria patente a falta de interesse de agir.

Os autos foram encaminhados ao MPF que, contudo, disse não haver interesse público ou social a justificar o seu pronunciamento.

O feito foi incluído em pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela impetrante, em face de sentença que indeferiu a petição inicial, extinguindo o *habeas data* sem resolução do mérito, por falta de interesse processual, considerando, o Magistrado *a quo*, que as informações pretendidas pela recorrente poderiam ser colhidas diretamente na *internet*, através do *e-Cac*.

Pois bem.

Através do *habeas data*, a impetrante pretende ter acesso aos “*demonstrativos das anotações mantidas no ‘Sistema de Corrente de Pessoa Jurídica - SINCOR’ e ‘Sistema de Conta Corrente de Pessoa Jurídica - CONTACORPJ’, ou ainda em qualquer um dos chamados ‘sistemas informatizados de apoio à arrecadação federal’ já utilizados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, acerca de pagamentos de tributos e contribuições federais pela contribuinte impetrante, indicando eventuais créditos, porventura constantes neste sistema, relativamente ao período de 1999 aos dias atuais*”.

Embora a parte demandada tenha afirmado que as informações pretendidas podem ser obtidas através do *e-Cac*, a impetrante logrou demonstrar a sua dificuldade na obtenção dos registros, com os *prints* das telas de resposta trazidas pelo mencionado sistema informatizado. Ademais, decorrido, *in albis*, o prazo previsto no art. 8º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.507/97, contado do protocolo do pedido administrativo de informações, impõe-se reconhecer o interesse processual.

De mais a mais, “*não se justifica ‘o reconhecimento da ausência de interesse processual, como quer o impetrado, pelo simples fato de serem disponibilizadas as informações por meio do Centro de Atendimento ao Contribuinte - CAC, o que, no entanto, dependeria de agendamento prévio’. [...] ‘não se afasta a garantia de impetração do habeas data em razão da disponibilização, pela entidade de caráter público, de meio mais dificultoso, demorado ou burocrático para o fornecimento de respostas ou informações a requerimentos aos quais a lei dá o prazo de 10 (dez) dias’. [...]”*

(TRF 5ª Região, Processo nº 0806333-73.2018.4.05.8100, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA, 3ª Turma, julgado em 27/02/2019).

Esta Primeira Turma vem se posicionando pela concessão da ordem de *habeas data* em situações como a presente: “*A sentença concedeu ordem de habeas data, determinando à autoridade coatora o fornecimento de dados da conta corrente SINCOR, CONTACORPJ e demais sistemas informatizados disponíveis, pertinentes à impetrante, relativamente ao período entre 1999 e 2013, que ainda não haviam sido fornecidos pela impetrada no curso do processo./O art. 5º, LXXII, a, da CF/88 estabelece que conceder-se-á habeas data para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Portanto, o habeas data garante o direito de acesso às informações relativas ao interessado, ainda que sejam de uso interno da repartição./Do que se depreende dos autos, e consoante destacado na sentença, restou evidente o decurso do prazo de dez dias sem decisão da autoridade quanto ao pedido da impetrante, ensejando a concessão da ordem pleiteada*” (TRF 5ª Região, Processo nº 0817402-21.2017.4.05.8300, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO, 1ª Turma, julgado em 12/02/ 2019).

Na mesma direção, vêm se posicionando as demais Turmas desta Corte Regional (Processo nº 0800493-44.2016.4.05.8103, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO, 4ª Turma, julgado em 23/11/2018; Processo nº 0800248-71.2018.4.05.8100, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, 3ª Turma, julgado em 31/08/2018; e Processo nº 0809743-42. 2018.4.05.8100, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO CARVALHO, 2ª Turma, julgado em 22/11/2018).

Finalmente, não se olvide a posição sufragada pelo STF: “O *habeas data* é a *garantia constitucional adequada para a obtenção, pelo próprio contribuinte, dos dados concernentes ao pagamento de tributos constantes de sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes*

estatais” (tese fixada pelo STF, no julgamento de RE nº 673.707, sob o rito da repercussão geral).

Com essas considerações, dou provimento à apelação.

É como voto.

COMPOSIÇÃO DA SEGUNDA TURMA



Desembargador Federal Leonardo Carvalho
Presidente da Segunda Turma
Período: março/2019 a março/2021



Desembargador Federal
Paulo Roberto



Desembargador Federal
Paulo Cordeiro

JURISPRUDÊNCIA DA SEGUNDA TURMA

**APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA Nº 0811647-
16.2017.4.05.8300-PE (PJe)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: PORTO NOVO RECIFE S/A E OUTROS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Terceiro Int.: ESTADO DE PERNAMBUCO
Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO EDUARDO GONÇALVES DE RUEDA E OUTRO (APTES.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO DE EMPREENDIMENTO EM ARMAZÉNS DO RECIFE ANTIGO. ÁREA FORA DO POLÍGONO DE BENS TOMBADOS COMO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL. FISCALIZAÇÃO E INTERVENÇÃO DO IPHAN. DESNECESSIDADE. ILEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO DO RECIFE. NÃO RECONHECIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DA EMPRESA PORTO DO RECIFE S/A. DESCABIMENTO. 1. Caso em que a remessa oficial e as apelações, manejadas pelo Porto Novo Recife S/A, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN e pela Prefeitura do Recife, voltam-se contra a sentença que acolheu os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal, em sede de ação civil pública, para condenar o IPHAN na obrigação de fazer consistente em: 1) analisar tecnicamente, de modo integral, qualquer projeto de construção para edificação na Av. Cais de Santa Rita, no local dos antigos Armazéns 16 e 17, no Bairro de São José, Recife, Pernambuco, apontando as diretrizes, as recomendações, as condicionantes, as proibições e as exigências que forem pertinentes à luz da proteção do patrimônio histórico-cultural; e, por outro lado, 2) determinar ao Município do Recife abster-se de aprovar qualquer projeto construtivo e conceder autorização ou licença de construção, no

que tange à edificação no local em referência, sem que antes haja a aprovação do projeto pelo IPHAN (caso seja passível de aprovação), após a análise técnica integral do projeto construtivo pela referida autarquia, apontando diretrizes, recomendações, condicionantes, proibições e exigências que forem pertinentes à luz da proteção do patrimônio histórico-cultural; e, por consequência, 3) anulou a eventual aprovação do projeto pela Prefeitura de Recife, bem como qualquer autorização ou licença de construção para edificação na área em questão, concedida sem a prévia aprovação do projeto construtivo pelo IPHAN e a demolição, se iniciada a obra sem a observância dessas condicionantes.

2. O Juízo de origem compreendeu, em resumo, que conquanto o projeto de construção em questão esteja situado atualmente fora dos limites definidos como poligonal de entorno dos bens tombados no Bairro de São José, Santo Antônio e Bairro do Recife, o Ministério Público Federal deseja, em verdade, uma tutela inibitória, de caráter eminentemente preventivo, dada a conduta omissiva do IPHAN, ante a possibilidade concreta de os imóveis, onde se situam os aludidos Armazéns 16 e 17, virem a compor o conjunto arquitetônico do Bairro do Recife (haja vista a existência de um estudo pelo IPHAN sobre a revisão do polígono de tombamento e de seu entorno, no Processo nº 01498.002435/2012-59), bem assim de afetarem potencialmente bens tombados individualmente (situados no Bairro de São José) ou o conjunto de bens tombados localizados em área contígua (Bairro do Recife).

3. Inconformado, o IPHAN argui, em suas razões de apelo, em síntese, que a sentença, ao resolver as questões à luz do que se entendeu anteriormente em sede de decisão liminar, não levou em conta entendimento firmado por este Tribunal

Regional em agravo de instrumento, quando concedeu efeito suspensivo à referida decisão; que a área dos antigos Armazéns 16 e 17 está situada fora tanto do perímetro do polígono do entorno dos monumentos tombados dos Bairros de Santo Antônio e São José quanto da área abrangida pelo processo de rerratificação do tombamento do conjunto arquitetônico, urbanístico e paisagístico do Bairro do Recife; que já se manifestou conclusivamente pela inviabilidade e impertinência da revisão ou ampliação da área original do polígono de entorno dos monumentos tombados dos Bairros de Santo Antônio e São José; e) que ainda não possui posicionamento final sobre eventuais alterações na rerratificação do tombamento do conjunto arquitetônico, urbanístico e paisagístico do Bairro do Recife (a fase atual é de retorno do processo à Superintendência do IPHAN em Pernambuco para proposta de normatização, passando à análise do DEPAM e, eventualmente, do Conselho Consultivo do IPHAN); que, embora o Ministério Público Federal sustente a necessidade de ampliação da área de entorno, não há trabalho técnico a embasar tal medida, de sorte que deve ser prestigiado, no ponto, o posicionamento técnico do IPHAN; que a legislação (art. 18 do Decreto-Lei nº 25/1937) autoriza o IPHAN a impor restrições de construção apenas quando a obra atingir bem tombado ou, se localizada no entorno (vizinhança) de bens tombados, reduza ou impeça a visibilidades desses bens; que, para evitar arbitrariedades, costuma definir e traçar o entorno de bens tombados, apontando um perímetro claro e objetivo, de sorte a justificar a sua análise de projetos de obras localizadas na vizinhança de bens tombados; que, ao redor do conjunto tombado do Bairro do Recife, foi traçado um perímetro de vizinhança, o qual não englobou as áreas dos Armazéns 16 e 17; que,

ao redor de cada um dos edifícios tombados dos Bairros de Santo Antônio e São José, também há perímetros traçados, os quais não alcançam as áreas dos Armazéns 16 e 17.

4. De seu turno, aduz a Porto Novo Recife S/A, em suma, a necessidade de integração na lide da empresa criada pelo Estado de Pernambuco, Porto do Recife S/A, eis que é a arrendante da área em testilha, havendo, pois, disposições contratuais sobre prazos de edificação, os quais seriam comprometidos, a depender da resolução da demanda. No mais, repisa os argumentos traçados pelo IPHAN em sua irrisignação.

5. O Município do Recife, por sua vez, suscita sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que não há espaço de atuação sua na discussão da matéria, mas, sim, do IPHAN. Quanto ao mérito, limita-se a ratificar argumentos trazidos pelo Instituto do Patrimônio Histórico.

6. Com efeito, são dois os pressupostos exigidos para que o IPHAN se manifeste previamente acerca da viabilidade de qualquer construção: que esta esteja nas proximidades do bem tombado e que lhe reduza ou impeça a visibilidade. Na prática, tais requisitos devem se configurar simultaneamente, de sorte que não é suficiente que a obra esteja nos arredores da coisa tombada, mas deve, de alguma forma, reduzir ou impedir o seu campo de visão.

7. O art. 18 do Decreto-Lei nº 25/1937 (cujo conteúdo se reputa violado), no entanto, silenciou acerca da delimitação da área de entorno, deixando de especificar quais seriam as zonas de preservação em volta dos objetos sobre os quais recai dita restrição. Cabe, por consequência, àquela Autarquia o poder discricionário de delimitá-las, no que diz respeito aos imóveis protegidos em âmbito federal, estabelecendo no mapa os exatos limites da vizinhança.

8. Assim é que a participação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, quando da tramitação dos projetos perante a Prefeitura do Recife, seria plenamente desnecessária, pois, consoante ficou constatado, diante de apuração administrativa quanto à eventual ocorrência de possíveis danos ao patrimônio histórico dos Bairros de São José, de Santo Antônio e do Recife, os empreendimentos em tela não seriam executados dentro da poligonal de proteção traçada pelo IPHAN em relação aos bens tombados na região.

9. Esta constatação foi admitida pela própria Superintendência do IPHAN, ao comunicar que o IPHAN não tem competência para aprovar ou desaprovar o projeto da obra do Cais de Santa Rita, vez que o imóvel está fora da área de entorno do tombamento dos imóveis dos Bairros de São José e de Santo Antônio e que o tombamento do conjunto arquitetônico do Bairro do Recife não tem área de entorno definida pelo IPHAN.

10. Portanto, se a pessoa jurídica competente para delimitar as áreas de vizinhança dos bens tombados afirma, categoricamente, que determinada obra não se situa nas proximidades (protegidas por lei) da região de preservação, cai por terra qualquer argumento em sentido contrário, pois, como é cediço, tal órgão tem respaldo em legislação federal para pronunciar-se sobre ditas questões, não havendo motivos plausíveis para se desconsiderar a sua opinião técnica.

11. Ademais, existe, na hipótese em apreço, um dado objetivo a ser levado em conta: o fato de que o empreendimento do caso não se encontra inserido no poligonal de proteção definida pelo IPHAN para a localidade onde ele se insere, pouco importando qualquer juízo de valor emitido pelo mencionado Instituto, acerca da circunstância de ser o empreendimento em comento prejudicial, ou não, às visadas do conjunto patrimonial por ele defendido.

12. Esse dado, por si só, já é suficiente para descaracterizar qualquer alegação de ofensa ao art. 18 do Decreto-Lei nº 25/1937, uma vez que esse dispositivo normativo deixou a cargo da autoridade administrativa a incumbência de demarcar as áreas de conservação dos monumentos tombados.

13. Vale destacar, por outra, que os pronunciamentos do IPHAN, aos quais o Juiz se apega para embasar sua decisão, não apresentam qualquer relevância para o deslinde da presente causa, especificamente na parte em que noticiam futura e eventual possibilidade de inclusão da área do empreendimento no espaço tombado, dado que a afirmação anterior, esposada pela autarquia, admitindo que a obra em questão estaria sendo executada fora da vizinhança dos respectivos bens tombados, é o bastante para afastar a tese de que o artigo mencionado no parágrafo acima teria sido violado. Como quer que seja, reitera o Instituto, agora em sede de apelação, a assertiva de que não há trabalho técnico a embasar tal medida, de sorte que deve ser prestigiado, no ponto, o posicionamento técnico da Autarquia Federal.

14. Desse modo, ainda que se dê ao vocábulo “vizinhança” um significado mais largo, a lógica recomenda que se imponham limites físicos e objetivos às áreas demarcadas, sob pena de se cair na falácia de se considerar que todo e qualquer imóvel localizado nas proximidades da coisa tombada seja abarcado por aquele conceito e, em consequência, pelos efeitos do tombamento. Ora, nem sempre o cidadão comum tem condições de detectar até onde se estendem as adjacências do bem tombado, para fins de sua tutela, quando a respectiva região não se encontra previamente definida pela autoridade administrativa competente, de modo que não se lhe pode exigir que as presuma.

15. Deve-se ressaltar, por oportuno, que é verdadeira a informação de que o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional cogitou a revisão das poligonais de entorno da região do Bairro do Recife, postura que não se mostra contraditória com o seu pronunciamento ulterior (sobre a circunstância de que as edificações em comento estão fora da área de proteção), uma vez que está dentro de sua esfera de competência efetuar novos estudos técnicos e fixar critérios mais adequados para delinear os parâmetros da vizinhança do acervo patrimonial que pretende defender, levando-se em conta a realidade atual no qual está inserido.

16. Assim, verificando-se que os padrões utilizados para definir a poligonal de entorno dos bens tombados nos Bairros do Recife, de Santo Antônio e de São José, pelo Conselho Consultivo do IPHAN, estão obsoletos, nada impede que dito órgão se movimente no afã de revisá-los e, quem sabe, até remarcá-los. O que não me parece prudente, contudo, é caminhar para trás, fazendo com que eventuais modificações nos critérios de preservação sejam aplicadas a situações consolidadas sob a égide de parâmetros passados diferentes, que, no entanto, atendiam às necessidades da época.

17. É verdade que a definição da área de entorno dos imóveis protegidos nacionalmente é peça de vital importância para o próprio exercício do direito de construir, podendo ser encarado, até mesmo, como um mecanismo de sua efetivação, pois, ainda que a obra esteja situada além das cercanias do bem tombado, não seria plausível admitir uma proteção ilimitada.

18. Por todas essas razões, impõe-se reformar a sentença ora hostilizada para, em consequência, dar provimento ao apelo do IPHAN, à míngua da necessidade de intervenção por parte desse

Instituto do Patrimônio Histórico na construção do empreendimento, que fora autorizado e licenciado pela Prefeitura do Recife.

19. No que concerne à apelação do Porto Novo Recife S/A, não se há cogitar a inserção da empresa Porto do Recife S/A no polo passivo da demanda, dado que não se enxerga na hipótese dos autos interesse jurídico desta na presente ação civil pública, eis que as relações jurídicas (contratuais) que a Porto do Recife integra não foram alteradas pela sentença.

20. Melhor sorte não socorre ao Município do Recife em seu recurso de apelo no atinente à alegação de sua ilegitimidade passiva. É que, consoante bem pontuou o juízo a quo, no caso, uma vez que a edilidade julga desnecessária a submissão do projeto construtivo ao crivo do IPHAN, em ultima ratio estaria desobrigado de aguardar o desfecho da análise do projeto pela Autarquia em questão. Daí porque, o desfecho da presente lide, em eventual procedência dos pedidos formulados, indubitavelmente atingirá a esfera jurídica do Município, ora apelante.

21. Apelação do IPHAN e remessa oficial providas. Apelações da Porto Novo Recife S/A e do Município do Recife parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação do IPHAN e à remessa oficial e dar parcial provimento às apelações do Porto Novo Recife e do Município do Recife, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 29 de abril de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de remessa oficial e de apelações manejadas pelo Porto Novo Recife S/A, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN e pela Prefeitura do Recife.

Voltam-se contra a sentença que acolheu os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal, em sede de ação civil pública, para condenar o IPHAN na obrigação de fazer consistente em: 1) analisar tecnicamente, de modo integral, qualquer projeto de construção para edificação na Av. Cais de Santa Rita, no local dos antigos Armazéns 16 e 17, no Bairro de São José, Recife, Pernambuco, apontando as diretrizes, as recomendações, as condicionantes, as proibições e as exigências que forem pertinentes à luz da proteção do patrimônio histórico-cultural; e, por outro lado, 2) determinar ao Município do Recife abster-se de aprovar qualquer projeto construtivo e conceder autorização ou licença de construção, no que tange à edificação no local em referência, sem que antes haja a aprovação do projeto pelo IPHAN (caso seja passível de aprovação), após a análise técnica integral do projeto construtivo pela referida autarquia, apontando diretrizes, recomendações, condicionantes, proibições e exigências que forem pertinentes à luz da proteção do patrimônio histórico-cultural; e, por consequência, 3) anulou a eventual aprovação do projeto pela Prefeitura de Recife, bem como qualquer autorização ou licença de construção para edificação na área em questão, concedida sem a prévia aprovação do projeto construtivo pelo IPHAN e a demolição, se iniciada a obra sem a observância dessas condicionantes.

Inconformado, o IPHAN argui, em suas razões de apelo, em síntese, que a sentença, ao resolver as questões à luz do que se entendeu anteriormente em sede de decisão liminar, não levou em conta entendimento firmado por este Tribunal Regional em agravo de instrumento, quando concedeu efeito suspensivo à referida decisão; que a área dos antigos Armazéns 16 e 17 está situada fora tanto do perímetro do polígono do entorno dos monumentos tombados dos Bairros de Santo Antônio e São José quanto da área abrangida pelo processo de rerratificação do tombamento do conjunto arqui-

tetônico, urbanístico e paisagístico do Bairro do Recife; que já se manifestou conclusivamente pela inviabilidade e impertinência da revisão ou ampliação da área original do polígono de entorno dos monumentos tombados dos Bairros de Santo Antônio e São José; e) que ainda não possui posicionamento final sobre eventuais alterações na rerratificação do tombamento do conjunto arquitetônico, urbanístico e paisagístico do Bairro do Recife (a fase atual é de retorno do processo à Superintendência do IPHAN em Pernambuco para proposta de normatização, passando à análise do DEPAM e, eventualmente, do Conselho Consultivo do IPHAN); que, embora o Ministério Público Federal sustente a necessidade de ampliação da área de entorno, não há trabalho técnico a embasar tal medida, de sorte que deve ser prestigiado, no ponto, o posicionamento técnico do IPHAN; que a legislação (art. 18 do Decreto-Lei nº 25/1937) autoriza o IPHAN a impor restrições de construção apenas quando a obra atingir bem tombado ou, se localizada no entorno (vizinhança) de bens tombados, reduza ou impeça a visibilidades desses bens; que, para evitar arbitrariedades, costuma definir e traçar o entorno de bens tombados, apontando um perímetro claro e objetivo, de sorte a justificar a sua análise de projetos de obras localizadas na vizinhança de bens tombados; que, ao redor do conjunto tombado do Bairro do Recife, foi traçado um perímetro de vizinhança, o qual não englobou as áreas dos Armazéns 16 e 17; que, ao redor de cada um dos edifícios tombados dos Bairros de Santo Antônio e São José, também há perímetros traçados, os quais não alcançam as áreas dos Armazéns 16 e 17.

De seu turno, em sua apelação, aduz a Porto Novo Recife S/A, em suma, a necessidade de integração na lide da empresa criada pelo Estado de Pernambuco, Porto do Recife S/A, eis que é a arrendante da área em testilha, havendo, pois, disposições contratuais sobre prazos de edificação, os quais seriam comprometidos, a depender da resolução da demanda. No mais, repisa os argumentos tracejados pelo IPHAN em sua irresignação.

O Município do Recife, por sua vez, em seu recurso de apelo, suscita sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que não há espaço de atuação sua na discussão da matéria, mas, sim, do IPHAN. Quanto ao mérito, limita-se a ratificar os argumentos trazidos pelo Instituto do Patrimônio Histórico.

Contrarrazões apresentadas.

O Ministério Público Federal, chamado a atuar como *custos legis*, acostou aos autos o Parecer nº 12436/2018, pugnando pelo improvimento dos recursos (Id. 12655246).

O Estado de Pernambuco, por meio de petição acompanhada de diversos documentos (Id. 14459534), requereu intervenção anômala sua na lide, com fundamento no art. 5º da Lei Federal nº 9.469/1997, bem assim o efeito suspensivo ativo ao recurso de apelo, tendo sido deferida a postulação da intervenção, tão somente (cf. Decisão de Id. nº 14811499).

Intimado o MPF para falar a respeito do que decidido, nada disse.

É, no que importa, o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator):

Data venia, merece reforma a sentença objurgada.

Sobre a matéria em debate, já tive a oportunidade de apreciá-la, dado que fui o relator do Agravo de Instrumento AGTR/PJe nº 0808641-69.2017.4.05.0000, cujo julgamento restou unânime por esta egrégia Segunda Turma para reconhecer a desnecessidade de intervenção, por parte do IPHAN, na construção do empreendimento já autorizado e licenciado pela Prefeitura do Recife. Em consequência, houve-se por bem reformar a decisão agravada justamente, no que deferiu a liminar, no âmbito da presente ação civil pública, para determinar a apreciação do projeto de construção de empreendimento pelo IPHAN, no Cais de Santa Rita, obstando, por outra, a autorização ou licença de construção fornecida pelo Município do Recife ao Porto Novo Recife S/A.

Daí que, quanto ao cerne da discussão aqui travada, adoto como razão de decidir justamente os argumentos já lançados quando fui o relator do agravo em questão, dado que da análise dos autos não se enxerga qualquer fato novo que pudesse subsidiar uma conclusão diferente.

Ab initio, verificada a necessidade de resguardar o acervo patrimonial da sociedade brasileira, o Estado (aqui empregado na sua terminologia genérica) fez nascer, no ano de 1937, pela Lei nº 378, em âmbito federal, um órgão especificamente destinado a dar cumprimento a esse intento, o SPHAN - SERVIÇO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, com a finalidade de promover, em todo o país, “o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional” (art. 46).

Ainda naquele ano, foi editado o Decreto-Lei nº 25, o qual organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e traçou as regras básicas acerca do tombamento.

Sob os auspícios da CRB/1988, alguns dispositivos procuraram salvaguardar a memória cultural do Brasil, conforme se constata a partir da simples leitura dos seguintes artigos: 23, III; 24, VII; 30, IX; e 216, § 1º. Assim sendo, protegem-se legalmente determinados monumentos não só pela beleza ornamental que apresentam, mas também em razão de possuírem alguma particularidade notável.

De outra banda, não menos digna de nota se revela a preocupação na manutenção da autoridade delegada aos municípios, pelo art. 30, inciso VIII, da Carta Magna, para planejar e ordenar adequadamente o seu território.

Nesse diapasão, cada ente municipal pode, mediante aplicação da respectiva Lei de Uso e Ocupação do Solo Urbano, dividir o seu espaço físico em “zonas”, no intuito de melhor regular os direitos de propriedade e de construir, respeitando-se, para tanto, a realidade social, econômica, administrativa e política da região, e levando-se em conta, ainda, o futuro desenvolvimento dela.

Posta a questão sob esses dois aspectos (preservação do patrimônio histórico e artístico nacional *versus* competência do município para ordenar o seu território), observo que a querela aqui discutida também deve ser destrinchada a partir da análise do art. 18 do Decreto-Lei nº 25/1937 (cujo conteúdo se reputa violado), o qual preconiza o seguinte:

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça

ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

Da leitura da norma supramencionada, percebe-se claramente que os efeitos do tombamento alcançam não só o bem protegido, mas, também, os imóveis que estiverem nos seus arredores, restando manifesta, pois, a intenção do legislador em defender a visão que se tem da coisa tombada, a fim de que possa ser objeto de contemplação por todos.

Assim, são dois os pressupostos exigidos para que o IPHAN se manifeste previamente acerca da viabilidade de qualquer construção: que esta esteja nas proximidades do bem tombado e que lhe reduza ou impeça a visibilidade.

Na prática, tais requisitos devem se configurar simultaneamente, de sorte que não é suficiente que a obra esteja nos arredores da coisa tombada, mas deve, de alguma forma, reduzir ou impedir o seu campo de visão.

O dispositivo legal, no entanto, silenciou acerca da delimitação da área de entorno, deixando de especificar quais seriam as zonas de preservação em volta dos objetos sobre os quais recai dita restrição. Cabe, por consequência, àquela Autarquia/Instituto o poder discricionário de delimitá-las, no que diz respeito aos imóveis protegidos em âmbito federal, estabelecendo no mapa os exatos limites da vizinhança.

É que a participação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, quando da tramitação dos projetos perante a Prefeitura do Recife, seria plenamente desnecessária, pois, consoante ficou constatado, diante de apuração administrativa quanto à eventual ocorrência de possíveis danos ao patrimônio histórico dos Bairros de São José, de Santo Antônio e do Recife, os empreendimentos em tela não seriam executados dentro da poligonal de proteção traçada pelo IPHAN em relação aos bens tombados na região.

Esta constatação foi admitida pela própria Superintendência do IPHAN, ao comunicar que o IPHAN não tem competência para aprovar ou desaprovar o projeto da obra do Cais de Santa Rita,

dado que o imóvel está fora da área de entorno do tombamento dos imóveis dos Bairros de São José e de Santo Antônio e que o tombamento do conjunto arquitetônico do Bairro do Recife não tem área de entorno definida pelo IPHAN.

Ora, se a pessoa jurídica competente para delimitar as áreas de vizinhança dos bens tombados afirma, categoricamente, que determinada obra não se situa nas proximidades (protegidas por lei) da região de preservação, cai por terra qualquer argumento em sentido contrário, pois, como é cediço, tal órgão tem respaldo em legislação federal para pronunciar-se sobre ditas questões, não havendo motivos plausíveis para se desconsiderar a sua opinião técnica.

Existe, por conseguinte, na hipótese em apreço, um dado objetivo a ser levado em conta: o fato de que o empreendimento do caso não se encontra inserido no poligonal de proteção definida pelo IPHAN para a localidade onde eles se inserem, pouco importando qualquer juízo de valor emitido pelo mencionado Instituto, acerca da circunstância de ser o empreendimento em comento prejudicial, ou não, às visadas do conjunto patrimonial por ele defendido.

Esse dado, por si só, já é suficiente para descaracterizar qualquer alegação de ofensa ao art. 18 do Decreto-Lei nº 25/1937, uma vez que esse dispositivo normativo deixou a cargo da autoridade administrativa a incumbência de demarcar as áreas de conservação dos monumentos tombados.

Vale destacar que os pronunciamentos do IPHAN, aos quais o Juiz se apega para embasar sua decisão, não apresentam qualquer relevância para o deslinde da presente causa, especificamente na parte em que noticiam futura e eventual possibilidade de inclusão da área do empreendimento no espaço tombado, vez que a afirmação anterior, esposada pela autarquia, admitindo que a obra em questão estaria sendo executada fora da vizinhança dos respectivos bens tombados, é o bastante para afastar a tese de que o artigo mencionado no parágrafo acima teria sido violado.

Como quer que seja, reitera o Instituto, agora em sede de apelação, a assertiva de que não há trabalho técnico a embasar tal medida, de sorte que deve ser prestigiado, no ponto, o posicionamento técnico da Autarquia Federal.

Desse modo, ainda que se dê ao vocábulo “vizinhança” um significado mais largo, a lógica recomenda que se imponham limites físicos e objetivos às áreas demarcadas, sob pena de se cair na falácia de se considerar que todo e qualquer imóvel localizado nas proximidades da coisa tombada seja abarcado por aquele conceito e, em consequência, pelos efeitos do tombamento.

Ora, nem sempre o cidadão comum tem condições de detectar até onde se estendem as adjacências do bem tombado, para fins de sua tutela, quando a respectiva região não se encontra previamente definida pela autoridade administrativa competente, de modo que não se lhe pode exigir que as presuma.

Deve-se ressaltar, por oportuno, que é verdadeira a informação de que o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional cogitou a revisão das poligonais de entorno da região do Bairro do Recife, postura que não se mostra contraditória com o seu pronunciamento ulterior (sobre a circunstância de que as edificações em comento estão fora da área de proteção), uma vez que está dentro de sua esfera de competência efetuar novos estudos técnicos e fixar critérios mais adequados para delinear os parâmetros da vizinhança do acervo patrimonial que pretende defender, levando-se em conta a realidade atual no qual está inserido.

Assim, verificando-se que os padrões utilizados para definir a poligonal de entorno dos bens tombados nos Bairros do Recife, de Santo Antônio e de São José, pelo Conselho Consultivo do IPHAN, estão obsoletos, nada impede que dito órgão se movimente no afã de revisá-los e, quem sabe, até remarcá-los. O que não me parece prudente, contudo, é caminhar para trás, fazendo com que eventuais modificações nos critérios de preservação sejam aplicadas a situações consolidadas sob a égide de parâmetros passados diferentes, que, no entanto, atendiam às necessidades da época.

Penso que a definição da área de entorno dos imóveis protegidos nacionalmente é peça de vital importância para o próprio exercício do direito de construir, podendo ser encarado, até mesmo, como um mecanismo de sua efetivação, pois, ainda que a obra esteja situada além das cercanias do bem tombado, não seria plausível admitir uma proteção ilimitada.

Nada obstante, e como bem destacado pelo IPHAN, ora apelante, fato é que o Departamento do Patrimônio Material e Fiscali-

zação (DEPAM), dos quadros da autarquia, já recomendou desfavoravelmente a revisão do polígono de entorno dos monumentos tombados nos Bairros de Santo Antônio e São José, manifestando-se conclusivamente pela inviabilidade e impertinência da revisão ou ampliação da área original, conforme Parecer Técnico 04/2014/CGID/DEPAM/IPHAN, de 12/08/2014, c/c Informação Básica nº 14/2016-IPHAN/PE.

Por todas essas razões, impõe-se reformar a sentença ora hostilizada para, em consequência, dar provimento ao apelo do IPHAN, à míngua da necessidade de intervenção por parte desse Instituto do Patrimônio Histórico na construção do empreendimento, que fora autorizado e licenciado pela Prefeitura do Recife.

No que concerne à apelação do Porto Novo Recife S/A, não se há cogitar a inserção da empresa Porto do Recife S/A no polo passivo da demanda, dado que não se enxerga na hipótese dos autos interesse jurídico desta na presente ação civil pública, eis que as relações jurídicas (contratuais) que a Porto do Recife integra não foram alteradas pela sentença. Afasto, portanto, a preliminar suscitada. E, no mérito, a matéria já se encontra amplamente enfrentada, consoante acima explanado.

Melhor sorte não socorre ao Município do Recife em seu recurso de apelo no atinente à alegação de sua ilegitimidade passiva.

É que, consoante bem pontuou o juízo *a quo*, no caso, uma vez que a edilidade julga desnecessária a submissão do projeto construtivo ao crivo do IPHAN, em *ultima ratio* estaria desobrigado de aguardar o desfecho da análise do projeto pela Autarquia em questão.

Daí porque, o desfecho da presente lide, em eventual procedência dos pedidos formulados, indubitavelmente atingirá a esfera jurídica do Município, ora apelante.

No mérito, limita-se a ratificar os argumentos trazidos pelo Instituto do Patrimônio Histórico, mas, consoante se viu, foram apreciados e acolhidos.

Com essas considerações, dou provimento à remessa oficial e à apelação do IPHAN e parcial provimento às apelações da Porto Novo Recife S/A e do Município do Recife.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0800853-24.2017.4.05.8400-RN (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E ROSÂNGELA DE MEDEIROS SILVA
Apelados: OS MESMOS
Adv./Proc.: DR. FÁBIO DE SOUZA MARINHO

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PRETENSÃO AUTORAL À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NO REGIMENTO GERAL. UTILIZAÇÃO DE INTERSTÍCIO RELATIVO A REGIME CELETISTA JÁ COMPUTADO PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA (ESTADO). IMPOSSIBILIDADE. REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Caso em que a autora, na condição de professora estadual aposentada desde 2010, pretende a concessão de nova aposentadoria por tempo de contribuição pelo RGPS, decorrente de vínculo empregatício com o Município de Japi/RN, além do pagamento de indenização por danos morais, em face da suposta ineficiência da administração em processar o seu pedido naquela via, o que a teria obrigado a continuar na ativa. A juíza singular julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o INSS a conceder a aposentadoria à autora, com a incidência do fator previdenciário no cálculo da RMI. Apela o INSS e a postulante. O primeiro, requerendo a improcedência do pedido, e a segunda, a não incidência do fator previdenciário sobre a aludida renda mensal.

2. Constatando-se que o tempo de contribuição pretendido (período de 1984 a 1994) já foi utilizado pela requerente à época do deferimento da aposentadoria estatutária (decorrente do vínculo com o Estado), período em que os dois vínculos (municipal e estadual) eram de natureza celetista,

cujos recolhimentos se davam para o RGPS (pois a partir de 1994 passou a vigorar o regime jurídico único para os servidores públicos do respectivo Estado), é vedada a utilização do mesmo período para a concessão da segunda aposentadoria pretendida, ainda que as contribuições relativas a uma delas não tenham sido computadas para o cálculo do benefício da outra, nos termos do art. 11, § 3º, c/c o art. 32, I, da Lei nº 8.213/91. Assim, deve ser reformada a sentença, ante a insuficiência de tempo de serviço para a implantação do novo benefício.

3. Apelação do INSS provida, para julgar improcedente o pedido. Prejudicada a apelação da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação do INSS, prejudicada a apelação da autora, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 11 de abril de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo INSS e pela autora contra sentença que julgou parcialmente o pedido, para condenar o réu a conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição à requerente, na condição de professora, com o pagamento das parcelas devidas, a contar da data do requerimento administrativo, observada a prescrição quinquenal, atualizadas monetariamente e com juros de mora, pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal. Condenou, ainda, o réu,

ao pagamento de honorários advocatícios, no percentual de 10% sobre o valor da condenação, bem assim, condenar a autora a pagar 10% sobre o valor fixado a título de dano moral, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, c/c art. 86 do CPC), cuja exigibilidade ficará suspensa, em face de ser beneficiária da justiça gratuita.

O apelante requer, em sede de preliminar, o conhecimento do reexame necessário, por se tratar de sentença ilíquida. No mérito, alega, em síntese, que a autora não faria jus ao benefício, posto que o tempo de contribuição exercido até 30/06/1994, ou seja, anteriormente ao ingresso ao regime estatutário, não poderá ser cindido, uma vez que a autora já o utilizou quando da concessão da aposentadoria pelo Regime próprio. Assim, tal poderia integrar o cômputo das contribuições para a obtenção da aposentadoria pelo RGPS, sob pena de violação ao art. 96, III, da Lei nº 8.213/91, que veda expressamente que em um sistema de previdência utilize-se tempo de serviço já computado por outro sistema.

A autora, por sua vez, requer a reforma parcial da sentença, apenas para excluir a incidência do fator previdenciário quando do cálculo da aposentadoria.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator):

Busca a autora, na condição de professora estadual aposentada desde 2010, à concessão de nova aposentadoria por tempo de contribuição pelo RGPS, decorrente de vínculo empregatício com o Município de Japi/RN, além do pagamento de indenização por danos morais, em face da suposta ineficiência da administração em processar o seu pedido naquela via, o que a teria obrigado a continuar na ativa.

A juíza monocrática julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o INSS a conceder a aposentadoria à autora, com a incidência do fator previdenciário no cálculo da RMI.

Apelam o INSS e a postulante. O primeiro, requerendo a improcedência do pedido, e a segunda, a não incidência do fator previdenciário sobre a aludida renda mensal do benefício.

Compulsando-se os autos, constata-se que o tempo de contribuição pretendido pela autora, no período compreendido entre 1984 a 1994, já foi utilizado pela requerente à época do deferimento da aposentadoria estatutária (decorrente do vínculo com o Estado), período em que os dois vínculos (municipal e estadual) eram de natureza celetista, cujos recolhimentos se davam para o RGPS (pois a partir de 1994 passou a vigorar o regime jurídico único para os servidores públicos do respectivo Estado). Nesse caso, considerando que a utilização do mesmo período contributivo para a concessão de uma segunda aposentadoria é vedada, nos termos do art. 11, § 3º, c/c o art. 32, I, da Lei nº 8.213/91, inexistente direito à pretensão autoral, ainda que as contribuições relativas a uma delas não tenham sido computadas para o cálculo do benefício da outra.

Assim, tendo o(a) segurada(o) exercido duas ou mais atividades sujeitas ao RGPS, tem direito a apenas um benefício de aposentadoria, posto que o vínculo com o RGPS é único, em razão do Princípio da Unicidade da Filiação, impondo-se a reforma da sentença, para julgar improcedente o pedido.

Por fim, resta prejudicada a análise da apelação interposta pela autora, em face da improcedência do pedido.

Mercê do exposto, dou provimento à apelação do INSS, prejudicada a apelação do particular.

Condeno a parte autora ao pagamento de custas processuais e em honorários advocatícios, arbitrados no percentual de 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85 do NCPC, ficando suspensa a sua exigibilidade, em razão do deferimento da justiça gratuita.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 582.607-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO
Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA E ANTONIO HENRIQUE MENEZES DE MELO
Apelados: OS MESMOS E VALDEMAR DE SANTANA ANDRADE
Repte.: PROCURADORIA DO INCRA
Advs./Procs.: DRS. ANTONIO HENRIQUE MENEZES DE MELO E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. ÚNICO IMÓVEL DO EXPROPRIADO. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO. APELAÇÕES DESPROVIDAS.

1. Apelações manejadas contra sentença que julgou improcedente o pedido expropriatório do INCRA por interesse social para fins de reforma agrária, do imóvel rural denominado “Fazenda Betânia”, localizada no Município de Lagarto/SE, sob o fundamento de que o imóvel objeto da desapropriação seria insuscetível de desapropriação, por estar enquadrado no conceito de pequena propriedade rural e por não possuir seu proprietário nenhuma outra propriedade, nos termos do art. 185, I, CF.

2. Sustenta o INCRA que o imóvel não cumpre sua função social por se tratar de “Pequena Propriedade Não Produtiva”, tendo sido juntada aos autos certidão referente à “Fazenda Curral do Saco”, registrada no Cartório Imobiliário de Jeremoabo/BA, e também pertencente ao expropriado. Alega que o expropriado já teria ciência de que seu bem estaria sujeito à desapropriação quando celebrou acordo consensual de

divórcio (onde restou acordada a transferência da propriedade da “Fazenda Curral do Saco” para sua ex-esposa), uma vez que a notificação administrativa de vistoria ocorreu em 16/04/2008, tendo o acordo de divórcio ocorrido menos de um mês depois, em 05/05/2008. Por fim, aduz que a transferência da propriedade da “Fazenda Curral do Saco” não teria sido realizada no registro de imóvel, permanecendo em nome do expropriado, de modo que haveria prova cabal de que o réu seria proprietário de outro imóvel.

3. A Constituição Federal estabelece em seu art. 185, I, que é insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra. Por seu turno, a Lei 8.629/93 traz, em seu art. 4º, o conceito legal de pequena propriedade rural, sendo aquela que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial, de área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais.

4. Conforme o Laudo de Perícia de Imóvel Rural, o imóvel expropriado possui 3,46 (três inteiros e quarenta e seis centésimos) módulos fiscais, enquadrando-se na classificação de “pequena propriedade rural”.

5. Resta ainda configurado o requisito de ser o único bem do expropriado. Como bem observado pelo juízo de piso, “embora alegue a parte autora que o expropriante é também proprietário da ‘Fazenda Curral do Saco’, localizada no Município de Jeremoabo/BA, o demandado juntou às fls. 159/161 carta de sentença, datada de 5 de maio de 2008 e averbada ao registro da ‘Fazenda Curral do Saco’, em 30 de julho de 2008, que demonstra que, em razão do divórcio consensual de Valdemar de Santana Andrade e Maria de Lourdes

Andrade de Santana, referido imóvel pertence à Sra. Maria de Lourdes”.

6. A carta de sentença que homologou o acordo de divórcio foi devidamente averbada no cartório de imóveis em 30/07/2008, não havendo como prosperar a alegação da autarquia de que seria imprescindível a efetiva transferência do imóvel para retirá-lo da propriedade do expropriado.

7. As condições para ocorrência do ato expropriatório devem estar presentes na data da desapropriação, desta forma, imperioso reconhecer que a “Fazenda Betânia” é insuscetível de desapropriação, por estar a mesma enquadrada no conceito de pequena propriedade rural e por não possuir seu proprietário nenhuma outra propriedade, nos termos do art. 185, I, CF.

8. Honorários advocatícios fixados na sentença (no montante de R\$ 3.000,00, nos moldes do art. 20, § 4º, do CPC/73, vigente à época da propositura da ação, out/2012), que devem ser mantidos, vez que se configuram razoáveis, considerando a complexidade da causa e o tempo de serviço do advogado do demandado para solução do caso concreto.

9. Apelações desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 30 de abril de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO:

Cuida-se de apelações manejadas pelo INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA e ANTONIO HENRIQUE MENEZES DE MELO contra sentença que julgou improcedente o pedido expropriatório do INCRA por interesse social, para fins de reforma agrária, do imóvel rural denominado “Fazenda Betânia”, localizada no Município de Lagarto/SE, registrada no Cartório da Comarca de Lagarto/SE, nº R-1-566, Matrícula nº 578, Livro 2, fl. 578, com data de 21/06/1976, e cadastrada junto ao INCRA sob o nº 266.043.011.541-0, sob o fundamento de que o imóvel objeto da desapropriação seria insuscetível de desapropriação, por estar enquadrado no conceito de pequena propriedade rural e por não possuir seu proprietário nenhuma outra propriedade, nos termos do art. 185, I, CF.

Em seu recurso, sustenta o INCRA que: a) ao realizar vistoria para verificação da função social do imóvel, concluiu que se trata de “Pequena Propriedade Não Produtiva”, com Grau de Utilização da Terra - GTU igual a 33,39%, e Grau de Eficiência de Exploração - GEE igual a 100%, contendo 120,9617 ha de área medida, o que corresponde a 3,46 módulos fiscais, com condições para assentar 8 (oito) famílias; b) ofereceu como preço justo pela terra o valor de R\$ 449.830,12 (quatrocentos e quarenta e nove mil oitocentos e trinta reais e doze centavos); c) juntou aos autos certidão referente à “Fazenda Curral do Saco”, registrada no Cartório Imobiliário de Jeremoabo/BA, e pertencente ao expropriado; d) o expropriado tinha ciência de que seu bem estaria sujeito à desapropriação por interesse social quando celebrou acordo consensual de divórcio (onde restou acordada a transferência da propriedade da “Fazenda Curral do Saco” para sua ex-esposa), uma vez que a notificação administrativa de vistoria ocorreu em 16/04/2008, tendo o acordo de divórcio ocorrido menos de um mês depois (05/05/2008); e) o mero ato de vontade da parte (divórcio consensual), ocorrido após a notificação de vistoria da propriedade, não teria o condão de impedir a desapropriação do imóvel em questão; f) a aludida transferência da propriedade da “Fazenda Curral do Saco” não teria sido realizada no registro de imóvel, permanecendo em nome

do expropriado, de modo que haveria prova cabal de que o réu é proprietário de outro imóvel.

Por seu turno, ANTONIO HENRIQUE MENEZES DE MELO apresentou apelação pugnando pela majoração dos honorários advocatícios.

Contrarrazões.

Manifestação do Ministério Público Federal pela improcedência das apelações.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Relator):

A controvérsia devolvida a esta Corte Regional cinge-se em aferir a correção da sentença que julgou improcedente o pedido expropriatório do INCRA por interesse social, para fins de reforma agrária, do imóvel rural denominado “Fazenda Betânia”, localizada no Município de Lagarto/SE, registrada no Cartório da Comarca de Lagarto/SE, nº R-1-566, Matrícula nº 578, Livro 2, fl. 578, com data de 21/06/1976, e cadastrada junto ao INCRA sob o nº 266.043.011.541-0, sob o fundamento de que o imóvel objeto da desapropriação seria insuscetível de desapropriação, por estar enquadrado no conceito de pequena propriedade rural e por não possuir seu proprietário nenhuma outra propriedade, nos termos do art. 185, I, CF.

Após compulsar os autos, tenho que não merecem acolhida as apelações.

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 185, I, que é insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra. Por seu turno, a Lei 8.629/93 traz, em seu art. 4º, o conceito legal de pequena propriedade rural:

Art. 4º Para os efeitos desta lei, conceituam-se:

I - Imóvel Rural - o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial;

II - Pequena Propriedade - o imóvel rural:

a) de área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais;

Conforme o Laudo de Perícia de Imóvel Rural (fls. 272/322), o imóvel expropriado possui 3,46 (três inteiros e quarenta e seis centésimos) módulos fiscais, enquadrando-se na classificação de “pequena propriedade rural”.

Também resta configurado o requisito de ser o único bem do expropriado. Como bem observado pelo juízo de piso, *“embora alegue a parte autora que o expropriante é também proprietário da ‘Fazenda Curral do Saco’, localizada no Município de Jeremoabo/BA, o demandado juntou às fls. 159/161 carta de sentença, datada de 5 de maio de 2008 e averbada ao registro da ‘Fazenda Curral do Saco’, em 30 de julho de 2008, que demonstra que, em razão do divórcio consensual de Valdemar de Santana Andrade e Maria de Lourdes Andrade de Santana, referido imóvel pertence à Sra. Maria de Lourdes”*. Observe-se ainda que a referida carta de sentença, conforme reconhece o próprio expropriante, foi devidamente averbada no cartório de imóveis em 30/07/2008, não havendo como prosperar a alegação da autarquia de que seria imprescindível a efetiva transferência do imóvel para retirá-lo da propriedade do expropriado.

As condições para ocorrência da desapropriação devem estar presentes na data da desapropriação, desta forma, imperioso dizer que, no caso concreto, deve ser reconhecido que a “Fazenda Betânia” é insuscetível de desapropriação, por estar a mesma enquadrada no conceito de pequena propriedade rural e por não possuir seu proprietário nenhuma outra propriedade, nos termos do art. 185, I, CF.

Quanto aos honorários advocatícios fixados na sentença, no montante de R\$ 3.000,00 (nos moldes do art. 20, § 4º, do CPC/73, vigente à época da propositura da ação, out/2012), foram fixados considerando a complexidade da causa e o tempo de serviço do advogado do demandado para solução do caso concreto, não se configurando valor irrisório, devendo ser mantidos conforme fixados na sentença.

Ante o exposto, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 13.271-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO CARVALHO
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, RIVALDO SANTOS SILVA, LÚCIA HELENA DA SILVA, LINDINALVA DOS SANTOS E JOSÉ ANTÔNIO DA SILVA
Apelados: OS MESMOS
Repte: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. THIAGO JOSÉ DE CARVALHO OLIVEIRA E OUTROS

EMENTA: PENAL. CRIME DE ESTELIONATO MAJORADO. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. REGULAR INTIMAÇÃO DA DEFESA QUANTO À EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. SÚMULA Nº 273/STJ. PRESENÇA DAS ELEMENTARES DO TIPO PENAL. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO ALHEIO E DA VANTAGEM INDEVIDA. DOSIMETRIA DA PENA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL EM DESFAVOR DOS ACUSADOS - CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NECESSÁRIA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE PARA DISSOCIÁ-LA DO PATAMAR MÍNIMO. ADOÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PARA SOPESAR A PENA-BASE. ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO. SÚMULA Nº 231/STJ. VEDAÇÃO A CONDUIR A PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DIANTE DE NOVO QUANTUM DA PENA. INCIDÊNCIA. NARRAÇÃO DOS FATOS, AINDA QUE NÃO RECONHECIDA ILICITUDE E TIPICIDADE NA CONDUTA, AO FORMAR O CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO PARA A CONDENAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA QUANTO À DOSIMETRIA DA PENA. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Cuida-se de apelações interpostas contra sentença de fls. 231/238, proferida em 6 de agosto de 2015, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando Rivaldo Santos Silva, Lúcia Helena da Silva, vulgo “Lúcia do CEPAN”, Lindinalva dos Santos, vulgo “Lindi”, e José Antônio da Silva, vulgo “Ninho”, como incursos nas penas do art. 171, § 3º, do Código Penal, fixando-as, para cada qual, em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e em 20 (vinte) dias-multa, cada qual valorado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituída a privativa de liberdade por restritivas de direitos, narrando a denúncia que os acusados obtiveram vantagem patrimonial indevida, no importe de R\$ 81.453,87 (oitenta e um mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e oitenta e sete centavos), mediante condutas fraudulentas praticadas em detrimento da Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB), valendo-se da condição de integrantes e dirigentes da Associação Comunitária Padre Nestor (ASCOPAN), firmando a Cédula de Produtor Rural - CPR - Doação nº SE/2008/02/10180, em 16 de setembro de 2008, cuja finalidade era o atendimento às populações em situação de insegurança alimentar e nutricional por meio de doação de alimentos a serem adquiridos a agricultores familiares, para tanto fraudando a execução do programa mediante a elaboração de uma falsa ata de reunião em que estariam presentes supostos agricultores, que foram cadastrados na Proposta de Participação como fornecedores de leite, constando como beneficiários de recursos públicos federais repassados pela CONAB, quando em verdade sequer conheciam aquela associação ou tinham conhecimento do programa, além do que os produtos vieram a ser adquiridos a empresas de laticínios.

2. Em suas razões recursais, o órgão acusador pretende a majoração das penas fixadas ao argumento de que, presentes em desfavor dos acusados quatro das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime – há de se dissociar a pena-base do mínimo legal cominado para o tipo penal, o que não se observou na sentença. A defesa, por seu turno, aduz a nulidade processual em face do cerceamento da ampla defesa e do contraditório, por ausente intimação das audiências de instrução objeto de cartas precatórias, e, no mérito, não se encontrarem presentes as elementares do tipo penal ao inexistir prejuízo alheio ou percepção de vantagem indevida. Alternativamente, ver aplicada a atenuante da confissão, eis que em nenhum momento negaram os fatos, apenas entendia sua atipicidade.

3. A defesa, na pessoa de advogado à época constituído, foi regularmente intimada da expedição das cartas precatórias dirigidas às Comarcas de Cedro de São José/SE, Japoatã/SE e Propriá/SE e à Seção Judiciária do Estado da Bahia para a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, fazendo-se constar no mandado de intimação a advertência de tornar-se “desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado, conforme reza a Súmula nº 273 do STJ”.

4. O prejuízo alheio e a vantagem indevida se apresentam no dano ao erário, com o desvio dos recursos públicos federais obtidos junto à CONAB, ao repassá-los diretamente a uma empresa de laticínios, quando na verdade deveriam ser aportados a pequenos agricultores rurais (agricultura familiar), os quais não obtiveram qualquer benefício do programa a eles destinado. Ademais, flagrante a fraude perpetrada para a obtenção da vantagem indevida em prejuízo alheio, diante da elaboração de uma ata de reunião em

que, falsamente, estariam presentes aqueles agricultores, o que não representou a realidade quando se noticia que muitos dos ali nominados “sequer conheciam a referida associação ou tinham conhecimento do programa”.

5. Em vista do recurso do órgão acusador, e a par do carreado aos autos, revendo o sopesamento das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, tem-se que, no quesito culpabilidade, faz-se certa uma destacada reprovação diante da condição ostentada pelos acusados de integrar funções de direção na Associação Comunitária Padre Nestor (ASCOPAN), eis que Rivaldo Santos Silva que já havia exercido sua presidência anteriormente, e retomou tais funções a partir de dezembro de 2008, à época dos fatos apresenta-se como responsável pelo projeto; Lúcia Helena da Silva, exercia a presidência à época; Lindinalva dos Santos, a tesouraria, função essa que viria a ser ocupada igualmente por José Antônio da Silva quando da nova gestão de Rivaldo Santos Silva. Tem-se por notória a contrariedade, no agir dos acusados, além da própria ilicitude dos fatos, aos deveres junto àquela associação, bem como à representação a eles conferida pelos demais associados.

6. Os motivos apresentados pelo órgão acusador, de obter vantagem indevida em detrimento de escassos recursos públicos destinados à população mais necessitada, na realidade, se confunde com a elementar do tipo penal. De igual sorte as circunstâncias do crime, apontando o órgão acusador a utilização de documento falso.

7. As consequências do crime, no entanto, apresentam valoração negativa, agora sim por destinados os recursos objeto da ilicitude a amenizar as mazelas da população mais necessitada, além de prejudicar os pequenos produtores, reais destinatários daqueles recursos para a compra

da produção láctea a ser doada à população, que não a tiveram adquirida pelo programa.

8. Mostrando-se pertinente, em parte, a insurgência manifestada pelo órgão acusador, é de se reformar a sentença quanto à dosimetria, e, presente em desfavor dos acusados duas das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e a par de um sopesamento adotando-se critérios objetivos e subjetivos, fixa-se a pena-base em patamar dissociado do mínimo, em 2 (dois) anos de reclusão.

9. O reconhecimento da incidência da atenuante genérica da confissão (art. 65, III, d, do Código Penal), como pedido pela defesa, encontra óbice diante da Súmula nº 231/STJ, ao se fixar, na primeira fase da dosimetria, pena no mínimo legal, sendo vedada, na segunda fase, a condução da pena aquém de tal patamar. Contudo, não mais se fazendo presente tal óbice, por dissociada a pena-base do mínimo legal, aprecia-se o pedido alternativo da defesa de ver incidir a atenuante genérica da confissão.

10. Ainda que não tenham admitido a ilicitude e a tipicidade da conduta, reconhecer os fatos ocorridos, narrando-a em juízo, situação essa que proporcionou o necessário convencimento ao douto Magistrado sentenciante para firmar o decreto condenatório, situação essa em que a jurisprudência reconhece aplicável a atenuante, mesmo que a tese da defesa seja de não reconhecer a autoria ou a materialidade, se daí convergem elementos hábeis à solução da persecução criminal. Acolhida, neste ponto, a insurgência da defesa para reconhecer a incidência da atenuante genérica da confissão, minorando a pena em 6 (seis) meses e, por ausente circunstâncias agravantes, fixar a pena, nesta segunda fase da dosimetria, para cada acusado, em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão.

11. Presente unicamente a causa de aumento do parágrafo 3º do art. 171 do Código Penal, para exasperar a pena em 1/3 (um terço), tem-se, ao final, por concreta e definitiva, para cada um dos réus, uma pena privativa de liberdade fixada em 2 anos de reclusão, em regime de cumprimento inicialmente aberto, mantida a substituição por restritivas de direitos nos idênticos termos da sentença e, para guardar proporcionalidade a essa, é de ser fixada a pena de multa, para cada um dos acusados, em 60 (sessenta) dias-multa, cada qual valorado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado quando da execução.

12. Apelações parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar parcial provimento às apelações manejadas pelas partes, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 23 de abril de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO CARVALHO -
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO CARVALHO:

Cuida-se de apelações interpostas contra sentença de fls. 231/238, proferida em 6 de agosto de 2015, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando Rivaldo Santos Silva, Lúcia Helena da Silva, vulgo “Lúcia do CEPAN”, Lindinalva dos Santos, vulgo “Lindi”, e José Antônio da Silva, vulgo “Ninho”, como incurso nas penas do art. 171, § 3º, do Código Penal, fixando-as,

para cada qual, em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e em 20 (vinte) dias-multa, cada qual valorado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituída a privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Diz a denúncia (fls. 2/5) que os acusados obtiveram vantagem patrimonial indevida, no importe de R\$ 81.453,87 (oitenta e um mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e oitenta e sete centavos), mediante condutas fraudulentas praticadas em detrimento da Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB), valendo-se da condição de integrantes e dirigentes da Associação Comunitária Padre Nestor (ASCOPAN), firmando a Cédula de Produtor Rural - CPR - Doação nº SE/2008/02/10180, em 16 de setembro de 2008, cuja finalidade era o atendimento às populações em situação de insegurança alimentar e nutricional por meio de doação de alimentos a serem adquiridos a agricultores familiares, para tanto fraudando a execução do programa mediante a elaboração de uma falsa ata de reunião em que estariam presentes supostos agricultores, que foram cadastrados na Proposta de Participação como fornecedores de leite, constando como beneficiários de recursos públicos federais repassados pela CONAB, quando em verdade sequer conheciam aquela associação ou tinham conhecimento do programa, além do que os produtos vieram a ser adquiridos a empresas de laticínios.

Recebida a denúncia em 15 de abril de 2013 (fl. 6).

Em suas razões recursais, às fls. 241/246, o órgão acusador pretende a majoração das penas fixadas ao argumento de que, presentes em desfavor dos acusados quatro das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime – há de se dissociar a pena base do mínimo legal cominado para o tipo penal, o que não se observou na sentença.

Interposta apelação pela defesa, fazendo-se inerte quanto à apresentação de suas razões recursais, e ainda à contraposição ao apelo manejado pelo órgão acusador, subiram os autos.

Regularmente intimados para tais misteres, vieram aos autos tão somente as razões recursais da defesa, às fls. 265/279, onde aduz a nulidade processual em face do cerceamento da ampla defesa e do contraditório, por ausente intimação das audiências de

instrução objeto de cartas precatórias, e, no mérito, não se encontrarem presentes as elementares do tipo penal ao inexistir prejuízo alheio ou percepção de vantagem indevida. Alternativamente, ver aplicada a atenuante da confissão, eis que em nenhum momento negaram os fatos, apenas entendia sua atipicidade.

Contrarrazões, pela acusação, às fls. 282/287, pelo improvimento do apelo formulado pela defesa. Inerte a defesa quanto às contrarrazões, foi nomeada a Defensoria Pública da União (fl. 328), vindo aos autos manifestação pelo improvimento (fls. 330/333v.).

A Procuradoria Regional da República da 5ª Região, em seu parecer de fls. 336/341, opina no sentido de ser desprovido o recurso da defesa e parcialmente provido o manejado pelo órgão acusador.

É o relatório.

À revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO CARVALHO (Relator):

Aponta a defesa o cerceamento de defesa pela ausência de intimação da designação das audiências de instrução deprecadas.

Vê-se, às fls. 50/51, que a defesa, na pessoa de advogado à época constituído, foi regularmente intimada da expedição das cartas precatórias dirigidas às Comarcas de Cedro de São José/SE, Japoatã/SE e Propriá/SE e à Seção Judiciária do Estado da Bahia para a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, fazendo-se constar no mandado de intimação a advertência de tornar-se *“desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado, conforme reza a Súmula nº 273 do STJ”*.

Sem maiores delongas, afasta-se, pois, a preliminar de nulidade processual.

No mérito, pretendem afastar a condenação ao fundamento de ausente os elementos objetivos do tipo penal – prejuízo alheio e vantagem indevida.

Neste ponto, colhe-se da sentença o seguinte excerto (fls. 233/234):

(...) Há provas incontestes nos autos de que a Associação fraudou a execução do referido Programa mediante a elaboração de uma falsa Ata de Reunião em que estariam presentes supostos agricultores, que foram cadastrados na Proposta de Participação como fornecedores de leite e constam nos Relatórios de Entrega como beneficiários dos recursos públicos repassados pela CONAB, quando em verdade estes sequer conheciam a referida Associação ou tinham conhecimento do programa.

As testemunhas ouvidas no decorrer da instrução probatória, Arlindo José Nery, Manoel Andrade dos Santos, Raimundo Maia Freire, Meire Ramos Nascimento, Kledisson Alves Freire, os quais tiveram seus nomes indicados como agricultores beneficiados no Programa, foram uníssonas em afirmar que não conheciam os réus e nem a Associação Comunitária Padre Nestor, negando a venda de leite para qualquer deles. Alguns, inclusive, como Arlindo José Nery, Raimundo Maia Freire, Meire Ramos Nascimento, Kledisson Alves Freire, sequer eram produtores de leite.

Ademais, muito embora a prestação de contas a CONAB fosse feita mediante a apresentação do Relatório de Entrega pela ASCOPAN em que constavam os valores recebidos por cada produtor (fls. 241/242), os próprios réus em sede de interrogatório judicial confirmaram o não pagamento aos fornecedores de leite e declararam desconhecer os agricultores referidos, tendo sido efetuado o repasse das verbas diretamente para a empresa AGROINFRA.

Quanto à entrega dos produtos às Associações beneficiadas pelo Programa, o Relatório de Fiscalização da CONAB detectou o recebimento a menor dos produtos (fl. 152, IPL). Tal fato resta corroborado pelas declarações prestadas em juízo e no Inquérito Policial por Lindomar Barbosa da Silva e Renato Ugino, responsáveis pelo recebimento das bebidas lácteas nas comunidades Margarida Alves e Povoado Ladeiras, os quais afirmaram assinar os Termos de Recebimento e Aceitabilidade sem ler o conteúdo e por isso não efetuavam a conferência da quantidade descrita nos Termos.

No final do Programa, foi possível ainda verificar um saque indevido realizado pela Associação Comunitária Padre Nestor, sem a autorização da CONAB, no valor mínimo de R\$ 13.711,17, que restou comprovado pela análise do Resumo da Movimentação Financeira da conta bancária vinculada à ASCOPAN juntamente com as Autorizações de saque emitidas pela CONAB (fl. 147-A) e foi ratificado pelo réu Rivaldo em seu interrogatório, quando confessou que o referido saldo da conta da CPR foi sacado para fazer os pagamentos à empresa de Laticínio (...).

O prejuízo alheio e a vantagem indevida se apresentam no dano ao erário, com o desvio dos recursos públicos federais obtidos junto à CONAB, ao repassá-los diretamente a uma empresa de laticínios, quando na verdade deveriam ser aportados a pequenos agricultores rurais (agricultura familiar), os quais não obtiveram qualquer benefício do programa a eles destinado.

Ademais, flagrante a fraude perpetrada para a obtenção da vantagem indevida em prejuízo alheio, diante da elaboração de uma ata de reunião em que, falsamente, estaria presentes aqueles agricultores, o que não representou a realidade quando se noticia que muitos dos ali nominados *“sequer conheciam a referida associação ou tinham conhecimento do programa”*.

É de se manter, assim, a condenação.

Por fim, em relação ao pedido alternativo, de se ver reconhecida a incidência da atenuante genérica da confissão (art. 65, III, *d*, do Código Penal), esta encontra óbice diante da Súmula nº 231/STJ, ao se fixar, na primeira fase da dosimetria, pena no mínimo legal, sendo vedada, na segunda fase, a condução da pena aquém de tal patamar.

Passo ao recurso manejado pelo órgão acusador, onde pretende ver exasperada a pena-base, apontando a dissociação do mínimo legal ao visualizar, em desfavor dos acusados, a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime.

Vejo assistir, em parte, razão. Explico.

No quesito culpabilidade, faz-se certo uma destacada reprovação diante da condição ostentada pelos acusados de integrar

funções de direção na Associação Comunitária Padre Nestor (ASCOPAN).

Rivaldo Santos Silva, que já havia exercido sua presidência anteriormente, e retomou tais funções a partir de dezembro de 2008, à época dos fatos apresenta-se como responsável pelo projeto; Lúcia Helena da Silva, exercia a presidência à época; Lindinalva dos Santos, a tesouraria, função essa que viria a ser ocupada igualmente por José Antônio da Silva quando da nova gestão de Rivaldo Santos Silva. Tem-se por notória a contrariedade, no agir dos acusados, além da própria ilicitude dos fatos, aos deveres junto àquela associação, bem como à representação a eles conferida pelos demais associados.

Os motivos apresentados pelo órgão acusador, de obter vantagem indevida em detrimento de escassos recursos públicos destinados à população mais necessitada, na realidade, se confunde com a elementar do tipo penal.

De igual sorte as circunstâncias do crime, apontando o órgão acusador a utilização de documento falso.

As consequências do crime, no entanto, apresenta valoração negativa, agora sim por destinados os recursos objeto da ilicitude a amenizar as mazelas da população mais necessitada, além de prejudicar os pequenos produtores, reais destinatários daqueles recursos para a compra da produção láctea a ser doada à população, que não a tiveram adquirida pelo programa.

Pertinente, então, acolher-se, ao menos parcialmente, a insurgência manifestada pelo órgão acusador, pelo que, reformando a sentença quanto à dosimetria, já na sua primeira fase, passo a fixá-la:

1. Pena-base

Presentes em desfavor dos acusados duas das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e a par de um sopesamento adotando-se critérios objetivos e subjetivos, fixa-se a pena-base em patamar dissociado do mínimo, em 2 (dois) anos de reclusão.

2. Circunstâncias agravantes e atenuantes

Não mais se fazendo presente o óbice da Súmula nº 231/STJ, por dissociada a pena-base do mínimo legal, aprecia-se o

pedido alternativo da defesa de ver incidir a atenuante genérica da confissão.

Ainda que não tenham admitido a ilicitude e a tipicidade da conduta, reconhecer os fatos ocorridos, narrando-a em juízo, situação essa que proporcionou o necessário convencimento ao douto Magistrado sentenciante para firmar o decreto condenatório.

A jurisprudência reconhece aplicável a atenuante, mesmo que a tese da defesa seja de não reconhecer a autoria ou a materialidade, se daí convergem elementos hábeis à solução da persecução criminal.

Assim, acolho, neste ponto, a insurgência da defesa para reconhecer a incidência da atenuante genérica da confissão, minorando a pena em 6 (seis) meses e, por ausente circunstâncias agravantes, fixar a pena, nesta segunda fase da dosimetria, para cada acusado, em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão.

3. Causas especiais de aumento e de diminuição da pena

Presente unicamente a causa de aumento do parágrafo 3º do art. 171 do Código Penal, para exasperar a pena em 1/3 (um terço), tem-se, ao final, por concreta e definitiva, para cada um dos réus, uma pena privativa de liberdade fixada em **2 anos de reclusão**, em regime de cumprimento inicialmente aberto, mantida a substituição por restritivas de direitos nos idênticos termos da sentença.

Pena de multa

Para guardar proporcionalidade à pena privativa de liberdade é de ser fixada a pena de multa, para cada um dos acusados, em **60 (sessenta) dias-multa**, cada qual valorado em **1/30 (um trigésimo) do salário mínimo** vigente à época dos fatos, atualizado quando da execução.

Posto isso, dou parcial provimento a ambas as apelações.

É como voto.

COMPOSIÇÃO DA TERCEIRA TURMA



Desembargador Federal Cid Marconi
Presidente da Terceira Turma
Período: março/2019 a março/2021



Desembargador Federal
Rogério Fialho



Desembargador Federal
Fernando Braga

JURISPRUDÊNCIA DA TERCEIRA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 600.818-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: AVELINA CELESTINA FERREIRA LIMA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. FRANCISCO ANASTÁCIO DE SOUSA (APTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA HÍBRIDA. LEI Nº 11.718/08. ATIVIDADE RURAL E URBANA. NÃO COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. APOSENTADORIA URBANA DO CÔNJUGE. NÃO EXTENSÃO DE DOCUMENTOS EM NOME DOS GENITORES. APELAÇÃO DA AUTORA IMPROVIDA.

1. A edição da Lei 11.718, de 20 de junho de 2008, promoveu uma alteração no art. 48 da Lei 8.213/91, que possibilitou a contagem mista do tempo de labor rural e urbano para fins de concessão de aposentadoria por idade, com a majoração do requisito etário mínimo para 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, respectivamente, para mulheres e homens.

2. Restou introduzida nova modalidade de aposentadoria por idade, a qual permite ao segurado somar períodos de trabalho rural e urbano para completar o tempo correspondente à carência exigida, independente da predominância das atividades ou da averiguação do tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento, desde que alcançado o requisito etário. É a denominada aposentadoria por idade híbrida.

3. Tratando-se de comprovação de tempo de serviço, é indispensável a existência de início razoável de prova material da atividade rural,

contemporânea à época dos fatos, corroborada por coerente e robusta prova testemunhal.

4. Não foi demonstrada a atividade rurícola da parte autora através da apresentação de início de prova material. Foram apresentados, apenas: (I) Certidão de casamento dos pais da autora, ocorrido em 01/01/1944, em que consta ser o pai agricultor; (II) Certidões de em inteiro teor de registro civil, em que consta o nascimento das irmã da autora, com o pai tendo se declarado agricultor por ocasião do registro das certidões, em 07/10/1944; (III) Certidão de aquisição de imóvel rural pelo pai da autora, em 28/02/1966; (IV) Carteira do Sindicato, em nome da mãe da autora, com data de inscrição em 08/02/1976; (V) Carteira de identificação do sócio, em nome da autora, com data de entrada em 10/03/1988, em que consta ser a autora agricultora; (VI) Recibos de contribuição para o Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Milagres-CE, em nome da autora, referente a contribuições entre os anos de 1994 a 2009; (VII) Ficha de inscrição no Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Milagres-CE, em que consta ter a autora se inscrito no sindicato em 07/10/2009; (VIII) Declaração de Exercício da Atividade Rural, expedida em 08/02/2011, em que consta ter a autora exercido atividade rural no período de 07/10/2009 a 20/12/2010.

5. Os documentos apresentados, em sua maioria, além de possuírem caráter meramente declaratório, dizem respeito a períodos em que a autora contribuiu como trabalhadora urbana, quais sejam, os períodos de 01/07/1986 a 16/02/1989 e de 01/10/1996 a 30/04/2005, de modo que não se prestam a comprovar o exercício da atividade rural em regime de economia familiar.

6. Tampouco os documentos apresentados em nome dos genitores da autora podem ser extensíveis, vez que dizem respeito a momentos an-

teriores ao período de carência que se pretende demonstrar.

7. Restou verificado, em consulta ao CNIS, que o cônjuge da ora recorrente possuiu vínculos urbanos entre os anos de 1977 a 2017, possuindo aposentadoria urbana na qualidade de comerciante. Em que pese o entendimento jurisprudencial segundo o qual o trabalho urbano de um dos membros do grupo familiar não descaracteriza, por si só, os demais integrantes como segurados especiais, tal não pode ser o entendimento adotado no caso concreto. O exercício da atividade urbana e a consequente aposentadoria percebida pelo cônjuge descaracterizam o regime de economia familiar, vez que a atividade rural, se desempenhada, não se mostraria indispensável para a subsistência do grupo familiar.

8. Não se lhe pode reconhecer condição de rural, pois não restou provada a atividade rural em regime de economia familiar. Portanto, não há como deferir o presente pedido de aposentadoria por idade híbrida.

9. Apelação improvida. Sem condenação ao pagamento de honorários recursais, ante a ausência de condenação em honorários sucumbenciais no juízo de origem.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 25 de abril de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO:

Trata-se de apelação interposta pela parte autora (fls. 151/164) em face da sentença do juízo de origem (fls. 138/139) que julgou improcedente o pedido inicial de recebimento de aposentadoria por idade híbrida, ao entendimento de que não restou comprovado o efetivo exercício da atividade rural no período de carência exigido, vez que os documentos juntados nos autos não se prestam para servir de início de prova material, bem como constam provas de que o cônjuge da requerente exerceu atividade urbana por todo o período de carência. Deixou-se de condenar em custas processuais e honorários sucumbenciais, em face da gratuidade da justiça deferida.

Em suas razões de apelo, sustenta a requerente, em síntese, que houve apresentação de início de prova material apto a comprovar o exercício da atividade rural. Sustenta, também, que os vínculos urbanos do cônjuge não descaracterizam o labor rural, bem como é possível estender as provas em nome dos genitores que os qualificam como agricultores para a autora. Requer, desse modo, que seja reformada a sentença, a fim de que seja julgado procedente o pedido inicial.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO (Relator):

De início, recebo a apelação interposta pela parte autora, considerando presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos para a admissibilidade do recurso.

Para a percepção de aposentadoria por idade, o segurado deve demonstrar o cumprimento da idade mínima de 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher, e número mínimo de contribuições para preenchimento do período de carência correspondente, conforme artigos 48 e 142 da Lei 8.213/91.

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar

65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

§ 1º Os limites fixados no *caput* são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea *a* do inciso I, na alínea *g* do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei.

§ 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher.

§ 4º Para efeito do § 3º deste artigo, o cálculo da renda mensal do benefício será apurado de acordo com o disposto no inciso II do *caput* do art. 29 desta Lei, considerando-se como salário de contribuição mensal do período como segurado especial o limite mínimo de salário de contribuição da Previdência Social.

Anota-se, por oportuno, que a edição da Lei 11.718, de 20 de junho de 2008, promoveu uma alteração no art. 48 da Lei 8.213/91, que possibilitou a contagem mista do tempo de labor rural e urbano para fins de concessão de aposentadoria por idade, com a majoração do requisito etário mínimo para 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, respectivamente, para mulheres e homens.

Assim, restou introduzida nova modalidade de aposentadoria por idade, a qual permite ao segurado somar períodos de trabalho rural e urbano para completar o tempo correspondente à carência exigida, desde que alcançado o requisito etário de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. É a denominada aposentadoria por idade híbrida.

A concessão da aposentadoria híbrida independe da predominância das atividades, tampouco se mostra relevante averiguar o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento. Nesse sentido, tem-se o precedente do STJ:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. ART. 48, §§ 3º E 4º, DA LEI 8.213/1991. TRABALHO URBANO E RURAL NO PERÍODO DE CARÊNCIA. REQUISITO. LABOR CAMPESINO NO MOMENTO DE IMPLEMENTAR O REQUISITO ETÁRIO OU O REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA AFASTADA. CONTRIBUIÇÕES. TRABALHO RURAL.

1. O INSS interpôs recurso especial aduzindo que a parte ora recorrida não se enquadra na aposentadoria por idade prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, pois no momento de implementar o requisito etário ou o requerimento administrativo era trabalhadora urbana, sendo a citada norma dirigida a trabalhadores rurais. Aduz ainda que o tempo de serviço rural anterior à Lei 8.213/1991 não pode ser computado como carência.

2. O § 3º do art. 48 da Lei 8.213/1991 (com a redação dada pela Lei 11.718/2008) dispõe: “§ 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher”.

3. Do contexto da Lei de Benefícios da Previdência Social se constata que a inovação legislativa trazida pela Lei 11.718/2008 criou forma de aposentação por idade híbrida de regimes de trabalho, contemplando aqueles trabalhadores rurais que migraram temporária ou definitivamente para o meio urbano e que não têm período de carência suficiente para a aposentadoria prevista para os trabalhadores urbanos (*caput* do art. 48 da Lei 8.213/1991) e para os rurais (§§ 1º e 2º do art. 48 da Lei 8.213/1991).

4. Como expressamente previsto em lei, a aposentadoria por idade urbana exige a idade mínima de 65 anos para homens e 60 anos para mulher, além de contribuição pelo período de carência exigido. Já para os trabalhadores

exclusivamente rurais, a idade é reduzida em cinco anos e o requisito da carência restringe-se ao efetivo trabalho rural (art. 39, I, e 143 da Lei 8.213/1991).

5. A Lei 11.718/2008, ao incluir a previsão dos §§ 3º e 4º no art. 48 da Lei 8.213/1991, abrigou, como já referido, aqueles trabalhadores rurais que passaram a exercer temporária ou permanentemente períodos em atividade urbana, já que antes da inovação legislativa o mesmo segurado se encontrava num paradoxo jurídico de desamparo previdenciário: ao atingir idade avançada, não podia receber a aposentadoria rural porque exerceu trabalho urbano e não tinha como desfrutar da aposentadoria urbana em razão de o curto período laboral não preencher o período de carência.

6. Sob o ponto de vista do princípio da dignidade da pessoa humana, a inovação trazida pela Lei 11.718/2008 consubstancia a correção de distorção da cobertura previdenciária: a situação daqueles segurados rurais que, com a crescente absorção da força de trabalho campesina pela cidade, passam a exercer atividade laborais diferentes das lides do campo, especialmente quanto ao tratamento previdenciário.

7. Assim, a denominada aposentadoria por idade híbrida ou mista (art. 48, §§ 3º e 4º, da Lei 8.213/1991) aponta para um horizonte de equilíbrio entre a evolução das relações sociais e o Direito, o que ampara aqueles que efetivamente trabalharam e repercute, por conseguinte, na redução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário.

8. Essa nova possibilidade de aposentadoria por idade não representa desequilíbrio atuarial, pois, além de exigir idade mínima equivalente à aposentadoria por idade urbana (superior em cinco anos à aposentadoria rural), conta com lapsos de contribuição direta do segurado que a aposentadoria por idade rural não exige.

9. Para o sistema previdenciário, o retorno contributivo é maior na aposentadoria por idade híbrida do que se o mesmo segurado permanecesse exercendo atividade exclusivamente rural, em vez de migrar para o meio urbano, o que representará, por certo, expressão jurídica de amparo das situações de êxodo rural, já que, até então, esse fenômeno culminava em severa restrição de direitos previdenciários aos trabalhadores rurais.

10. Tal constatação é fortalecida pela conclusão de que o disposto no art. 48, §§ 3º e 4º, da Lei 8.213/1991 materializa a previsão constitucional da uniformidade e equivalência entre os benefícios destinados às populações rurais e urbanas (art. 194, II, da CF), **o que torna irrelevante a preponderância de atividade urbana ou rural para definir a aplicabilidade da inovação legal aqui analisada.**

11. Assim, seja qual for a predominância do labor misto no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo, o trabalhador tem direito a se aposentar com as idades citadas no § 3º do art. 48 da Lei 8.213/1991, desde que cumprida a carência com a utilização de labor urbano ou rural. Por outro lado, se a carência foi cumprida exclusivamente como trabalhador urbano, sob esse regime o segurado será aposentado (*caput* do art. 48), o que vale também para o labor exclusivamente rural (§§ 1º e 2º da Lei 8.213/1991).

12. Na mesma linha do que aqui preceituado: REsp 1.376.479/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado em 4.9.2014, pendente de publicação.

13. Observando-se a conjugação de regimes jurídicos de aposentadoria por idade no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, denota-se que cada qual deve ser observado de acordo com as respectivas regras.

14. Se os arts. 26, III, e 39, I, da Lei 8.213/1991 dispensam o recolhimento de contribuições para fins de aposentadoria por idade rural, exigindo apenas a comprovação do labor campesino, tal situação deve ser considerada para fins do cômputo da carência prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, não sendo, portanto, exigível o recolhimento das contribuições.

15. Agravo regimental não provido.

(AGRESP 201402965800, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, *DJe* DATA:06/04/2015 ..DTPB:.)

Tratando-se de comprovação de tempo de serviço, é indispensável a existência de início razoável de prova material da atividade rural, contemporânea à época dos fatos, corroborada por coerente e robusta prova testemunhal.

No caso em apreço, não foi demonstrada a atividade rurícola da parte autora através da apresentação de início de prova material. Foram apresentados, apenas: (I) Certidão de casamento dos pais da autora, ocorrido em 01/01/1944, em que consta ser o pai agricultor (fl. 61); (II) Certidões de em inteiro teor de registro civil, em que consta o nascimento das irmã da autora, com o pai tendo se declarado agricultor por ocasião do registro das certidões, em 07/10/1944 (fls. 62/63); (III) Certidão de aquisição de imóvel rural pelo pai da autora, em 28/02/1966 (fl. 64); (IV) Carteira do Sindicato, em nome da mãe da autora, com data de inscrição em 08/02/1976 (fl. 66v); (V) Carteira de identificação do sócio, em nome da autora, com data de entrada em 10/03/1988, em que consta ser a autora agricultora (fl. 68); (VI) Recibos de contribuição para o Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Milagres-CE, em nome da autora, referente a contribuições entre os anos de 1994 a 2009 (fls. 69/70); (VII) Ficha de inscrição no Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Milagres-CE, em que consta ter a autora se inscrito no sindicato em 07/10/2009 (fl. 72); (VIII) Declaração de Exercício da Atividade Rural, expedida em 08/02/2011, em que consta ter a autora exercido atividade rural no período de 07/10/2009 a 20/12/2010 (fl. 83).

Analisando os documentos apresentados, constata-se que, em sua maioria, além de possuírem caráter meramente declaratório, dizem respeito a períodos em que a autora contribuiu como trabalhadora urbana, quais sejam, os períodos de 01/07/1986 a 16/02/1989 (fl. 27) e de 01/10/1996 a 30/04/2005 (fls. 41/52), de modo que não se prestam a comprovar o exercício da atividade rural em regime de economia familiar.

Tampouco os documentos apresentados em nome dos genitores da autora podem ser extensíveis, vez que dizem respeito a momentos anteriores ao período de carência que se pretende demonstrar.

Ademais, restou verificado, em consulta ao CNIS (fls. 112/118), que o cônjuge da ora recorrente possuiu vínculos urbanos entre os anos de 1977 a 2017, possuindo aposentadoria urbana na qualidade de comerciário (fl. 123). Em que pese o entendimento jurisprudencial segundo o qual o trabalho urbano de um dos membros do grupo familiar não descaracteriza, por si só, os

demais integrantes como segurados especiais, tal não pode ser o entendimento adotado no caso concreto. Observa-se, no caso em análise, que o exercício da atividade urbana e a consequente aposentadoria percebida pelo cônjuge descaracterizam o regime de economia familiar, vez que a atividade rural, se desempenhada, não se mostraria indispensável para a subsistência do grupo familiar.

Assim, diante deste contexto, não se lhe pode reconhecer condição de rurícola, pois não restou provada a atividade rural em regime de economia familiar. Portanto, não há como deferir o presente pedido de aposentadoria por idade híbrida.

Ante o exposto, nego provimento à apelação. Deixo de condenar ao pagamento de honorários recursais, ante a ausência de condenação em honorários sucumbenciais no juízo de origem.

É como voto.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA Nº 0805084-87.2018.4.05.8100-CE (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: ANTÔNIO JOSÉ DE PINHO FERNANDES
Adv./Proc.: DR. FERNANDO PAULO MELO COLARES (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ESTRANGEIRO DE NACIONALIDADE PORTUGUESA. PROCESSO DE AQUISIÇÃO DE NACIONALIDADE BRASILEIRA. EXIGÊNCIA DE CERTIFICADO DE PROFICIÊNCIA EM LÍNGUA PORTUGUESA PARA ESTRANGEIROS. CONDIÇÃO NÃO PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPROVIMENTO.

1. Trata-se de apelação interposta pela União contra sentença que concedeu a segurança nos termos em que requeridos na inicial, tornando definitivo os efeitos da liminar deferida, para determinar que o processo de obtenção de cidadania brasileira da parte autora (protocolado sob

o nº 08270004463/2018-18), no Departamento de Polícia Federal de Fortaleza, seja recebido e processado somente com os documentos pertinentes à comprovação exigida constitucionalmente, salvo se houve outro motivo impeditivo.

2. No caso dos autos, foi impetrado Mandado de Segurança contra ato reputado ilegal e abusivo praticado pela DELEGADA CHEFE DA DELEGACIA DA POLÍCIA FEDERAL DA CIDADE DE FORTALEZA/CE, argumentando-se que: a) o impetrante protocolou pedido de cidadania brasileira em 20/03/2018, no Departamento de Polícia Federal; b) foi concedido o prazo de 30 (trinta) dias para juntar ao processo a prova de proficiência em português do Ministério da Educação; c) ao tentar entrar em contato com o MEC, percebeu que a única prova que seria aplicada no mês de junho, havia sido cancelada e sem data para realização; d) retornou a sede da Polícia Federal para informar a situação e pedir a prorrogação do prazo de juntada da prova, tendo sido informado que caso o documento não fosse juntado no prazo estipulado na notificação, o processo seria arquivado; e) não tem culpa pela situação e tal exigência não está prevista na legislação específica vigente, que apenas requer que o estrangeiro tenha conhecimento em português, que é o caso do impetrante, que se trata de cidadão português. Pugnou, ao final, que fosse prorrogado o prazo de atendimento à exigência sobredita, com a suspensão do processo de obtenção de cidadania brasileira, ou que fosse determinado o prosseguimento do processo, desconsiderando a prova de proficiência, em razão de o impetrante já ter conhecimento da língua portuguesa.

3. O Juízo de origem entendeu pelo descabimento da exigência da comprovação da capacidade de comunicação em língua portuguesa, por meio da apresentação de Certificado de Proficiência em

Língua Portuguesa para Estrangeiros (CELPE-BRAS), no processo de obtenção de cidadania brasileira. A União, por seu turno defende que tal exigência se deu em observância do disposto no art. 233 do Decreto 9.199/2017, bem como da Portaria Interministerial nº 11/2018, e que o impetrante, quando estiver em solo nacional, pode realizar o teste de português na Unidade de Imigração da Polícia Federal, em Fortaleza, o que denotaria a ausência de interesse de agir.

4. O art. 12, II, a, da CF prevê que são brasileiros naturalizados os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral. Já o art. 65 da Lei 13.445/2017 (Lei de Imigração) estabelece será concedida a naturalização ordinária àquele que preencher as seguintes condições: ter capacidade civil, segundo a lei brasileira; ter residência em território nacional, pelo prazo mínimo de 4 (quatro) anos; comunicar-se em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando; e não possuir condenação penal ou estiver reabilitado, nos termos da lei. O art. 233, III, do Decreto 9.199/2017 também diz que, no procedimento para a concessão de naturalização ordinária, deve ser comprovada capacidade de se comunicar em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando. Além disso, o art. 5º da Portaria Interministerial nº 11, de 3 de maio de 2018, por sua vez, estabelece que a comprovação da capacidade de se comunicar em língua portuguesa se dará por meio da apresentação de Celpe-Bras - Certificado de Proficiência em Língua Portuguesa para Estrangeiros, nos termos definidos pelo Ministério da Educação.

5. Assiste razão ao Juízo de origem ao afirmar que “Os requisitos gerais do artigo 65 da mencionada Lei, não cabe a extensão de seu conteúdo

à situação jurídica dos originários de países de língua portuguesa para os quais foi expressa a norma constitucional em circunscrever o alcance da lei somente à comprovação de residência por um ano e de idoneidade moral”.

6. Diante desse contexto, considerando a comprovação de que o impetrante tem nacionalidade portuguesa, mostra-se indevida a exigência de apresentação de CELPE-BRAS - Certificado de Proficiência em Língua Portuguesa para Estrangeiros, já que não prevista na Constituição Federal.

7. Apelação improvida. Sem honorários recursais por se tratar de mandado de segurança.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 15 de maio de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA :

Trata-se de apelação interposta pela União contra sentença que concedeu a segurança nos termos em que requeridos na inicial, tornando definitivo os efeitos da liminar deferida, para determinar que o processo de obtenção de cidadania brasileira da parte autora (protocolado sob o nº 08270004463/2018-18), no Departamento de Polícia Federal de Fortaleza, seja recebido e processado somente com os documentos pertinentes à comprovação exigida constitucionalmente, salvo se houve outro motivo impeditivo.

Em suas razões, a apelante sustenta que: a) para o deferimento do pedido de naturalização ordinária, um dos documentos atual-

mente exigidos, de acordo com o art. 233 do Decreto 9.199/2017, bem como da Portaria Interministerial nº 11/2018, consiste na “comprovação da capacidade de se comunicar em língua portuguesa”, que se dará por meio da apresentação de CELPE-BRAS - Certificado de Proficiência em Língua Portuguesa para Estrangeiros, nos termos definidos pelo Ministério da Educação; b) o pedido do impetrante foi extinto por não ter sido apresentada resposta, no prazo concedido, para a apresentação desta documentação; c) os testes de português poderiam ocorrer perante a Unidade de Imigração da Polícia Federal em Fortaleza, como vem ocorrendo de forma regular, desde que o interessado esteja no país; d) de acordo com o histórico dos movimentos migratórios, o apelado saiu do país aos 24/03/18, não tendo retornado até então; e) Não há, assim, interesse jurídico do apelado no presente *mandamus*, pois, uma vez em solo nacional, poderá realizar referido teste e cumprir a exigência legal.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

No caso dos autos, foi impetrado mandado de segurança contra ato reputado ilegal e abusivo praticado pela DELEGADA CHEFE DA DELEGACIA DA POLÍCIA FEDERAL DA CIDADE DE FORTALEZA/CE, argumentando-se que: a) o impetrante protocolou pedido de cidadania brasileira em 20/03/2018, no Departamento de Polícia Federal; b) foi concedido o prazo de 30 (trinta) dias para juntar ao processo a prova de proficiência em português do Ministério da Educação; c) ao tentar entrar em contato com o MEC, percebeu que a única prova que seria aplicada no mês de junho, havia sido cancelada e sem data para realização; d) retornou a sede da Polícia Federal para informar a situação e pedir a prorrogação do prazo de juntada da prova, tendo sido informado que caso o documento não fosse juntado no prazo estipulado na notificação, o processo seria arquivado; e) não tem culpa pela situação e tal exigência não está prevista na legislação específica vigente, que apenas requer que

o estrangeiro tenha conhecimento em português, que é o caso do impetrante, que se trata de cidadão português. Pugnou, ao final, que fosse prorrogado o prazo de atendimento à exigência sobredita, com a suspensão do processo de obtenção de cidadania brasileira, ou que fosse determinado o prosseguimento do processo, desconsiderando a prova de proficiência, em razão de o impetrante já ter conhecimento da língua portuguesa.

O Juízo de origem entendeu pelo descabimento da exigência da comprovação da capacidade de comunicação em língua portuguesa, por meio da apresentação de Certificado de Proficiência em Língua Portuguesa para Estrangeiros (CELPE-BRAS), no processo de obtenção de cidadania brasileira. A União, por seu turno, defende que tal exigência se deu em observância do disposto no art. 233 do Decreto 9.199/2017, bem como da Portaria Interministerial nº 11/2018, e que o impetrante, quando estiver em solo nacional, pode realizar o teste de português na Unidade de Imigração da Polícia Federal, em Fortaleza, o que denotaria a ausência de interesse de agir.

O art. 12, II, a, da CF prevê que são brasileiros naturalizados os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral. Já o art. 65 da Lei 13.445/2017 (Lei de Imigração) estabelece que será concedida a naturalização ordinária àquele que preencher as seguintes condições: ter capacidade civil, segundo a lei brasileira; ter residência em território nacional, pelo prazo mínimo de 4 (quatro) anos; comunicar-se em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando; e não possuir condenação penal ou estiver reabilitado, nos termos da lei. O art. 233, III, do Decreto 9.199/2017 também diz que, no procedimento para a concessão de naturalização ordinária, deve ser comprovada capacidade de se comunicar em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando. Além disso, o art. 5º da Portaria Interministerial nº 11, de 3 de maio de 2018, por sua vez, estabelece que a comprovação da capacidade de se comunicar em língua portuguesa se dará por meio da apresentação de CELPE-BRAS - Certificado de Proficiência em Língua Portuguesa para Estrangeiros, nos termos definidos pelo Ministério da Educação.

Assiste razão ao Juízo de origem ao afirmar que “Os requisitos gerais do artigo 65 da mencionada Lei, não cabe a extensão de seu conteúdo à situação jurídica dos originários de países de língua portuguesa para os quais foi expressa a norma constitucional em circunscrever o alcance da lei somente à comprovação de residência por um ano e de idoneidade moral”.

Diante desse contexto, considerando a comprovação de que o impetrante tem nacionalidade portuguesa (Id. 4058100.3547385), mostra-se indevida a exigência de apresentação de CELPE-BRAS - Certificado de Proficiência em Língua Portuguesa para Estrangeiros, já que não prevista na Constituição Federal.

Ante o exposto, nego provimento à apelação. Sem honorários recursais por se tratar de mandado de segurança.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0802988-72.2018.4.05.8400-RN (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Apelante: RUY PEREIRA GASPAR
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. VINÍCIUS AUGUSTO CIPRIANO MANICOBA DE SOUZA E OUTRO (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISENÇÃO. BAGAGEM. MAIS DE UMA VIAGEM AO EXTERIOR NO PERÍODO DE UM MÊS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE. VOCAÇÃO DA NORMA DE DIREITO PÚBLICO PREDOMINANTEMENTE GARANTISTA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de apelação contra sentença que denegou a ordem em mandado de segurança impetrado contra o Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil no Rio Grande do Norte, que, em detrimento dos interesses do impetrante, fez lançamento de Imposto de Importação descon-

siderando a isenção instituída pelo Decreto-Lei nº 2.120/1984 e regulamentada pelo Decreto nº 6.759/2009 (art. 157) e pela Portaria MF nº 440/2010 (art. 7º, III, a).

2. Não há qualquer controvérsia quanto aos fatos. A própria autoridade impetrada confirma a praxe Fazendária de negar a isenção àquele que ingressou no País (por via aérea ou marítima) há menos trinta dias.

3. O deslinde do presente recurso exige, primeiramente, se verifique a compatibilidade da atuação da fiscalização aduaneira com a legislação que rege a importação de mercadorias integrantes de bagagem acompanhada.

4. Num segundo momento, se necessário, dever-se-á escrutinar a legitimidade das mencionadas normas, notadamente em face dos princípios constitucionais que limitam o poder de tributar.

5. Segundo a própria autoridade impetrada, a norma que ampararia o comportamento da Administração é a Portaria nº 440/2010 do Ministério da Fazenda (regulamentadora dos Decretos-Leis nº 13/66 e nº 2.120/84), a qual, em seu artigo 7º, dispõe que: “o viajante procedente do exterior poderá trazer em sua bagagem acompanhada, com a isenção dos tributos a que se refere o art. 6º: [...] III - outros bens, observado o disposto nos §§ 1º a 5º, e os limites de valor global de: a) US\$ 500.00 (quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) ou o equivalente em outra moeda, quando o viajante ingressar no País por via aérea ou marítima; [...] § 4º O direito à isenção a que se refere o inciso III do caput somente poderá ser exercido uma vez a cada intervalo de 1 (um) mês. § 5º O controle da fruição do direito a que se refere o § 4º independe da existência de tributos a recolher em relação aos bens do viajante”.

6. Como se vê, a questão se resume à determinação do alcance do § 5º. Parece claro que, na

sua essência, se trata de uma autorização para que os agentes do Fisco, quando do “controle da fruição da dita isenção”, utilizem outros elementos demonstrativos para considerar já exercido o direito à isenção dentro do trintídio imediatamente anterior. Significa dizer que o recolhimento do imposto de importação, quando do ingresso antecedente, não é condição indispensável para que se considere já fruída a isenção e, conseqüentemente, se negue a isenção quando do reingresso no País.

7. Entretanto, a praxe fazendária pressupõe que o dispositivo autoriza que se negue a isenção a qualquer pessoa que já tenha ingressado no País nos últimos 30 dias, independentemente de ter, ou não, trazido bagagem, de constar nesta, ou não, mercadoria estrangeira, enfim, de ter, ou não, ocorrido o fato gerador do imposto de importação.

8. Tal alcance não poderia ser dado texto. Primeiro, porque isso não se extrai da literalidade da mencionada norma. Segundo, porque se teria que admitir que o “legislador” definitivamente escolheu a pior forma para dizer o que poderia ser dito de forma simplória – “não faz jus à isenção aquele que retornou do exterior nos últimos 30 dias” –, desconsiderando a necessidade de se observar a clareza e precisão, indispensáveis à segurança jurídica. Terceiro, porque se estaria, através de Portaria, instalando na prática uma presunção absoluta de ocorrência do fato gerador, já que ao contribuinte não seria permitido fazer prova de que não importou mercadoria.

9. Certo que a sentença de primeiro grau, por sinal muito bem fundamentada, chegou a resultado diverso, permitindo o alongamento hermenêutico. Mas acredito que o fez porque partiu da premissa de que a legislação tributária teria uma função de “implementar a praticabilidade

e a simplificação da fiscalização e arrecadação dos tributos”.

10. Não vejo como compartilhar dessa mesma “largada”. É que, num Estado de Direito, a vocação da norma, notadamente a de direito público, é preponderantemente garantista, de tutela do indivíduo, sua liberdade e propriedade contra o arbítrio.

11. Apelação provida, para conceder a ordem.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 15 de maio de 2019 (Data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA DAMASCENO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de apelação interposta por RUY PEREIRA GASPAR contra a sentença prolatada em ação mandamental pelo Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

Em suas razões o apelante defendeu, em apertada síntese, o seu direito à isenção ao considerar que a norma instituidora do referido benefício fiscal não está alicerçada no limite temporal para a utilização da isenção, mas sim pela sua utilização efetiva no último mês. Afirmou, ainda, que houve violação ao núcleo duro da isenção, visto que o cidadão, ora apelante, não utilizou nem na primeira, nem na segunda viagem do benefício fiscal prescrito em norma fazendária, logo, tem-se em vista uma grave ferida a isonomia que deveria existir no direito a utilização do benefício aduaneiro. Nesse sentido, ressaltou, que impedir que determinado cidadão usufrua de benefício fiscal pelo simples fato de ter viaja-

do nos últimos 30 (trinta) dias não é coerente com o art. 7º, § 4º, da Portaria nº 440/2010 - MF, e nem sequer coaduna com o que preleciona o art. 20 da LINDB.

A UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) respondeu à apelação, limitando-se, porém, a fazer remissão aos argumentos já apresentados nas informações prestadas pela RFB (Identificador: 4058400.3456818).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

Trata-se de apelação contra sentença que denegou a ordem em mandado de segurança impetrado contra o Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil no Rio Grande do Norte, que, em detrimento dos interesses do impetrante, fez lançamento de Imposto de Importação desconsiderando a isenção instituída pelo Decreto-Lei nº 2.120/1984 e regulamentada pelo Decreto nº 6.759/2009 (art. 157) e pela Portaria MF nº 440/2010 (art. 7º, III, a).

Desde já, **recebo a apelação interposta**, considerando a presença do interesse recursal, o adimplemento das custas (Identificador: 4058400.3849987), bem como a sua tempestividade, razão pela qual passo a apreciar os termos nela expressos.

Não há qualquer controvérsia quanto aos fatos. A própria autoridade impetrada confirma a praxe Fazendária de negar a isenção àquele que ingressou no País (por via aérea ou marítima) há menos trinta dias.

O deslinde do presente recurso exige, primeiramente, se verifique a compatibilidade da atuação da fiscalização aduaneira com a legislação que rege a importação de mercadorias integrantes de bagagem acompanhada.

Num segundo momento, se necessário, dever-se-á escrutinar a legitimidade das mencionadas normas, notadamente em face dos princípios constitucionais que limitam o poder de tributar.

Segundo a própria autoridade impetrada, a norma que ampararia o comportamento da Administração é a Portaria nº 440/2010

do Ministério da Fazenda (regulamentadora dos Decretos-Leis nº 13/66 e nº 2.120/84), a qual, em seu artigo 7º, dispõe que:

o viajante procedente do exterior poderá trazer em sua bagagem acompanhada, **com a isenção dos tributos a que se refere o art. 6º: [...] III - outros bens, observado o disposto nos §§ 1º a 5º, e os limites de valor global de: a) US\$ 500,00** (quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) ou o equivalente em outra moeda, **quando o viajante ingressar no País por via aérea ou marítima; [...] § 4º O direito à isenção a que se refere o inciso III do caput somente poderá ser exercido uma vez a cada intervalo de 1 (um) mês. § 5º O controle da fruição do direito a que se refere o § 4º independerá da existência de tributos a recolher em relação aos bens do viajante.**

Como se vê, a questão se resume à determinação do alcance do § 5º. Parece claro que, na sua essência, se trata de uma autorização para que os agentes do Fisco, quando do “controle da fruição da dita isenção”, utilizem outros elementos demonstrativos para considerar já exercido o direito à isenção dentro do trintídio imediatamente anterior. Significa dizer que o recolhimento do imposto de importação, quando do ingresso antecedente, não é condição indispensável para que se considere já fruída a isenção e, conseqüentemente, se negue a isenção quando do reingresso no País.

Entretanto, a praxe fazendária pressupõe que o dispositivo autoriza se negue a isenção a qualquer pessoa que já tenha ingressado no País nos últimos 30 dias. Ponto.

Tal alcance não poderia ser dado texto. Primeiro, porque isso não se extrai da literalidade da mencionada norma. Segundo, porque se teria que admitir que o “legislador” definitivamente escolheu a pior forma para dizer o que poderia ser dito de forma simplória – “não faz jus à isenção aquele que retornou do exterior nos últimos 30 dias”–, desconsiderando a necessidade de se observar a clareza e precisão, indispensáveis à segurança jurídica. Terceiro, porque se estaria, através de Portaria, instalando na prática uma presunção absoluta de ocorrência do fato gerador, já que ao contribuinte não seria permitido fazer prova de que não importou mercadoria.

Certo que a sentença de primeiro grau, por sinal muito bem fundamentada, chegou a resultado diverso, permitindo o alongamento hermenêutico. Mas acredito que o fez porque partiu da premissa de que a legislação tributária teria uma função de “implementar a praticabilidade e a simplificação da fiscalização e arrecadação dos tributos”.

Não vejo como compartilhar dessa mesma “largada”. É que, num Estado de Direito, a vocação da norma, notadamente a de direito público, é preponderantemente garantista, de tutela do indivíduo, sua liberdade e propriedade contra o arbítrio.

Posto isso, dou provimento à apelação.

Sem condenação no pagamento dos honorários advocatícios, a teor do art. 25 da Lei nº 12.016/09.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003200-32.2013.4.05.8100-CE (PJe)

Relator : DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI
Apelantes: MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE E OUTRO
Apelado : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONDENAÇÃO DA UNIÃO E DO MUNICÍPIO. REMESSA NECESSÁRIA TIDA POR INTERPOSTA. OCUPAÇÕES IRREGULARES. PERÍMETRO URBANO DE FORTALEZA/CE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E TERRENOS DE MARINHA. POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE.

1. Apelações interpostas pela União e pelo Município de Fortaleza/CE em face de sentença que julgou procedente ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, condenando

os recorrentes a promover, no prazo de 2 (dois) anos, e nas suas respectivas esferas de atribuições, a fiscalização e regularização dos moradores que residem em terrenos de propriedade da União, dentro do perímetro urbano de Fortaleza, na região da Barra do Ceará, de forma a ordenar a adequada ocupação da área, nos limites em que permitir a legislação, notadamente a de proteção ambiental. Ordenou-se, ainda, ao Município de Fortaleza/CE, que inscreva as famílias, que desocuparão a citada área da União, no Programa Habitacional do Município, a fim de lhes garantir o direito constitucional à moradia.

2. Apelação do Município de Fortaleza/CE defendendo a perda do objeto da ação, tendo em vista que já teriam sido realizadas intervenções urbanísticas e de regularização fundiária na mesma região de que trata o presente feito. Quanto ao mérito, sustenta que o provimento judicial incurcionou indevidamente no mérito administrativo, vulnerando o princípio da separação dos poderes, bem assim a impossibilidade de execução do provimento, eis que não há previsão específica no Plano Plurianual e na Lei Orçamentária Anual.

3. Apelo da União aduzindo, igualmente, que o provimento jurisdicional recorrido merece reforma por incorrer em indevida invasão em esfera de atribuição que se contém no âmbito da discricionariedade administrativa.

4. Presença da União no polo passivo da demanda que se deve ao fato de parte das ocupações irregulares, contra as quais investe o Ministério Público Federal nesta ação civil pública, ser terreno de marinha, conforme prova constante dos autos, não refutada pelos demandados. Quanto à presença do Município de Fortaleza/CE, afigura-se legítima em razão de parte das ocupações situar-se em área de preservação permanente, no caso, em dunas, incumbindo ao ente

municipal “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII, da CF), daí se concluindo que o acolhimento do pedido, de fiscalização e regularização da área, formulado nesta ação, implica obrigação de fazer dirigida aos entes citados.

5. É sabido que a Constituição Federal distribuiu competências e reservou a cada um dos Poderes da República atribuições específicas. Assim, em regra, a separação de suas atuações em cada uma de suas esferas de competência pressupõe convivência harmônica. Entretanto, o “sistema de freios e contrapesos” subentende, também, a interseção das atuações a fim de se alcançar o cumprimento dos valores constitucionais, justificando-se, portanto, em casos excepcionais, a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, notadamente nas hipóteses de omissão que implicam frustração de direitos e valores constitucionais.

6. Colhe-se dos autos que o Ministério Público Federal, há mais de 20 (vinte) anos, em razão de diversas representações e denúncias acerca das ocupações irregulares, vem promovendo ações junto aos órgãos federais e municipais competentes, na tentativa de instá-los a promover a regularização da área, tendo em vista sobretudo os prejuízos ao meio ambiente causados pelas ocupações em área de preservação permanente, porém, sem obter sucesso.

7. Conforme destacado pelo Ministério Público Federal, no Parecer que instrui estes autos, “não obstante a construção da ponte sobre o Rio Ceará e a efetivação da primeira etapa do projeto Vila do Mar pelo Município de Fortaleza, entre 1992 e 1994, e as posteriores intervenções, a exemplo do desenvolvimento do Programa de Requalificação

Urbana com Inclusão social (PREURBIS), tais políticas foram insuficientes para promoverem tanto a salvaguarda ambiental quanto a segurança jurídica aos cidadãos”.

8. Após várias diligências junto ao Município de Fortaleza/CE, restou demonstrado que as políticas públicas desenvolvidas não tiveram o condão de solucionar as ocupações irregulares nos terrenos de marinha e áreas de preservação permanente, que se confundem. Daí porque não prospera a alegação de perda do objeto da ação, arguida em preliminar pelo Município de Fortaleza/CE.

9. “Não se sustenta o argumento da reserva legal. Foi demonstrado que foram realizadas a atualização do orçamento e a licitação, decorrendo a paralisação das obras de atraso no pagamento e judicialização da lide entre Administração e Empresa então vencedora do certame. Ainda que assim não o fosse, o longo tempo transcorrido, ressalte-se, mais de vinte anos, entre o início das demandas por regularização e a propositura da presente ação torna injustificável a ausência de previsão orçamentária”.

10. Evidenciada a omissão e, portanto, a “responsabilidade da União por não proceder à adequada regularização de seu patrimônio imobiliário, ocupado indevidamente e sem nenhum tipo de controle na região da Barra do Ceará. Também se percebe que o Município de Fortaleza inobservou o dever constitucional acima mencionado, na medida em que, primeiramente, não adotou providências para impedir a concretização da ocupação ilegal da área urbana da Barra do Ceará, além do que, não procurou sanar a ilegalidade praticada e impor a reparação dos danos causados ao meio ambiente”.

11. Cuidando-se de sentença que condenou a União e o Município em obrigação de fazer, está

sujeita a reexame necessário, a teor do art. 496, I, § 1º, do CPC. Apelações e remessa necessária, tida por interposta, improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa necessária, tida por interposta, nos termos do relatório e voto do Desembargador Relator, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 24 de maio de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI:

Apelações interpostas pela União e pelo Município de Fortaleza/CE em face de sentença que julgou procedente Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, condenando os recorrentes a “promover, no prazo de 2 (dois) anos, e nas suas respectivas esferas de atribuições, a fiscalização e regularização dos moradores que residem em terrenos de propriedade da União, dentro do perímetro urbano de Fortaleza, na região da Barra do Ceará delimitada pelo ofício e mapa de fls. 62 e 63 do P.A. nº 08105.000091/92-72, de forma a ordenar a adequada ocupação da área, nos limites em que permitir a legislação, notadamente a de proteção ambiental”, bem assim o “Município de Fortaleza a inscrever as famílias/pessoas que tenham que desocupar a citada área da União no Programa Habitacional do Município, a fim de lhes garantir o direito constitucional à moradia”.

O Município de Fortaleza/CE, em seu recurso de apelação, defende a perda do objeto da ação, tendo em vista que já teriam sido realizadas intervenções urbanísticas e de regularização fundiária na mesma região de que trata o presente feito, de maneira a não mais haver interesse no prosseguimento da demanda. Quanto ao mérito, sustenta que o provimento judicial incursionou indevidamente

no mérito administrativo propriamente dito, vulnerando o princípio da separação dos poderes. Alega, ademais, a impossibilidade de execução do provimento, eis que não há previsão específica no Plano Plurianual e na Lei Orçamentária Anual.

A União apela aduzindo que a pretensão do Ministério Público é, em síntese, a de que o Poder Judiciário efetive o controle do mérito administrativo, especificando prazo para que se efetive a atuação do Poder Público, sem considerar fatores como: a quantidade de imóveis a vistoriar no local, o tempo que seria de fato necessário para esta atuação, a existência de recursos materiais e humanos para a realização da tarefa, a complexidade da missão, outras prioridades que possa ter a SPU/CE, etc. Defende, em suma, a necessidade de reforma da sentença ante a indevida invasão do Poder Judiciário em esfera de atribuição que se contém no âmbito da discricionariedade administrativa.

Contrarrazões apresentadas.

Em Segundo Grau de Jurisdição, instado a se manifestar, o Ministério Público Federal ofertou parecer defendendo a manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI (Relator):

A sentença, proferida pela Juíza Federal Cíntia Menezes Brunetta, não merece reparos.

Há que se ressaltar, inicialmente, que a presença da União no polo passivo da demanda deve-se ao fato de que parte das ocupações irregulares, contra as quais investe o Ministério Público Federal nesta Ação Civil Pública, é terreno de marinha, conforme prova constante dos autos e não refutada pelos demandados.

Quanto à presença do Município de Fortaleza/CE, afigura-se legítima em razão de parte das ocupações situar-se em área de preservação permanente, no caso, em dunas, bem assim porque incumbe ao ente municipal “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso,

do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII, da CF), daí se conclui que o acolhimento do pedido, de fiscalização e regularização da área, formulado nesta ação, implica obrigação de fazer dirigida aos entes citados.

No que se refere à alegada incursão no mérito administrativo, não assiste razão aos recorrentes.

É sabido que a Constituição Federal distribuiu competências e reservou a cada um dos Poderes da República atribuições específicas. Assim, em regra, a separação de suas atuações em cada uma de suas esferas de competência pressupõe convivência harmônica.

Entretanto, o “sistema de freios e contrapesos” subentende, também, a interseção das atuações a fim de alcançar-se o cumprimento dos valores constitucionais, justificando-se, portanto, em casos excepcionais, a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, notadamente nas hipóteses de omissão que implicam frustração de direitos e valores constitucionais.

Pertinente trazer ao caso as palavras do Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima, por ocasião do julgamento do Processo: 08093864920174050000, 2ª Turma, julgamento: 27/02/2019:

Consoante pontuado no corpo da decisão em vergaste, é certo que o entendimento prevalente na atual composição da Segunda Turma deste Tribunal é o de que, de fato, a formulação de políticas públicas, como na hipótese em debate, é de competência exclusiva dos Poderes Executivo e Legislativo. Em assim sendo, é de rigor que não deve o Poder Judiciário assumir postura criadora de direito com base em decisões de cunho eminentemente valorativo e, por conseguinte, não lhe compete ordenar a aplicação dos recursos nessa ou naquela obra ou atividade, elegendo prioridades e exercendo juízo de conveniência e oportunidade. Essa é a regra.

Contudo, há situações excepcionais a demandar atuação do Poder Judiciário, ainda que nesse agir envolva a aplicação de recursos públicos em favor de certa demanda social. Daí que a interpretação a ser dispensada ao princípio da separação dos Poderes da República não deve ser rígida, mas consentânea com o caso concreto em exame. Nesse caminhar, o Supremo Tribunal Federal, há muito firmou entendimento de que é possível, em bases ex-

cepcionais, atribuir-se ao Poder Judiciário a incumbência típica dos Poderes Legislativo e Executivo em seara de políticas públicas, justamente nas hipóteses em que estes não cumprem os encargos político-jurídicos expressos na Constituição da República e desta omissão advierem repercussões diretas na eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos (cf. STF, ADPF-45, Relator Ministro Celso de Mello).

Também não merece guarida o argumento lançado pelo Município de Fortaleza/CE, de que a imposição de obrigação de fazer esbarraria no princípio da reserva legal, sendo impossível a execução do provimento, à falta de previsão específica no Plano Plurianual e na Lei Orçamentária Anual.

Conforme destacado no Parecer Ministerial, “não se sustenta o argumento da reserva legal. Foi demonstrado (fl. 325/327) que foram realizadas a atualização do orçamento e a licitação, decorrendo a paralisação das obras de atraso no pagamento e judicialização da lide entre Administração e Empresa então vencedora do certame. Ainda que assim não o fosse, o longo tempo transcorrido, ressalte-se, mais de vinte anos, entre o início das demandas por regularização e a propositura da presente ação torna injustificável a ausência de previsão orçamentária”.

Em relação aos fatos que embasam a demanda, colhe-se dos autos que o Ministério Público Federal, há mais de 20 (vinte) anos, em razão de diversas representações e denúncias acerca das ocupações irregulares, vem promovendo ações junto aos órgãos federais e municipais competentes, na tentativa de instá-los a promover a regularização da área, tendo em vista sobretudo os prejuízos ao meio ambiente causados pelas ocupações em área de preservação permanente, porém, sem obter sucesso.

Conforme destacado pelo Ministério Público Federal, no Parecer que instrui estes autos, “não obstante a construção da ponte sobre o Rio Ceará e a efetivação da primeira etapa do projeto Vila do Mar pelo Município de Fortaleza, entre 1992 e 1994, e as posteriores intervenções, a exemplo do desenvolvimento do Programa de Requalificação Urbana com Inclusão social (PREURBIS), tais políticas foram insuficientes para promoverem tanto a salvaguarda ambiental quanto a segurança jurídica aos cidadãos”.

De fato, após várias diligências junto ao Município de Fortaleza/CE, restou demonstrado que as políticas públicas desenvolvidas não tiveram o condão de solucionar as ocupações irregulares nos terrenos de marinha e áreas de preservação permanente, que se confundem. Daí porque não prospera a alegação de perda do objeto da ação, arguida em preliminar pelo Município de Fortaleza/CE.

Acolho, nesse particular, as razões muito bem expostas na sentença recorrida, nestes termos:

No caso em tela, após as informações prestadas pelos promovidos, o MPF observou que a área vistoriada pela SPU em 1º/4/2011 e referida no Relatório da SEMACE, acostado às fs. 52/55 dos autos, referente à Duna 02, coincide com a área informada pela Habitafor relativa à Duna 02.

Desta feita, fixando os objetivos da demanda, verifica-se que o pedido contido na exordial se refere ao local relativo ao terreno de marinha (base das dunas na Barra do Ceará), consoante descrição de fls. 62/63 do P.A., que se refere às fls. 76/77 destes autos.

Ocorre que, mesmo com a apresentação do Relatório técnico situacional sobre a intervenção do Programa de Requalificação Urbana com Inclusão Social - PREURBIS na bacia da vertente marítima - Comunidade Dunas, inserto às fls. 272/287, pairam dúvidas acerca da conclusão do processo de regularização da área ocupada e do devido remanejamento daquela população.

Até porque a Habitafor informou, às fls. 325/327, que o projeto destinado às famílias ocupantes da área da União, na Barra do Ceará, era o Projeto Dunas das Goiabeiras, em que foram entregues 62 unidades habitacionais, em 2008, no Conjunto Socorro Abreu. O reassentamento das 264 famílias remanescentes seria beneficiado pelo Projeto PREURBIS/Cocó, o qual, no entanto, está inviabilizado pela ocupação irregular do conjunto habitacional, em fase de conclusão, no ano de 2012, sendo objeto de ação de reintegração de posse, em trâmite na 10ª Vara da Fazenda Pública.

Ainda, segundo a Habitafor, o Município de Fortaleza vinha atuando no Projeto Vila do Mar (Antigo kartódromo até a Av. Dr. Theberg), onde teria havido a remoção de 613 famílias, além da inclusão de 488 famílias no Programa de

Locação Social, que seriam beneficiadas pelo residencial em construção na Av. Francisco Sá.

Assim, teria ficado acordado que as 264 famílias da área nominada Dunas das Goiabeiras seriam alocadas no conjunto em construção na Av. Francisco Sá (Projeto Vida do Mar), porém as obras, em 2012, foram paralisadas por atraso de pagamentos devido à empresa contratada que venceu o contrato da obra. A Administração teria realizado nova licitação, mas a empresa anterior teria ingressado com ação judicial e obtido ordem impedindo a contratação da empresa vencedora e, somente após vários meses, o Município obteve, em grau de recurso, a continuidade das obras.

Ademais, consoante o Ofício nº 491/2017-ASSJUR/Secretaria/Habitafor, o Município de Fortaleza requereu a inserção do Projeto Dunas das Goiabeiras no Projeto Vila do Mar, por meio da vinculação ao Programa Minha Casa Minha Vida, o que foi vedado pelo Ministério das Cidades, colocando por terra as tentativas do município de resolução da querela posta.

Logo, conclui-se que existem, pelo menos, 264 famílias ocupando terreno de marinha e que pertenciam ao Projeto Dunas das Goiabeiras, atualmente com sua construção inviabilizada; que as famílias, pelo encerramento do projeto, permanecem no local; que inexistiu prazo para retomada do projeto, especialmente pelas negativas apontadas pelo Ministério das Cidades.

Quanto ao mérito da pretensão, igualmente não merece reparos a sentença recorrida, que assim se houve:

À vista do que consta dos autos, compreendo que restou evidenciada a responsabilidade da União por não proceder à adequada regularização de seu patrimônio imobiliário, ocupado indevidamente e sem nenhum tipo de controle na região da Barra do Ceará. Também se percebe que o Município de Fortaleza inobservou o dever constitucional acima mencionado, na medida em que, primeiramente, não adotou providências para impedir a concretização da ocupação ilegal da área urbana da Barra do Ceará, além do que, não procurou sanar a ilegalidade praticada e impor a reparação dos danos causados ao meio ambiente.

Como resultado dessa omissão, a área de preservação permanente foi ocupada e, conseqüentemente, em virtude da supressão da vegetação natural da região, danos ambientais certamente foram ocasionados.

Portanto, assiste razão ao MPF quando aduz que as irregularidades aqui expostas resultam de três condutas, a saber, o ato nocivo praticado pelos particulares, correspondente à construção em terreno localizado em área de preservação ambiental, e a inércia, tanto do Município de Fortaleza como da União em impedir e, posteriormente, demolir as construções.

Deveras, não se trata aqui de invasão do Poder Judiciário na área de atuação do Poder Executivo, até porque as obrigações de fazer permitidas nesta ação não têm força de quebrar a harmonia e a independência dos Poderes. Na verdade, o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. Não há que se falar no caso em substituição ou alteração do orçamento público, sendo certo que o exame da questão posta em juízo envolve a proteção de direitos coletivos.

No entanto, há de se observar a forma de cumprimento da ordem e o impacto social desta decorrente. A retirada das famílias que ocupam os terrenos de marinha, sem planejamento e prévia estruturação, compromete a ordem e a segurança públicas.

O cumprimento da ordem demanda esforço conjunto de órgãos públicos, por isso a necessidade de planejamento para a realização da desocupação. Também não pode ser desconsiderado o risco de revolta dos envolvidos, que implica em risco à coletividade.

Por conseguinte, deve ser observada, para cumprimento da ordem judicial, a razoabilidade e a proporcionalidade da medida. A realocação de cerca de 264 famílias do local exige planejamento do município, demanda espaço físico apropriado e estrutura para proporcionar moradia digna, saúde, educação, saneamento básico, eletricidade e água a estas famílias. Ou seja, assegurar integralmente a eficácia do direito à moradia disciplinado no art. 6º da Constituição da República.

Por outro lado, observo que os documentos colacionados aos autos demonstram que o Poder Público não está totalmente inerte na realização das medidas necessárias ao implemento da ordem, embora não tenham sido suficientes. Uma ação civil pública com o propósito tão nobre como o de promover o ordenamento urbano e a proteção ambiental não pode desvirtuar-se e tornar-se inexecutável. Não é senão para impedir esse efeito indesejado, que se deve fixar um prazo razoável, que permita aos réus condições de cumprir com todas as suas obrigações.

Afinal, não se mostra plausível a retirada de 264 famílias sem que o Estado tenha um local apropriado para realocá-los. Esta ação demanda planejamento e prévia estruturação para sua válida efetivação.

Destarte, comprovada a inércia da União e do Município de Fortaleza e reconhecidas as suas responsabilidades, incumbe aplicar aos promovidos as sanções pertinentes.

III. DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, a fim de condenar a UNIÃO FEDERAL e o MUNICÍPIO DE FORTALEZA a promover, no prazo de 2 (dois) anos, e nas suas respectivas esferas de atribuições, a fiscalização e regularização dos moradores que residem em terrenos de propriedade da União, dentro do perímetro urbano de Fortaleza, na região da Barra do Ceará delimitada pelo ofício e mapa de fls. 62 e 63 do P.A. nº 08105.000091/92-72 (fls. 76 e 77 dos presentes autos), de forma a ordenar a adequada ocupação da área, nos limites em que permitir a legislação, notadamente a de proteção ambiental.

Condeno, ainda, o Município de Fortaleza a inscrever as famílias/pessoas que tenham que desocupar a citada área da União no Programa Habitacional do Município, a fim de lhes garantir o direito constitucional à moradia. Sem custas e sem honorários advocatícios, conforme o art. 17 da Lei nº 7.347/85.

Ressalte-se, por fim, que a sentença, tendo condenado a União e o Município em obrigação de fazer, está sujeita a reexame necessário, cumprindo dela conhecer, a teor do art. 496, I, § 1º, do CPC.

Em face do exposto, nego provimento às apelações e à remessa necessária, tida por interposta.

É como voto.

COMPOSIÇÃO DA QUARTA TURMA



Desembargador Federal Manoel Erhardt
Presidente da Quarta Turma
Período: março/2019 a março/2021



Desembargador Federal
Lázaro Guimarães



Desembargador Federal
Edilson Nobre

JURISPRUDÊNCIA DA QUARTA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0803861-09.2017.4.05.8400-RN (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: JOSÉ IGNÁCIO GOYENECHÉ ZARANDONA
Adv./Proc.: DR. TARCY GOMES ALVARES NETO (APDO.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E DIREITO COMPARADO. ESPÓLIO. AQUISIÇÃO DE BENS E DIREITOS. ANO-CALENDÁRIO DE 2006. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. IMPOSTO DE RENDA. AUTOR COM NACIONALIDADE ESPANHOLA. APLICÁVEL A CONVENÇÃO FIRMADA ENTRE O BRASIL E O REINO DA ESPANHA. DECRETO-LEGISLATIVO Nº 62/75, C/C DECRETO Nº 76.875/76. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1 - Trata-se de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido autoral, e declarou, por ausência de amparo legal, a nulidade da cobrança de imposto de renda relativo ao acréscimo patrimonial da parte apelada referente ao ano-calendário de 2006. Condenou a Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da parcela da dívida cuja exclusão ora se determina (o valor do imposto de renda cobrado sobre o acréscimo patrimonial no ano-calendário de 2006, nos termos prescritos pelo artigo 85, §§ 2º e 3º, inciso I, do Código de Processo Civil; e o autor no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor do débito remanescente.

2 - A Fazenda Nacional requer a reforma da sentença alegando primeiramente que o apelado estaria envolvido na Operação Escambo, procedimento de natureza penal em que se detectou várias operações imobiliárias de compra e venda de imóveis. Sustentou também que o apelado obteve ganho de capital no Brasil e não compro-

vou ou declarou a sua origem. Pretende assim a cobrança de imposto de renda por presunção de rendimento em razão de acréscimo patrimonial a descoberto em relação ao ano-calendário 2006, sendo, desse modo, sujeito passivo para o pagamento do imposto de renda suplementar no valor de R\$ 704.824,29, a ser acrescido de multa de ofício de 75% e juros de mora, por parte da RFB.

3 - Primeiramente, afasta-se as alegações que o falecido participou do esquema conhecido como Operação Escambo, porquanto inexitem nos autos qualquer menção ao nome do de cujus em relação a este procedimento penal. Acrescente-se que referida alusão, apenas foi alegada em sede recursal, o que demonstra inovação na matéria a ser decidida, violando o princípio do Juiz Natural. De plano, rejeita-se qualquer análise sobre o tema.

4 - Relativamente ao acréscimo patrimonial, a sentença reconheceu que o de cujus não obteve lucro patrimonial no Brasil, capaz de lhe gerar renda suficiente para a aquisição dos imóveis arrolados no Termo de Fiscalização. Afirma que todos os imóveis comprados pelo falecido investidor se deram por meio de capital estrangeiro, o qual sempre ingressou no Brasil via Banco Central, capital oriundo de empresa espanhola ou de empréstimos firmados na Espanha e quando das transferências das quantias via Banco Central da Espanha para o Banco Central do Brasil, o Fisco espanhol já informado, tributa a operação.

5 - Os documentos reunidos aos autos provam de que o falecido possuía renda financeira no exterior, tendo sido demonstrada a origem dos recursos utilizados para aquisição de bens no Brasil, havendo esclarecimento quanto à natureza e à fonte desses recursos, não havendo, desse modo, ambiente jurídico para a PGFN/RFB sustentarem que o falecido infringira legislação brasileira ao não declarar acréscimo patrimonial.

6 - Aplicável a hipótese o Decreto-Legislativo nº 62/75, combinado com o Decreto nº 76.975/76, o qual visa a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda, firmada entre a República Federativa do Brasil e o Estado Espanhol.

7 - Entre os fundamentos da douda sentença, destaco a interpretação exarada pelo ilustre Magistrado que assim declarou (4058400.3043122):
“(...) Como se vê pela redação da Convenção, nenhuma das hipóteses nele referidas ampara a cobrança pela Receita Federal a partir do acréscimo patrimonial não declarado, sendo que a que mais se aproximaria de uma autorização a uma subsunção encontra-se no Artigo 7, cuja incidência, todavia, é obstada pelo fato de a embargante não possuir estabelecimento permanente no Brasil que pudesse ensejar, aqui, a tributação. 19. Nesse aspecto, além de não encontrar amparo nas normas nacionais e no tratado contra a bitributação, a cobrança realizada pela Receita Federal sobre o aumento patrimonial do autor está na contramão do desenvolvimento dos movimentos internacionais que visam ao fortalecimento das economias e da livre concorrência. 20. Embora o Brasil não seja ainda membro da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), vale a pena mencionar que a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal destaca a necessidade de coordenação dos esforços no sentido de incentivar todas as formas de assistência administrativa em matéria fiscal, a fim de permitir que o maior número de Estados beneficie-se do novo quadro de cooperação e possa implementar normas mais abrangentes de cooperação internacional na área fiscal. 21. O objetivo, além de combater evasões e fraudes fiscais, cujo aumento verificou-se a partir dos movimentos internacionais de pessoas, capi-

tais, bens e serviços, é facilitar a realização das transações econômicas e assegurar a proteção adequada aos direitos dos contribuintes, a fim de que não sejam cobrados em duplicidade pelo pagamento de tributos. (...)” .

8 - Inexistindo previsão legal que autorize o Brasil a tributar aumento patrimonial com base em atividade empresarial desenvolvida na Espanha, resta infrutífera a execução fiscal em curso. Sentença mantida.

9 - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 29 de março de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido autoral e declarou, por ausência de amparo legal, a nulidade da cobrança de imposto de renda relativa ao acréscimo patrimonial no ano-calendário de 2006. Condenou a Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da parcela da dívida cuja exclusão ora se determina (o valor do imposto de renda cobrado sobre o acréscimo patrimonial no ano-calendário de 2006), nos termos prescritos pelo artigo 85, §§ 2º e 3º, inciso I, do Código de Processo Civil; e o autor no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor do débito remanescente.

A Fazenda Nacional alega (4058400.3624614):

1) que o autor deve ser submetido ao disciplinamento tributário brasileiro da época do fato gerador, uma vez que se enquadra na situação de residente no Brasil, nos termos do art. 12 da Lei nº 9.718/98;

2) da “operação escambo” deflagrada em 2008, a RFB, através do Mandado de Procedimento Fiscal 0420100.2011.01055-9, detectou várias operações imobiliárias de compra e venda em 2006, bem como grande movimentação bancária nos anos de 2007 a da “operação escambo” deflagrada em 2008, a RFB, através do Mandado de Procedimento Fiscal 0420100.2011.01055-9, detectou várias operações imobiliárias de compra e venda em 2006, bem como grande movimentação bancária nos anos de 2007 a 2009, todas incompatíveis com as declarações de IR apresentadas ao fisco federal.

3) que nenhum documento apresentado esclarece ou explicita sobre a natureza e/ou a fonte dos rendimentos do autuados, não havendo sequer demonstração, por exemplo, que se tratariam de recursos já oferecidos e/ou submetidos à tributação pelo fisco espanhol, ou se seriam de alguma forma isentos ou não tributáveis no Brasil, ao contrário, apenas confirmam que foram aplicados recursos, para aquisição de imóveis, não previamente declarados ao fisco brasileiro, e cuja licitude da origem não foi devidamente explicitada. Ademais, sustenta que nem os imóveis que o interessado eventualmente possuísse no exterior, nem suas participações societárias, nem tampouco as contas correntes, de poupança ou de investimentos alegados como existentes na Espanha, e de onde foram transferidos recursos para a aquisição de imóveis no Brasil, nada disso foi informado previamente ao fisco brasileiro na sua declaração de bens.

O espólio do autor alega que jamais fora denunciado e tampouco integrou na qualidade de réu na operação denominada “escambo”. Informa que o *de cujus* na qualidade de empresário do ramo da construção civil, radicado e natural da Espanha quando vivo, por volta do ano de 2003 passou a viajar para o Brasil, porém, esclarece que nunca obteve lucro ou acréscimo patrimonial

no Brasil, capaz de lhe gerar renda suficiente para a aquisição de imóveis arrolados no Termo de Fiscalização que fossem passíveis de incidência de IR, de multas e/ou qualquer outra cobrança por parte da Receita Federal do Brasil.

O apelado argumenta que todos os imóveis comprados pelo falecido investidor, se deram por meio de capital estrangeiro, o qual sempre ingressou no Brasil via Banco Central, capital este oriundo da sua empresa espanhola e/ou de empréstimos firmados na Espanha. O único débito discriminado é o reconhecidamente dantes devido pelo apelado (**já parcelado**), em virtude do ganho de capital quando da venda de imóvel para a empresa Construtora Barnatal de Apartamentos Ltda., inexistindo lógica nos demais montantes apontados, até porquê até a presente data os imóveis continuam sendo do apelado (**não houve venda – ganho de capital**), devendo portanto ser mantida a r. sentença *a quo*, por comprovadamente indevida a cobrança realizada imprudentemente pela apelante (4058400.3915158).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido autoral, e declarou, por ausência de amparo legal, a nulidade da cobrança de imposto de renda relativo ao acréscimo patrimonial da parte apelada referente ao no ano-calendário de 2006. Condenou a Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da parcela da dívida cuja exclusão ora se determina (o valor do imposto de renda cobrado sobre o acréscimo patrimonial no ano-calendário de 2006, nos termos prescritos pelo artigo 85, §§ 2º, e 3º, inciso I, do Código de Processo Civil; e o autor no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor do débito remanescente.

A Fazenda Nacional requer a reforma da sentença alegando primeiramente que o apelado está envolvido na Operação Escambo, procedimento de natureza penal em que se detectou várias operações imobiliárias de compra e venda de imóveis. Sustentou

também que o apelado obteve ganho de capital no Brasil e não comprovou ou declarou a sua origem. Pretende assim a cobrança de imposto de renda por presunção de rendimento em razão de acréscimo patrimonial a descoberto em relação ao ano-calendário 2006, sendo, desse modo, sujeito passivo para o pagamento do imposto de renda suplementar no valor de R\$ 704.824,29, a ser acrescido de multa de ofício de 75% e juros de mora, por parte da RFB.

Esclareceu que o débito em questão ter-se-ia originado a partir dos seguintes fatos geradores: (i) omissão de ganho de capital com a venda de três imóveis, pelo preço de R\$ 500.000,00 – venda de três lotes (138, 139 e 140) localizados na Rua Dr. Manoel Augusto Bezerra, Ponta Negra, Natal/RN – FL 301; (ii) omissão de acréscimos imobiliários, atestada em virtude de aquisições imobiliárias incompatíveis com os rendimentos declarados. Nesse particular, explicou que o autor realizou aquisições imobiliárias no montante de R\$ 3.070.000,00 (três milhões e setenta mil reais), nada obstante tenha declarado como rendimentos, no mesmo exercício, o montante de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais). A esse respeito, sustentou que, mesmo sob alegação de aquisição desses bens a partir de remessas de dinheiro vindas do exterior, o auto de infração deveria subsistir, porque o autor, uma vez residindo no Brasil, deveria ter ofertados tais ganhos à tributação.

Primeiramente, afasta-se as alegações que o falecido participou do esquema conhecido como Operação Escambo, porquanto inexistem nos autos qualquer menção ao nome do *de cuius* em relação a este procedimento penal. Acrescente-se que referida alusão, apenas foi alegada em sede recursal, o que demonstra inovação na matéria a ser decidida, violando o princípio do Juiz Natural. De plano, rejeita-se qualquer análise sobre o tema.

Em relação ao ganho de capital na alienação do imóvel para a Construtora Barnatal esta questão resolvida. Houve pagamento parcelado referente ao ganho de capital, no valor de R\$ 38.736,04 (fl. 311) (Id. 4058400.2218823), tendo o Processo Administrativo Fiscal de nº 10469.729.304/2011-70 demonstrado, bem como nos autos do Processo Judicial de nº 0004008-10.2013.4.05.8400, que houve suspensão da exigibilidade em virtude do parcelamento do débito. O processo encontra-se em curso na 6ª Vara/RN.

Acresça a isso o fato de a Fazenda Nacional (fl. 361- 4058400. 2533006) informar que:

(...)

A inscrição **41 1 13 000331-02** integralmente parcelada pela Lei nº 11.941 (reabertura da Lei nº 12.865) com a exigibilidade suspensa plenamente, todos os débitos;

Logo, a própria Fazenda Nacional reconhece que há débito parcelado com exigibilidade suspensa.

Relativamente ao acréscimo patrimonial, a sentença reconheceu que o *de cujus* não obteve lucro patrimonial no Brasil, capaz de lhe gerar renda suficiente para a aquisição dos imóveis arrolados no Termo de Fiscalização. Afirma que todos os imóveis comprados pelo falecido investidor se deram por meio de capital estrangeiro, o qual sempre ingressou no Brasil via Banco Central, capital oriundo de empresa espanhola ou de empréstimos firmados na Espanha e quando das transferências das quantias via Banco Central da Espanha para o Banco Central do Brasil, o Fisco espanhol já informado, tributa a operação.

Ora, dos documentos reunidos nos autos, destaco:

1) certidão de óbito (fl. 449-PDF) do Sr. Jose Ignacio Goyeneche Zaradona, o qual possuía nacionalidade espanhola;

2) outro dado extraído nos autos é que o *de cujus*, à época, da incidência do fato gerador não possuía residência fixa no Brasil (fl. 242-PDF), e sim na Espanha, Casa Zubikoa, 8, Larrabetzu, Vizkaia. O *de cujus* era titular de uma sociedade na Espanha cuja participação acionária correspondia a 99,5% – dados coletados através de seu imposto de renda espanhol das competências de 2004 a 2009 (fls. 459/606) (4058400.2218791, 4058400.2218799, 4058400.2218800, 4058400.2218802, 4058400.2218804, 4058400.2218810 4058400.2218814) .

3) há extrato contendo o valor de transferência com a taxa de câmbio do EURO para o Brasil (4058400.2218716 – fls. 445/448) (fls. 169/174/ fls. 607 609 4058400.2218818), carta relacionando os valores transferidos no ano-calendário de 2006 (fl. 169-PDF), bem como documento traduzido por tradutor juramentado informando que há certificado de empréstimo

bancário em nome de Construcciones Y Promociones Goyeneche S.L (fl. 451-PDF).

Conclui-se que referidos documentos provam de que o falecido possuía renda financeira no Exterior. Portanto, restou demonstrada a origem dos recursos utilizados para aquisição de bens no Brasil, havendo esclarecimento quanto à natureza e à fonte desses recursos, não há ambiente jurídico para a PGFN/RFB sustentarem que o falecido infringiu a legislação brasileira ao não declarar acréscimo patrimonial.

À hipótese aplicável é o Decreto-Legislativo nº 62/75, combinado com o Decreto nº 76.975/76, cujo objetivo é evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda, firmada entre a República Federativa do Brasil e o Estado Espanhol:

Art. 1º - É aprovado o texto da Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos Sobre a Renda, firmada entre a República Federativa do Brasil e o Estado Espanhol, em Brasília, a 14 de novembro de 1974.

Havendo o Congresso Nacional aprovado, pelo Decreto Legislativo nº 62/1975, a Convenção destinada a evitar a dupla tributação, entre o Governo Brasileiro e o Governo Espanhol, a Presidência da República editou o Decreto nº 76.875/76, normatizando o acordo.

Destaco os art. 7º e 13 do Decreto nº 76.875/76:

ARTIGO 7
Lucros das empresas

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. No último caso, os lucros da empresa serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

2. Quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse

uma empresa distinta e separada, exercendo atividades idênticas ou similares. em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.

3. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados.

4. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.

5. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos da presente Convenção, as disposições desses artigos não serão afetadas pelas disposições do presente Artigo.

ARTIGO 13

Ganhos de capital

1. Os ganhos provenientes da alienação de bens imobiliários, conforme são definidos no parágrafo 2 do Artigo 6, são tributáveis no Estado Contratante em que esses bens estiverem situados.

2. Os ganhos provenientes da alienação de bens mobiliários que façam parte do ativo de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possua no outro Estado Contratante, ou de bens mobiliários constitutivos de uma instalação fixa de que disponha um residente de um Estado Contratante no outro Estado Contratante para o exercício de uma profissão liberal, incluindo ganhos provenientes da alienação desse estabelecimento permanente (isolado ou com o conjunto da empresa) ou dessa instalação fixa, são tributáveis no outro Estado. No entanto, os ganhos provenientes da alienação de navios ou aeronaves utilizados no tráfego internacional e de bens mobiliários pertinentes à exploração de tais navios ou aeronaves só são tributáveis no Estado Contratante em que e tiver situada a sede da direção efetiva da empresa.

3. Os ganhos provenientes da alienação de quaisquer bens ou direitos diferentes dos mencionados nos parágrafos 1 e 2 são tributáveis em ambos os Estados Contratantes.

Ao interpretar o art. 7º da Convenção , o douto Julgador assim fundamentou:

a tributação levada a efeito pela Fazenda Nacional, não merece prosperar no que diz respeito a não declaração do acréscimo patrimonial. Isso porque, possuindo o autor nacionalidade espanhola, aplica-se ao caso em apreço a Convenção destinada a evitar a dupla tributação e a prevenir a evasão fiscal em matéria de imposto sobre a renda, firmada entre o Brasil e o Reino da Espanha. Analisando os termos da Convenção, verifica-se não existir previsão que autorize a tributação, no Brasil, do aumento patrimonial encontrado pela Receita Federal, o qual, conforme informado na inicial, seria oriundo de atividades empresariais desenvolvidas na Espanha.

Acrescenta com muita propriedade que (4058400.3043122):

(...) Como se vê pela redação da Convenção, nenhuma das hipóteses nele referidas ampara a cobrança pela Receita Federal a partir do acréscimo patrimonial não declarado, sendo que a que mais se aproximaria de uma autorização a uma subsunção encontra-se no Artigo 7, cuja incidência, todavia, é obstada pelo fato de a embargante não possuir estabelecimento permanente no Brasil que pudesse ensejar, aqui, a tributação.

19. Nesse aspecto, além de não encontrar amparo nas normas nacionais e no tratado contra a bitributação, a cobrança realizada pela Receita Federal sobre o aumento patrimonial do autor está na contramão do desenvolvimento dos movimentos internacionais que visam ao fortalecimento das economias e da livre concorrência.

20. Embora o Brasil não seja ainda membro da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), vale a pena mencionar que a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal destaca a necessidade de coordenação dos esforços no sentido de incentivar todas as formas de assistência administrativa em matéria fiscal, a fim de permitir que o maior número de Estados beneficie-se do novo quadro de cooperação e possa implementar

normas mais abrangentes de cooperação internacional na área fiscal.

21. O objetivo, além de combater evasões e fraudes fiscais, cujo aumento verificou-se a partir dos movimentos internacionais de pessoas, capitais, bens e serviços, é facilitar a realização das transações econômicas e assegurar a proteção adequada aos direitos dos contribuintes, a fim de que não sejam cobrados em duplicidade pelo pagamento de tributos.

22. Ao proceder à cobrança da exação sem amparo na Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação e prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, concluída entre o Brasil e a Espanha, a Receita Federal do Brasil agiu sem amparo jurídico, de modo que os valores relativos à taxação do aumento patrimonial do embargante devem ser excluídos do crédito tributário objeto do Processo Administrativo 10469-729.304/2011-70 (CDA 41 1 16 008535-80).

23. Já a cobrança relativa ao ganho de capital proveniente da alienação dos imóveis encontra amparo no Decreto Legislativo nº 62/1975 (Artigos 6 e 13), de modo que a execução, nesse aspecto, é hígida.

24. Por fim, destaco que o fato de o débito proveniente do ganho de capital com a alienação de imóvel para a empresa Construtora Barnatal de Apartamentos Ltda. encontrar-se parcelado não produz efeitos relevantes à presente análise, visto que não trará repercussão alguma à pretensão de nulidade do crédito questionado.

A verdade é que não há previsão legal que autorize o Brasil a tributar aumento patrimonial com base em atividade empresarial desenvolvida na Espanha. Desse modo, há de ser mantida a sentença.

Com estas considerações, nego provimento à apelação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 145.995-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Agravante: FRIBASA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. GUSTAVO DE FREITAS CAVALCANTI COSTA E FERNANDA GONÇALVES BRAGA (AGTRE.)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO FIBRASA. PENHORA DE CRÉDITO NO ROSTO DOS AUTOS DE OUTRAÇÃO. POSSIBILIDADE. OFENSA A JULGAMENTO DE PRÉVIO AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. EXCESSO DE PENHORA. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Agravo de instrumento interposto por FRIBASA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A contra decisão proferida pelo Juízo da 11ª Vara Federal de Pernambuco que, nos autos da ação de Execução Fiscal nº 0010876-33.2001.4.05.8300, acolheu pedido formulado pela Fazenda Nacional e determinou a realização de penhora de parte do crédito existente em favor da agravante no rosto dos autos da Ação Indenizatória nº 00086241-05.1995.8.17.0001 (R\$ 46 milhões de um total de R\$ 765 milhões), por refletir o total da dívida de uma das empresas pertencentes ao grupo econômico e demandada na execução fiscal vinculada ao presente recurso (Bahia Mecanização Agrícola e Construções Ltda.).

2. Sobre o procedimento da penhora em si, nenhuma mácula foi demonstrada pela agravante em relação ao art. 874 do CPC, principalmente porque o mencionado dispositivo diz respeito ao procedimento de constrição de bens imóveis que demandem avaliação, enquanto a penhora de créditos, tratada na decisão recorrida, está

regulamentada pela regra do art. 860 do CPC, estritamente observada pelo juízo recorrido.

3. Não houve ofensa ao que fora decidido no julgamento do AGTR 144.602-PE, eis que, naquela decisão se determinou apenas a suspensão da alienação dos bens já penhorados, não impedindo a efetivação de novas constrações.

4. A respeito do alegado excesso na penhora, diferentemente do que alega a recorrente, o valor já anteriormente penhorado de cerca de R\$ 14 milhões de reais, consubstanciado em imóveis de propriedade de outras empresas do grupo, visa garantir o débito de todo o conglomerado empresarial (valor global), estimado em torno de R\$ 184 milhões de reais, e não especificamente da empresa Bahia Mecanização (valor individual), executada nos autos vinculados a este agravo por quantia aproximada de R\$ 46 milhões de reais.

5. A penhora comum de R\$ 14 milhões deverá ser somada a todas as outras porventura existentes em desfavor do grupo até que se atinja o teto de R\$ 184 milhões de reais (valor global). Para que seja configurado o alegado excesso, é preciso que o valor das penhoras de bens ou valores do grupo ultrapasse a cifra global, ou que o valor das penhoras individualizadas ultrapasse o montante devido por cada empresa coexecutada.

6. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGTR 145.995-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao agravo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 7 de maio de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por FRIBASA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A contra decisão proferida pelo Juízo da 11ª Vara Federal de Pernambuco que, nos autos da ação de Execução Fiscal nº 0010876-33.2001.4.05.8300, acolheu pedido formulado pela Fazenda Nacional e determinou a realização de penhora de parte do crédito existente em favor da agravante no rosto dos autos da Ação Indenizatória nº 00086241-05.1995.8.17.0001 (R\$ 46 milhões de um total de R\$ 765 milhões), por refletir o total da dívida de uma das empresas pertencentes ao grupo econômico e executada nos autos principais (Bahia Mecanização Agrícola e Construções Ltda.).

Defende a recorrente, contudo, que há flagrante excesso na penhora, eis que, do valor tido como devido (cerca de R\$ 46 milhões de reais, que entende que findará significativamente menor ao final dos embates judiciais), cerca de R\$ 14 milhões já se encontram garantidos através de imóveis penhorados. Sustenta, ainda, que nenhuma penhora poderia ser realizada em razão do julgamento proferido no AGTR 144.602-PE, oportunidade em que a 4ª Turma do TRF5 determinou a suspensão da exigibilidade do débito fiscal e, finalmente, que o procedimento para realização de novas penhoras, disposto no art. 874 do CPC/2015, não haveria sido observado.

Requer, com isso, o cancelamento da penhora ou, de forma subsidiária, a sua limitação ao saldo de débito após abatimento das penhoras já realizadas.

Em sede de contrarrazões (fls. 136/139), argumenta a Fazenda Nacional inexistir qualquer fato ou fundamento jurídico novo que possa infirmar a decisão agravada, cabendo ao executado o dever legal de apresentar bens suficientes para garantia do débito, sob pena de constrição forçada de dinheiro, que tem preferência legalmente estabelecida.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Relator):

A controvérsia dos autos se resume, na verdade, à forma e ao montante da penhora determinada pelo juízo recorrido, em reforço ao que já fora penhorado anteriormente.

Pelo que consta nos autos:

1) a dívida fiscal da empresa FIBRASA, a principal de um grupo econômico constituído por outras 13 empresas, gira em torno de R\$ 184 milhões de reais (valor global);

2) a dívida específica de uma dessas empresas, a Bahia Mecanização Agrícola e Construções Ltda., executada nos autos vinculados ao presente agravo (0010876-33.2001.4.05.8300), gira em torno de R\$ 46 milhões de reais (valor individual);

3) para garantia da dívida de todos os processos vinculados ao grupo FIBRASA (valor global), já estão penhorados vários imóveis, que totalizam o valor aproximado de R\$ 14 milhões de reais;

4) foi noticiada pela exequente, nos autos da Execução Fiscal 0010876-33.2001.4.05.8300 (Bahia Mecanização), a suposta existência de crédito de cerca de R\$ 765 milhões de reais em favor do grupo executado, decorrente de indenização a ser recebida nos autos do Processo nº 00086241-05.1995.8.17.0001;

5) o juízo recorrido determinou, então, a penhora nos autos da ação indenizatória apenas do valor de R\$ 46 milhões de reais (valor individual), correspondente ao montante devido especificamente pela empresa Bahia Mecanização, devedora nos autos da ação principal vinculada a este recurso, cabendo à requerente, assim desejando, postular por outras penhoras em desfavor das demais empresas nos seus respectivos processos.

Compreendidos os fatos, passo à análise da insurgência recursal.

Inicialmente, sobre a defendida ofensa ao que fora decidido no julgamento do AGTR 144.602-PE, entendo por rejeitá-la, eis

que aquela decisão, proferida pela 4ª Turma do TRF5, determinou apenas a suspensão da alienação dos bens já penhorados, não impedindo, na verdade, a efetivação de outras penhoras. Confira-se:

5. Demonstrada a probabilidade do direito, aliado ao fato de o juízo estar garantido, mediante a conversão do arresto cautelar em penhora de diversos bens das empresas tidas por integrantes de grupo econômico, dentre os quais se encontram os bens imóveis da agravante, além de ser evidente o perigo de dano devido a designação de hasta pública, deve ser deferida a tutela provisória para concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução, nos termos do art. 919, § 1º, c/c art. 300, ambos do CPC-2015.

6. Extensão, de ofício, do efeito suspensivo aos embargos à execução ajuizados pelos demais coexecutados, nos termos do art. 1.005, parágrafo único, do CPC-2015.

Mantidas, porém, em todos os casos as penhoras de bens já realizadas, proibindo-se apenas a efetivação de atos expropriatórios, exceto daqueles bens em que haja risco de perecimento ou depreciação.

(TRF5, AGTR nº 144.602/PE, j. 07/03/2017, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Rubens Canuto)

Sobre o procedimento da penhora em si, nenhuma mácula foi demonstrada pela agravante em relação ao art. 874 do CPC, principalmente porque o mencionado dispositivo diz respeito ao procedimento de constrição de bens imóveis que demandem avaliação, enquanto a penhora de créditos, tratada na decisão recorrida, está regulamentada pelo art. 860 do CPC, estritamente observado pelo juízo recorrido.

Já a respeito do alegado excesso na penhora, entendo também não assistir razão à agravante.

É que, diferentemente do que se alega, o valor já anteriormente penhorado de cerca de R\$ 14 milhões de reais, consubstanciado em imóveis de propriedade das empresas Coliseu e Sulfite (coexecutadas), visa garantir o débito de todo o grupo empresarial (valor global) e não especificamente da empresa Bahia Mecanização (valor individual), executada nos autos vinculados a este agravo. A penhora comum de R\$ 14 milhões, então, deverá ser somada a todas as outras porventura existentes até que se atinja o teto de R\$ 184 milhões de reais (valor global), correspondente à dívida

de todo o grupo. Para que haja excesso, então, é preciso que o valor das penhoras de bens ou valores do grupo ultrapasse essa cifra, ou que o valor das penhoras individualizadas ultrapasse o total devido por cada empresa coexecutada.

No caso dos autos, a penhora do crédito de R\$ 46 milhões se deu para garantia exclusiva da dívida da Bahia Mecanização. Qualquer outra determinação de penhora, futura ou pretérita, destinada a esse fim, portanto, configurará excesso, eis que ultrapassará o montante total individualizado. Não é o caso dos autos, ao menos por enquanto.

Como a prévia penhora de R\$ 14 milhões (imóveis) está a garantir parte do débito de responsabilidade de todas as demais coexecutadas, não há se falar em excesso até que seja ultrapassado o valor global restante (R\$ 184 milhões – R\$ 14 milhões – R\$ 46 milhões = R\$ 124 milhões).

Dessa maneira, deve ser integralmente mantida a decisão agravada, convalidando-se a penhora realizada, sem que haja, por enquanto, a reversão dos valores em favor da executada, em obediência ao que fora decidido no AGTR 144.602-PE.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 15.162-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: MARCOS HEITOR BOFF
Advs./Procs.: DRS. CLÁUDIA ALVARENGA MEDEIROS AMORIM SANTOS NÓBREGA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. ARTS. 48 E 60 DA LEI 9.605/98. DECISÃO ABSOLUTÓRIA. CRIME DO ART. 20 DA LEI 4.947/66. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 107, IV, DO CPB, PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. APELO DO PARQUET

FEDERAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO APELADA.

1. O delito do art. 20 da Lei 4.947/66 (invasão de terras públicas) ostenta natureza de crime instantâneo, embora com efeitos permanentes. Veja-se que o crime penaliza a ação de invadir, ação que se consuma em um único momento, de imediato, na ocasião de ocorrência da invasão, mesmo que seus efeitos permaneçam no tempo. Precedentes desta Quarta Turma de julgamento: Processo nº 0002591-35.2016.4.05.8200 - Recurso em Sentido Estrito, Relator Desembargador Federal EDILSON PEREIRA NOBRE, Quarta Turma, 24/04/2018 e Processo nº 0808926-03.2017.4.05.8200 - Recurso em Sentido Estrito, Relator Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES, Quarta Turma, 06/11/2018.

2. Crime do art. 48 da Lei 9.605/98 (impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação) que tem por objetivo punir aquele que, dolosamente, interfere no processo natural de recomposição do meio ambiente ao status anterior. Ou seja, para configuração do crime imprescindível que se comprove nos autos que o réu interrompeu ou dificultou a reconstituição produzida pela própria natureza de floresta ou outras formas de vegetação existentes na localidade.

3. Apesar do conteúdo de prova produzido nos autos, não houve demonstração inconteste de que o apelado obstruiu a recuperação natural da área ocupada, crime do art. 48 da Lei 9.605/98. Os elementos incontestes nos autos são referentes à construção em Área de Preservação Permanente, bem assim relativos à ocupação de área pertencente à União, no entanto, não restou comprovado que a vegetação da localidade descrita na peça acusatória estaria em processo de regeneração, mais ainda que o apelado impediu, por meio de sua ocupação, que aquela localidade naturalmente se recuperasse de danos ocorridos.

4. O crime do art. 60 da Lei 9.605/98 é caracterizado como norma penal em branco, que precisa de integração com outros elementos normativos, tanto da esfera federal, quanto da estadual ou municipal, o que faz perceber que não é qualquer construção ou atividade que irá se caracterizar como ilícita e se subsumir ao fato típico posto. Deverão ser consideradas como potencialmente poluidoras aquelas atividades previstas em normas complementares ou atos administrativos que elenquem um rol de condutas potencialmente poluidoras.

5. Manutenção da decisão ora atacada, que entendeu pela absolvição do apelado, com base no art. 386, incisos I e III, do CPP, da prática dos delitos previstos nos arts. 48 e 60 da Lei 9.605/98, declarando extinta a punibilidade, nos termos do art. 107, IV, do CPB, no que concerne ao crime do art. 20 da Lei 4.947/66.

6. Apelação criminal do Ministério Público Federal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ACR 15.162-RN, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao apelo do MPF, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 21 de maio de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT:

1. Cuidam os autos de apelação criminal, interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 239/251), em face de decisão prolatada

no Juízo da 2ª Vara Federal da SJ/RN (fls. 210/236), que entendeu pela absolvição do acusado MARCOS HEITOR BOFF, com base no art. 386, incisos I e III, do CPP, da prática dos delitos previstos nos arts. 48 e 60 da Lei 9.605/98, declarando extinta a punibilidade, nos termos do art. 107, IV, do CPB, no que concerne ao crime do art. 20 da Lei 4.947/66.

2. De acordo com a peça acusatória inaugural do MPF, teria o apelado MARCOS HEITOR BOFF construído imóvel residencial em área de preservação permanente (0,34 hectares de borda de tabuleiro), na zona praiana do Município de Nísia Floresta/RN, sem autorização do órgão ambiental competente, o que teria impedido a regeneração natural da vegetação ativa, promovido atividade potencialmente poluidora e repercutido na invasão e ocupação de área no total de 1.594,18 m² de propriedade da União, classificada como terreno de marinha.

3. Na decisão absolutória ora atacada, o Magistrado de primeira instância se manifestou pela inexistência de demonstração de prejuízo à vegetação, o que repercutiu no afastamento do delito capitulado no art. 48 da Lei 9.605/98. No que pertine ao delito do art. 60 da Lei 9.605/98, asseverou a inexistência de constatação da potencialidade poluidora do imóvel construído.

4. Também entendeu pelo decurso do prazo prescricional no que diz respeito ao delito do art. 20 da Lei 4.947/66, haja vista se tratar de crime instantâneo, sobre o qual se inicia a contagem do prazo prescricional a partir da data de consumação do ilícito, nos termos do art. 111, inciso I, do CPB.

5. No apelo interposto, o MPF pleiteia a modificação do decreto atacado, com a condenação do apelado nos delitos descritos na peça acusatória. Sustenta o seguinte: (a) que as fotografias do local presentes nos autos não são suficientes à absolvição do apelado, no que concerne ao delito do art. 48 da Lei 9.605/98; (b) que o termo “obras” previsto no art. 60 da Lei 9.605/98 é genérico, se adequando à finalidade residencial da obra em questão, assim como o risco gerado pela mesma; e (c) inoccorrência da prescrição, já que o crime do art. 20 da Lei 4.947/66 é permanente e não instantâneo, como afirmado no decreto atacado.

6. No parecer acostado às fls. 283/287, a Procuradoria Regional da República se posiciona pelo provimento do recurso de apelação do *Parquet* Federal.

7. Eis o que havia de mais relevante a relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Relator):

1. Ressalto, inicialmente, que não deve prosperar o argumento do *Parquet* de inoccorrência da prescrição no que diz respeito ao delito do art. 20 da Lei 4.947/66. O órgão ministerial defende que referido crime referido é permanente e não instantâneo, como afirmado na decisão impugnada, com a contagem do prazo prescricional somente se iniciando quando da cessação da permanência, o que não teria acontecido, já que o apelado permaneceria ocupando terreno da União.

2. Me acosto ao posicionamento do Magistrado sentenciante de que o delito do art. 20 da Lei 4.947/66 (invasão de terras públicas) ostenta natureza de crime instantâneo, embora com efeitos permanentes. Veja-se que o crime penaliza a ação de invadir, ação que se consuma em um único momento, de imediato, na ocasião de ocorrência da invasão, mesmo que seus efeitos permaneçam no tempo.

3. Sobre o tema, destaco julgado do Superior Tribunal de Justiça; veja-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 20 DA LEI 4.947/66. CRIME INSTANTÂNEO. PRESCRIÇÃO OCORRIDA. ART. 48 DA LEI 9.605/98. CRIME PERMANENTE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA.

I - Sendo instantâneo o crime do art. 20 da Lei 4.947/66 (“Invadir, com intenção de ocupá-las, terras da União, dos Estados e dos Municípios”), e tendo se passado mais de 8 anos entre a data do fato e do recebimento da denúncia, há que se reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. (...). (RHC 22.235/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2007, *DJe* 03/03/2008)

4. A propósito, este é o entendimento defendido nesta Quarta Turma de julgamento, conforme as ementas a seguir transcritas:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 20 DA LEI 4.947/66. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. ATIPICIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. **O delito tipificado no art. 20 da Lei 4.947/66, segundo corrente jurisprudencial no âmbito de Superior Tribunal de Justiça, caracteriza-se como delito instantâneo**, de maneira que o termo inicial da prescrição é demarcado pela suposta prática do esbulho com a construção, no caso concreto, do muro há pelo menos dez anos. Ademais, não se verifica o fato típico se a ocupação, com foros de notoriedade, era de conhecimento da Administração Pública, conforme salientado pela decisão recorrida.

2. Recurso a que se nega provimento. (Processo nº 0002591-35.2016.4.05.8200- Recurso em Sentido Estrito, Relator Desembargador Federal EDILSON PEREIRA NOBRE, Quarta Turma, 24/04/2018)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL POR CRIME AMBIENTAL. DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL MAIS DE OITO ANOS APÓS NOTIFICAÇÃO ACERCA DA OCUPAÇÃO SUPOSTAMENTE IRREGULAR. PENA MÁXIMA PREVISTA DE TRÊS ANOS DE DETENÇÃO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA EM RELAÇÃO AO **CRIME PREVISTO NO ARTIGO 20 DA LEI Nº 4.947/66 PELO ADVENTO DA PRESCRIÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRETENSÃO DE ENQUADRAR O TIPO COMO CRIME PERMANENTE, AFASTANDO-SE A PRESCRIÇÃO. CONDUTA PENALIZADA CONSISTENTE NA AÇÃO DE INVADIR. CRIME INSTANTÂNEO.** AGENTE QUE ADQUIRE PROPRIEDADE JÁ EDIFICADA E ESCRITURADA MAIS DE VINTE ANOS APÓS O SEU REGULAR REGISTRO EM CARTÓRIO. AQUISIÇÃO DE BOA-FÉ, LAVRADA EM CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS COM PAGAMENTO DE LAUDÊMIOS. AÇÃO ATÍPICA. RECURSO NÃO PROVIDO. (Processo nº 0808926-03.2017.4.05.8200 - Recurso em Sentido Estrito, Relator Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES, Quarta Turma, 06/11/2018)

5. No caso dos autos, a situação de ocupação irregular, supostamente caracterizadora do tipo do art. 20 da Lei 4.947/65 (que tem

penalidade máxima abstrata em 3 anos de detenção), foi primeiro noticiada no ano de 2007 (fl. 15), data em que a SPU notificou a respeito da construção de uma cerca na área reconhecida como sendo terreno de marinha, pelo que já transcorrido o lapso temporal de 8 anos (art. 109, inciso IV, do CPB) entre a ocorrência do fato e o recebimento da denúncia, que se deu em 8 de junho de 2016 (fl. 37v).

6. Na sequência, entendo que não devem igualmente prosperar os argumentos do *Parquet* Federal direcionados à desconstituição do decreto de absolvição do apelado no que pertine aos delitos dos arts. 48 e 60 da Lei 9.605/98.

7. Veja-se que vasta foi a documentação produzida no feito, dando conta de que, no contexto da operação denominada Costa Verde, foi lavrado pelo IBAMA o Auto de Infração de nº 513776/D (fls. 5/7 do PIC), com data de autuação em 13/01/2011, constatando a construção de 1 casa residencial em área de Área de Preservação Permanente - APP (bordas de tabuleiro – falésia), na rua Barra de Tabatinga, nº 104, Município de Nísia Floresta/RN, ocupando uma área de 0,34 hectares, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes.

8. O IBAMA, quando da sua decisão administrativa (fls. 66/70), entendeu pela procedência da autuação, mantendo a sanção pecuniária indicada pelo agente atuante no valor de R\$ 30.000,00, considerando tal quantia como proporcional ao dano causado ao meio ambiente, bem assim ao porte econômico aparente do ora apelado.

9. No decorrer do procedimento administrativo, o ora apelado colacionou fotografias aéreas da localidade (fls. 61/63), tidas pela decisão do IBAMA (fls. 66/70) como impróprias à demonstração do período de construção da residência, bem assim à comprovação de que a ocupação se deu dentro dos limites de 100 metros estabelecidos pela legislação. No Parecer nº 00038/2014 (fl. 118 do PIC), o Núcleo de Geoprocessamento Estadual do Rio Grande do Norte informou não possuir imagens de satélite, ortofotos ou outros que pudessem precisar a data de construção do imóvel, registrando o seguinte: *a que possuímos mais antiga data de 1997, semelhante a que se encontra a página 38 deste processo, já indicava o antropismo.*

10. Tem-se ainda nos autos, relatório técnico e auto de infração lavrado pelo IDEMA - Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente do Rio Grande do Norte, que, atendendo solicitação da Procuradoria da República no Rio Grande do Norte, destacou o seguinte: *a fiscal abaixo denominada realizou vistoria no dia 23/02/2015, na residência do Sr. Marcos Heitor Boff, localizada na Rua Barra de Tabatinga, n° 104, Praia de Tabatinga, Município de Nísia Floresta, onde constatou intervenções edificadas (residência, piscina) em Área de Preservação Permanente - APP, ou seja, na faixa de 100 metros de proteção das falésias.* (Fls. 7/11)

11. No que pertine às fiscalizações realizadas pela Secretaria do Patrimônio da União - SPU, tem-se o Relatório de Vistoria n° 180/2014 (fls. 124/126 do PIC), objetivando responder indagações do MPF acerca da desocupação da área pertencente à União; este documento, registrou a inexistência de mudança no local, *em comparação as fotografias 47 a 50, datadas de 2008, e das fls. 146/147, datadas de 2012.* Também os documentos de fls. 14 e 18/20 (Relatório de Vistoria n° 65/2007 e Relatório de Vistoria n° 302/2008/GRPU-RN), demonstram que a SPU/RN, já em 2007 e 2008, lavrou Autos de Embargos com Notificação, no que pertine ao apelado, informando a construção de obras/instalações de equipamentos em área de uso comum do povo, bem assim constatou o desrespeito a determinações exaradas pelo órgão, respectivamente.

12. Afora a documentação produzida, consta dos autos perícia realizada por profissional contratado pelo acusado (fls. 96/109), bem assim os relatos promovidos na audiência de instrução, com a oitiva de testemunhas arroladas pelo MPF e pela defesa, bem como interrogatório do ora apelado MARCOS HEITOR BOFF.

13. Pois bem, o crime do art. 48 da Lei 9.605/98 (impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação) tem por objetivo punir aquele que, dolosamente, interfere no processo natural de recomposição do meio ambiente ao *status* anterior. Ou seja, para configuração do crime imprescindível que se comprove nos autos que o réu interrompeu ou dificultou a reconstituição produzida pela própria natureza de floresta ou outras formas de vegetação existentes na localidade.

14. Percebe-se que apesar do conteúdo de prova produzido nos autos, não houve demonstração inconteste de que o apelado obstruiu a recuperação natural de toda a área ocupada, crime do art. 48 da Lei 9.605/98. Os elementos incontestes nos autos são referentes à construção em Área de Preservação Permanente, bem assim relativos à ocupação de área pertencente à União, no entanto, não ficou evidenciado que a vegetação da localidade, descrita na peça acusatória, estaria em processo de regeneração quando da ocupação, mais ainda que o apelado impediu, por meio de sua ocupação, que aquela localidade naturalmente se recuperasse de danos ocorridos.

15. No que pertine ao argumento do *Parquet* (fl. 243), de que o próprio PRAD apresentado pelo acusado descreve expressamente que *nesse terreno, ocorreu um desmatamento de 0,30 ha. de mata na vegetação de falésia, sem autorização do órgão ambiental federal (IBAMA) (fls. 36 do PIC)*, penso que não é suficiente à conclusão acerca da condição real da área objeto da fiscalização, no sentido de esclarecer a existência de processo de regeneração, até porque o mesmo PRAD destaca, em sua conclusão, que *a área autuada (0,30) hectare, já se encontrava completamente desvegetada quando foi adquirida, mas que com a implantação deste PRAD vislumbramos a possibilidade de minorar os dados ambientais outrora causados.* (Fl. 48 do PIC).

16. Como bem exposto pelo magistrado sentenciante:

(...) em momento algum se extrai dos relatórios produzidos qualquer referência a existência de formas de vegetação no local e, por conseguinte, tampouco a existência de processo de regeneração em curso.

Aliás, conforme fotografias apresentadas pelo acusado, que foram exibidas ao Juízo na data de audiência de instrução, e arroladas às fls. 175/179, referentes à época de aquisição da propriedade e anterior à construção do imóvel residencial, demonstram ausência, quase completa, de cobertura vegetal na área em destaque.

Em verdade, já naquela época, em meados de 1990, vislumbra-se a inexistência de qualquer rastro de restinga naquela região, vegetação típica desta região de falésias e dunas no litoral sul potiguar, sendo possível visualizar, em termos de vegetação, somente uma espé-

cie de presença mínima por gramíneas, em meio a um completo terreno arenoso desprotegido, fato que auxilia para deformação e gradual ruína do solo.

Todavia, os danos ambientais não foram ocasionados pelo acusado, mas sim, frutos de um longo período de negligência por parte dos órgãos ambientais, bem como intervenções humanas malsucedidas. Sendo um exemplo desta assertiva, um fato noticiado pelo acusado às fls. 101/102, de que para a construção da RN-063, obra realizada pelo poder público, foi retirado cascalho daquela localidade, de forma irresponsável, e provavelmente sem prévio estudo de impacto ambiental, resultando por ocasionar enormes crateras e rupturas no solo.

In concreto, o denunciado, ao invés de impedir ou obstar a recuperação da cobertura vegetal naquela região de falésias, praticou exatamente o oposto, obrigando-se a recuperar a área de sua propriedade, consoante se constata do Plano de Recuperação de Área Degradada-PRAD, apresentado pelo denunciado ao Ministério Público Estadual, presente nas fls. 34/55 do PIC nº 1.28.000.000043/2014-62, em sede de acordo extrajudicial.

Ademais, em sede de *obter dictum*, tem-se que o acusado já havia firmado, ainda que em Juízo absolutamente incompetente, transação penal, sobre a qual já adimplido com as condições postas, pagando a título de prestação pecuniária R\$ 6.304,00, conforme se verifica dos seguintes comprovantes: (...).

Toda a conduta praticada pelo acusado foi no sentido de colaborar com o Poder Público na recuperação da área compreendida em sua propriedade, localizada na barra da praia de Tabatinga, no Município de Nísia Floresta/RN. (Fl. 229)

17. Quanto ao delito do 60 da Lei 9.605/98, exige uma atividade potencialmente poluidora. Ao tratar do respectivo tipo, o professor GUILHERME DE SOUZANUCCI diz que: *é preciso tomar conhecimento da legislação extrapenal, a fim de saber quando há possibilidade de se obter licença ou autorização para as atividades elencadas no tipo. É fundamental consultar a legislação extrapenal para conhecer as regras gerais para operacionalizar o universo de condutas previsto no tipo.* (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição, fl. 1009).

18. O fato de estarmos diante de um delito caracterizado como norma penal em branco, que precisa de integração com outros elementos normativos, tanto da esfera federal, quanto da estadual ou municipal, faz perceber que não é qualquer construção ou atividade que irá se caracterizar como ilícita e se subsumir ao fato típico posto. Deverão ser consideradas como potencialmente poluidoras aquelas atividades previstas em normas complementares ou atos administrativos que elenquem um rol de condutas potencialmente poluidoras.

19. Sobre a questão, confira-se os ponderados argumentos da decisão vergastada:

(...). Além disto, ainda que o imóvel residencial pudesse ser considerado obra potencialmente poluidora, há de se ressaltar que o mesmo foi construído em meados de 1994, conforme interrogatório do acusado. Desse modo, a lei aplicável à época, diferentemente do que apontado pelo Ministério Público Federal, é o antigo código florestal, Lei nº 4.771, de 1965, responsável pela regulação da proteção ao meio ambiente.

No tocante à referida legislação ambiental, já revogada por edição do Novo Código Florestal, já havia a previsão de reconhecimento da área em questão, falésias, como de preservação permanente, qual seja, “nas bordas de tabuleiro ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais”, conforme leitura do art. 2º, alínea g.

Todavia o fato de ser área de preservação permanente, por si só, não exclui o direito de construir, nem na antiga redação nem na atual, já que o *jus edificandi* não é incompatível com a proteção da sustentabilidade ambiental. Porém, há de se analisar uma diferença substancial entre as legislações ambientais em questão, o antigo Código Florestal (Lei 4.771, de 1965), no parágrafo único do artigo 2º, ressalva que em relação ao perímetro urbano, a questão do *jus edificandi* é de encargo dos planos diretores municipais e leis de uso do solo.

Desse modo, deveria haver análise de toda a legislação municipal de Nísia Florestal/RN correspondente à ocupação do solo do Loteamento Praia de Tabatinga, àquela época, ou seja, do ano de 1994, para que assim fosse possível conhecer acerca de eventual violação das pres-

crições normativas, quanto ao licenciamento ambiental, por parte do acusado.

Mesmo assim, diante de eventual descumprimento das regras de licenciamento ambiental, não se estaria necessariamente em face de um crime, uma vez que o direito penal não se utiliza de imputações objetivas, nas quais simplesmente por haver uma situação concreta, de aparente violação a um dever de proteção ao meio ambiente, estar-se diante de um ilícito.

Há de se ressaltar, sobretudo, que na hipótese dos autos, não se evidenciou, em nenhum momento, a potencialidade poluidora do imóvel construído. Como já dito, o fato da área em questão ser qualificada como de preservação permanente, não a transforma, automaticamente, em potencialmente poluidora.

Tal imputação demanda algo mais, uma robustez probatória que evidencie ao Juízo, além de qualquer dúvida razoável, o risco que aquela conduta provoca, ou provocou, ao meio ambiente. (...). (Fls. 230/231)

20. Por tudo isso, nego provimento ao apelo do Ministério Público Federal, para manter a decisão absolutória ora atacada, que entendeu pela absolvição do apelado MARCOS HEITOR BOFF, com base no art. 386, incisos I e III, do CPP, da prática dos delitos previstos nos arts. 48 e 60 da Lei 9.605/98, declarando extinta a punibilidade, nos termos do art. 107, IV, do CPB, no que concerne ao crime do art. 20 da Lei 4.947/66.

21. Eis o meu voto.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0815790-
82.2018.4.05.0000-RN (PJe)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Agravante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Agravados: SHEILA MEDEIROS DE ARAUJO E OUTRO
Adv./Proc.: DRA. ZILMA BEZERRA GOMES DE SOUZA (AGRDOS.)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. PERCENTUAL DOS JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPROVIMENTO.

I - A decisão impugnada rejeitou pedido do agravante (Fazenda Pública) formulado no sentido de ser retificado o percentual dos juros compensatórios devidos ao agravado diante da superveniência do julgamento definitivo do Supremo Tribunal Federal na ADI 2332-DF.

II - No caso dos autos, no qual a sentença transitou em julgado à época da vigência do Código de Ritos anterior, a alegação de inexigibilidade – que se deu mediante simples decisão – teria de ser realizada, em se cuidando de execução para se exigir da Fazenda Pública quantia certa, mediante embargos à execução, nos termos do art. 741, II, parágrafo único, do CPC, o que não ocorreu, já estando expedido o precatório. Igualmente, não houve impugnação a cumprimento de sentença.

III - Ainda que se tratasse de questionamento realizado adequadamente ao ritual da legislação processual, é preciso observar que a espécie recairia no âmbito do art. 24 da LINDB, porquanto a utilidade combatida pelo agravante foi deferida mediante sentença soberanamente julgada, que se lastreou na decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar na ADI 2.332, a qual possui eficácia contra todos e vinculante para

a Administração e os demais juízes e tribunais, principalmente quando, ultrapassadas as fases para o ajuizamento de ação rescisória, de embargo à execução ou de propositura de impugnação ao cumprimento de sentença.

IV - Recurso ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Recife, 24 de abril de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo INCRA, com pedido de efeito suspensivo, em face de decisão proferida pelo Juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte - Dr. Lauro Henrique Lobo Bandeira, a qual rejeitou a alegação do ente público de redução do percentual de juros compensatórios para 6%, nos termos do julgamento da ADI 2.332 pelo STF.

Às suas razões recursais, aponta o novo entendimento do STF acerca dos juros compensatórios, pela superveniência do julgamento de mérito da ADI nº 2.332/DF, em sessão realizada em 17/05/2018, no qual se reconheceu a constitucionalidade do art.15-A, *caput* e § 1º, do Decreto-Lei 3.365/41, pela aplicação do percentual de 6% a.a.

Alega que todas as decisões proferidas em que se aplicaram juros compensatórios em 12% a.a., com fulcro na medida cautelar

proferida na ADI 2.332/DF, suspendendo a eficácia dos referidos dispositivos legais, não mais se sustentam diante da cessação dos efeitos da referida liminar pelo julgamento de mérito.

Defende que tal adequação não configura ofensa à coisa julgada, mas decorre do término dos efeitos provisórios da medida cautelar, sendo cláusula de modificabilidade da sentença.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo. Liminar indeferida (Id. nº 4050000.13100591).

Agravo interno interposto (Id. nº 4050000.14295862). Contrarrazões ao agravo de instrumento (Id. 4050000.13338541).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (Relator):

O presente agravo de instrumento visa à reforma de decisão proferida nos autos de execução/cumprimento, ratificada em sede de embargos de declaração, originário de incidente suscitado pelo agravante mediante petição, na qual pugnou, em face da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal na ADI 2.332-DF, pela revisão dos cálculos que instruem precatório expedido a esta Corte, no sentido de adequar o percentual anual dos juros compensatórios para seis por cento.

Tendo em vista que, no caso concreto, a sentença proferida na ação de desapropriação transitou em julgado no ano de 2008, tem-se que não se aplica à espécie os arts. 535, § 7º e 8º, do vigente CPC. Isso por força do art. 1.057 deste, ao estabelecer regra transitória, assim redigida: “Art. 1.057. O disposto no art. 525, §§ 14 e 15, e no art. 535, §§ 7º e 8º, aplica-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor deste Código, e, às decisões transitadas em julgado anteriormente, aplica-se o disposto no art. 475-L, § 1º, e no art. 741, parágrafo único, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.

O regramento para o questionamento de decisão inexigível, por suposta afronta ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em questão de constitucionalidade, segue, então, a disciplina

constante da codificação pretérita, a qual, nessas hipóteses, onde se busca o pagamento de quantia certa contra a Fazenda Pública, não existia o instituto do cumprimento de sentença, mas sim da execução, regida pelos seus arts. 741 e seguintes.

Daí que o dispositivo que se ajusta à hipótese não é o art. 475-L, § 1º, mas o art. 741, parágrafo único, do CPC de 1973.

Sendo assim, a matéria relativa à inexigibilidade do título estava prevista no art. 741, II, combinada com o seu parágrafo único, a qual deveria ser alegada por embargos à execução, o que não ocorreu.

O fato da decisão do Pretório Excelso ter sido superveniente às fases processuais dos embargos à execução, ou até mesmo da inerente à impugnação ao cumprimento, se tivesse sido a hipótese, não é capaz de reabrir a oportunidade para suscitar as questões relativas à delimitação do título executivo, a qual se estabilizou.

Ainda que se pudesse fazê-lo, penso que melhor sorte não aguardaria o inconformismo.

E assim por injunção da segurança jurídica.

Explico.

Ao instante da conclusão do julgamento da ADI 2.332-DF, ou seja, em 25-05-2018, já vigorava no nosso sistema jurídico o art. 24 da LINDB, acrescido pela Lei 13.655, de 25-04-2018, ao proclamar:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

O preceito – que se refere à esfera da jurisdição, quando esta se defronta com litígios entre a Administração e o cidadão – dispõe que a revisão das situações plenamente constituídas não poderá ocorrer com base em posterior mudança de interpretação, mas sim de acordo com as orientações gerais da época.

Desse modo, o cidadão, ao qual se deferiu vantagem que incrementasse sua esfera jurídica, somente estará sujeito à sua

revisão por ato estatal se, ao momento no qual deferida, violava as condições gerais que a disciplinavam.

Volvendo-se ao caso concreto, tem-se que o agravado possui em seu favor uma situação plenamente constituída, uma vez o direito à indenização que lhe foi assegurado decorre de uma atuação do Estado imutável, qual seja a coisa julgada.

À época na qual houve o trânsito em julgado, a aplicação da taxa anual dos juros compensatórios, fixada no montante anual de doze por cento, decorria de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de medida cautelar na ADI 2.332-DF (Pleno, mv, rel. Min. Moreira Alves, *DJU* de 13.09.2001), a qual, dentre os vários pontos do seu dispositivo, suspendeu o montante dos juros compensatórios estipulado no art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41.

Apesar de se cuidar de decisão de natureza cautelar, não se pode deixar de observar que, em face do art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99, ostenta efeitos gerais e, mediante interpretação do Supremo Tribunal Federal na Reclamação 935-0-DF (Pleno, unânime, Min. Gilmar Mendes, *DJU* de 17.10.2003), vinculativa para os demais órgãos administrativos e do Judiciário.

Significa dizer que, ao instante do trânsito em julgado, havia conformidade entre a sentença hoje irrecorrível e a orientação geral e vinculante no Judiciário, motivo pelo qual, na esfera judicial, viola a segurança jurídica, a qual salvaguarda o art. 24 da LINDB, sua revisão diante de mudança interpretativa do Supremo Tribunal Federal firmada aproximadamente dezoito anos depois.

Desse modo, restou presente a hipótese constante do parágrafo único do art. 24 da LINDB que, a pretexto de integrar o comando do seu *caput*, dispõe: “Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

Isso, com maior razão, quando ultrapassadas as fases para alterar o título mediante rescisória, embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença.

De acentuar que o próprio Supremo Tribunal Federal passou a enfatizar a segurança jurídica no que concerne à mutação de seus próprios precedentes, vinculando-se a um dever de respeitar as situações que ele próprio consolidara, justificando, assim, a subsunção do caso concreto ao art. 24 da LINDB.

Trata-se do RE 590.809-RS, julgado pelo seu Plenário, interposto pelo contribuinte contra aresto do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, julgou procedente pleito formulado em ação rescisória ajuizada pela União Federal (Fazenda Nacional), ao argumento de que o Supremo Tribunal Federal, no desate do RE 353.657-PR, concluiu pela inviabilidade do direito ao crédito de IPI nas hipóteses de insumo adquirido não tributado ou sujeito à tributação pela alíquota zero, considerando a existência de ofensa ao princípio da não cumulatividade, aplicável ao mencionado tributo.

Ocorre que, no caso sob exame, tal qual nestes autos, havia uma singularidade, tão bem enfatizada pelo relator, qual seja a de que, quando transitado em julgado o acórdão favorável ao contribuinte, o que ocorreu em 2 de março de 2004, prevalecia no Supremo Tribunal Federal orientação assentada a partir do RE 212.484-RS, julgado em 5 de março de 1998. Isso porque se encontram pendentes de julgamento os embargos de declaração interpostos pela Fazenda Nacional, os quais somente foram definitivamente julgados no ano de 2007.

Em se encontrando a decisão rescindenda em sintonia com o ponto de vista que, à época do seu trânsito em julgado, ainda predominava no Supremo Tribunal Federal, a segurança jurídica pendia pela incidência da orientação constante da Súmula 343, de sorte que a pretensão de rescindir foi julgada improcedente¹.

¹ A inteligência consagrada pelo aresto é perceptível pela sua ementa: “AÇÃO RESCISÓRIA *VERSUS* UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. AÇÃO RESCISÓRIA - VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda”.

Eis a ementa do julgado:

AÇÃO RESCISÓRIA *VERSUS* UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.

O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. **AÇÃO RESCISÓRIA - VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO.** O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda.

(RE 590.809, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO, *DJe*-230, DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014)

Registre-se, por fim, que os precedentes invocados pelo INCRA referem-se a hipóteses em que se discute a taxa de juros compensatórios adequada para a recomposição do valor a ser indenizado, ainda durante o processo de conhecimento (AgReg no RE 905.333/CE e AgReg no EDcl no RE 909.189/DF). Em outras palavras, a incidência do patamar de juros compensatórios no percentual de 6% (seis por cento) ao ano estava controvertida naqueles autos, o que justifica a adequação realizada pela Corte Suprema por tratar-se de feitos ainda em fase de conhecimento e que não transitaram em julgado.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0813189-35.2018.4.05.8300-PE (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Apelante: OLGA AURELIANO DO REGO CAVALCANTI
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. TATIANE JORDÃO COUTINHO DE ALBUQUERQUE E OUTRO (APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. LEI Nº 3.373/58. FILHA SOLTEIRA, MAIOR E NÃO OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO. PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA REJEITADA. NÃO COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE SOLTEIRA. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. FRAUDE À LEI. OCORRÊNCIA. CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO. LEGALIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Dado que a pensão temporária instituída com base no art. 5º, II, parágrafo único, da Lei nº 3.373/58, trata-se de benefício concedido mediante condição resolutiva expressa, ou seja, condicionado ao contínuo preenchimento dos requisitos legais, a contagem do prazo decadencial inicia-se a partir do momento em que a beneficiária deixa de satisfazer as condições legais exigidas para a habilitação à pensão. Prejudicial de decadência rejeitada.

2. A Lei nº 3.373/58 estabelece no parágrafo único do inciso II de seu art. 5º que a filha solteira de funcionário da União, maior de 21 anos, só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente.

3. A fraude à lei tem sua singularidade quando alguém desenvolve uma atuação ao amparo de determinada norma (chamada de lei de cobertura), mas que, diante das circunstâncias em volta, visa a obter um resultado vedado por lei imperativa que tem como fundamento um princípio geral do direito.

4. O fundamento que dá suporte à pretensão ora deduzida é que o art. 5º, inciso II, parágrafo único, da Lei nº 3.373/58 afasta a percepção do benefício apenas em caso de casamento e não de união estável.

5. No entanto, tal constatação fática – isto é, a de que a pensionista passa a conviver em união estável – configura hipótese de fraude à lei, pois a convivência em união estável, assim como o casamento, constitui uma situação da vida que se afasta do bem jurídico que a lei de regência visa a resguardar. Logo, ao contrário do que alega a autora/apelante, a existência de união estável constitui causa para a cassação da pensão prevista no aludido art. 5º, inciso II, parágrafo único, da Lei nº 3.373/58.

6. A constatação, mediante prova idônea, de que a autora/recorrente conviveu – ou ainda convive – em união estável com o pai da sua filha, aliada à alegação por ela sustentada de que isso não constitui causa de cassação do benefício porque a lei de regência somente veda a percepção do benefício em caso de casamento, revela fraude à lei na conduta da ora recorrente. Dessa maneira, forçoso concluir que a apelante descumpriu condição fática (“ser solteira”) que deveria permanecer atendida, a fim de poder continuar desfrutando do benefício.

7. Apelação improvida. Preliminar rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, rejeitar a prejudicial e, no mérito, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

Recife, 30 de maio de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Trata-se de apelação interposta por Olga Aureliano do Rego Cavalcanti, em face da sentença que julgou improcedente o seu pedido, consistente em obter provimento jurisdicional que determinasse a União (Ministério da Fazenda) a restabelecer o pagamento da pensão percebida, na forma do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 3.373/58.

Em suas razões recursais, alega, em apertada síntese, que restou devidamente comprovado nos autos que preenche os requisitos legais para a manutenção da pensão em foco, quais sejam: a) ser solteira; b) não ocupante de cargo público e d) dependência econômica.

Aduz, a seguir, que caberia à União demonstrar que ostenta estado civil diverso da previsão legal, como também que ocupa cargo público efetivo ou permanente, por ser fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito vindicado, conforme da diretiva do inciso II, art. 373, CPC. Afirmar, ainda, que o Acórdão nº 2.780/2016 do TCU não subsiste a uma apreciação à luz do princípio da segurança jurídica, pois a Lei 9.784/99 impõe prazo decadencial para a revisão, pela Administração, de atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis aos destinatários, salvo comprovada má-fé. Pugna, pois, pelo provimento do seu apelo, a fim de que seja reformada a sentença recorrida.

Contrarrazões apresentadas pela União, nas quais defende que a atuação do TCU não viola a decadência, o princípio da legalidade ou os demais princípios do *tempus regit actum*, da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da vedação à retroação de novo entendimento administrativo. Sustenta que faz parte do conteúdo normativo da lei que confere à autora o direito ao recebimento da pensão por morte a condição de solteira, elemento que

não se verifica diante dos fatos observados pela Administração Pública, notadamente a existência de filha em comum da autora com Santiago de Oliveira Franco e de ambos residirem no mesmo endereço, o que é fato que indica, à evidência, a existência de união estável, salvo cabal comprovação em sentido contrário, o que não ocorreu. Requer, pois, a manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (Relator):

Em sede preambular, analiso a prejudicial de decadência para, de logo, rejeitá-la.

Em demandas em que se discute a manutenção da concessão da pensão temporária instituída com base no art. 5º, II, parágrafo único, da Lei nº 3.373/58, como é o caso dos autos, entendo que, por se tratar de benefício concedido mediante condição resolutive expressa, ou seja, condicionado ao contínuo preenchimento das condições legais exigidas para a habilitação à pensão, a contagem do prazo decadencial para a Administração Pública avaliar a permanência ou não desse ato se inicia a partir do momento em que a beneficiária deixa de satisfazer as condições impostas. Se assim não fosse, desvirtuar-se-ia a sua natureza, transformando tal pensão num benefício permanente.

É que nesses casos não se trata de mera revisão do ato, mas de sua cassação, já que a retirada do ato, até então eficaz, se dá porque o seu destinatário descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica¹.

Dessa maneira, considerando que o Procedimento Administrativo de nº 10480.001919/2017-15, instaurado no âmbito do Ministério da Fazenda para apurar o pagamento indevido da pensão em favor da autora, após auditoria realizada pelo Tribunal de

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Malheiros. 14ª edição. p. 395.

Contas da União (Acórdãos nºs 2797/2013, 169/2015, 1350/2012 e 56/2014), na qual foram identificados indícios de que a autora não mais satisfazia as condições exigidas para a regularidade do recebimento do benefício, somente foi concluído em 2018, tem-se que não se operou no caso a decadência administrativa.

Ultrapassada essa questão, passo ao exame do mérito propriamente dito.

No caso em tela, objetiva a postulante, ora recorrente, na condição de filha solteira, maior de 21 anos, provimento jurisdicional que lhe assegure a manutenção do pagamento de pensão temporária instituída pelo referido art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 3.373/58.

Tal benefício foi cancelado pela Superintendência do Ministério da Fazenda, após constatar, mediante o devido processo administrativo, justamente com dados apurados pelo Tribunal de Contas da União, que a postulante, então beneficiária da pensão, teria deixado de preencher a condição essencial de “ser solteira”, circunstância que constituiria impeditivo à continuidade da percepção do aludido benefício.

A Lei nº 3.373/58, vigente à época do óbito do instituidor do benefício, estabelecia no parágrafo único do inciso II de seu art. 5º, que a filha solteira de funcionário da União, maior de 21 anos, só perderia a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente.

Daí é possível concluir que, apenas nos casos de não ser mais solteira e/ou de ocupar cargo público permanente, a filha de funcionário da União perderia a qualidade de beneficiária da pensão prevista no referido art. 5º da Lei nº 3.373/58. Qualquer outra limitação que seja imposta, além das expressamente definidas pela lei, se consubstanciam em obstáculos criados ao livre exercício do direito reconhecido às partes.

Pois bem.

Ao descortinar a situação fática ora em apreço, mediante a análise cuidadosa do acervo fático-probatório acostado aos autos, constato que o caso traz a lume um exemplo de fraude à lei, porquanto revela conduta contrária a princípios (in)formadores do nosso ordenamento jurídico, constituindo, pois, verdadeiro “ilícito atípico”, a demandar a corrigenda jurisdicional.

Para a configuração da fraude à lei, instituto de natureza tão singular, faz-se indispensável que alguém realize um ato invocando o amparo de determinada norma (chamada de lei de cobertura), mas que, diante das circunstâncias em volta, visa a obter um resultado vedado por lei imperativa que tem como fundamento um princípio geral do direito.

Não se cuida, pois, de ofensa direta a uma regra jurídica, mas sim a um princípio que fornece conteúdo e sentido a um dispositivo legal. A bem da verdade, com a fraude à lei, tem-se a violação de um regra jurídica, mas tal ocorre de maneira indireta, ou seja, obliquamente.

Lição semelhante é a exposta por Manuel Atienza e Juan Ruiz², ao se debruçarem sobre o tema, para quem os atos perpetrados com fraude à lei se acham, à primeira vista, permitidos; entretanto, uma vez consideradas todas as circunstâncias envolvidas, assomam como proibidos em virtude de atuação dos princípios que informam e delimitam o alcance da regra em causa.

Tal se impõe – esclarecem – porque na aplicação da lei, se tem como exigível que sejam levados em consideração quais os fins e valores a satisfazer, de modo que a razão de ser do instituto está na exigência de coerência do sistema jurídico e, por isso, não se pode admitir como lícita a prática do ato, autorizado por uma regra, quando, na situação fática, tal vier a permitir que se viole princípio tido como informador de um regra imperativa.

No direito pátrio, à míngua de dispositivo específico no diploma promulgado em 1916, a formulação do instituto da fraude à lei emanou de sólida atuação da mente pretoriana, a qual foi corroborada por intervenções, sempre providenciais, da doutrina, permitindo que o Código Civil vigente pudesse acolher o instituto no seu art. 166, VI, ao enunciar as hipóteses capazes de provocar a nulidade dos negócios jurídicos.

A par de tal diretriz e volvendo o olhar ao presente caso concreto, tem-se que o fundamento que dá suporte à pretensão

² ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. 2ª ed. Madrid: Editora Trotta, 2006, p. 67-78.

ora deduzida é que o art. 5º, inciso II, parágrafo único, da Lei nº 3.373/58 afasta a percepção do benefício apenas em caso de casamento e não de união estável.

Tal fundamentação, porém, não se sustenta.

Isso porque tal constatação fática – isto é, a de que a pensionista passa a conviver em união estável – configura hipótese de fraude à lei, pois a convivência em união estável, assim como o casamento, constitui uma situação da vida que se afasta do bem jurídico que a lei de regência visa a resguardar. Logo, ao contrário do que alega a autora, a existência de união estável constitui causa para a cassação da pensão prevista no aludido art. 5º, inciso II, parágrafo único, da Lei nº 3.373/58.

Com efeito, o fato da autora ter convivido – ou ainda conviver – em união estável com o pai da sua filha constitui verdadeiro afastamento da *mens legis* da norma que rege a matéria (art. 5º, inciso II, parágrafo único, da Lei nº 3.373/58) representando, em certa medida, verdadeira violação à razão de ser dessa previsão legal, a qual visou a proteger a situação das filhas solteiras e maiores que dependiam economicamente de seu genitor, numa época da história do nosso país – quiçá de outros também – em que a emancipação feminina era algo raro por estas sendas.

Na verdade, ao agir assim, afirmando que somente com o casamento é que estaria violada a exigência legal, busca a autora obter um resultado que é vedado pela referida lei de regência, configurando verdadeira a fraude à lei cogente.

Nesse passo, considerando o bem jurídico que é a lei de regência tutela, firma-se a convicção de que a convivência em união estável conduz à indireta violação ao disposto no art. 5º, II, parágrafo único, da Lei nº 3.373/58.

No particular da controvérsia em foco, portanto, uma vez constatada a fraude à lei na conduta da ora recorrente, pois há provas nos autos de que ela, já na qualidade de pensionista, conviveu em união estável com o pai da sua filha, pois compartilhou com ele o mesmo endereço e o mesmo telefone residencial (Id. 4058300.6464209; 4058300.6464214; 4058300.6464218; 4058300.6464229; 4058300.6464222), forçoso concluir que ela

perdeu a condição de “filha solteira”, elemento fático que faz parte do conteúdo normativo da lei que lhe confere o direito ao recebimento e à manutenção da pensão por morte em foco.

Diante do exposto, firme nessas razões, nego provimento à apelação.

Seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal (1ª T., AI 864.689 e ARE 951.257, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 27.09.2016), condeno a parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, ao pagamento de honorários recursais, fixados em 10% do valor dos honorários advocatícios arbitrados na sentença, devendo ser observado, contudo, o disposto no art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC, por se tratar de beneficiária da justiça gratuita.

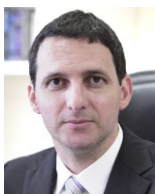
É como voto.

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS AMPLIADAS

PRIMEIRA E TERCEIRA TURMAS



Des. Federal
Rogério Fialho



Des. Federal
Fernando Braga



Des. Federal
Roberto Machado



Des. Federal
Cid Marconi



Des. Federal
Alexandre Luna



Des. Federal
Élio Siqueira

SEGUNDA E QUARTA TURMAS



Des. Federal
Lázaro Guimarães



Des. Federal
Paulo Roberto



Des. Federal
Manoel Erhardt



Des. Federal
Edilson Nobre



Des. Federal
Paulo Cordeiro



Des. Federal
Leonardo Carvalho

JURISPRUDÊNCIA DAS TURMAS AMPLIADAS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 591.418-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO
Apelada: OPEM REPRESENTAÇÃO IMPORTADORA EXPORTADORA E DISTRIBUIDORA LTDA.
Advs./Procs.: DRS. ROBSON PEDRON MATOS E OUTROS (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO POLIMIXINA B. TABELA DA CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS - CMED. PREÇO MÁXIMO DE VENDA AO GOVERNO. DEFASAGEM. LAUDO PERICIAL. SUPERFATURAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. PREÇO COMPATÍVEL COM OS APRESENTADOS EM OUTROS PREGÕES ELETRÔNICOS DE HOSPITAIS PÚBLICOS UNIVERSITÁRIOS. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. HONORÁRIOS PERICIAIS. REEMBOLSO À PARTE RÉ. ÔNUS DA FAZENDA PÚBLICA AO QUAL O PARQUET É VINCULADO.

1. Apelações interpostas contra sentença que julgou improcedente o pedido formulado em ação civil pública proposta com o objetivo de suspender o contrato de fornecimento do medicamento Polimixina B, celebrado entre a Universidade Federal do Ceará - UFC e a empresa demandada, e ainda para efetivar o bloqueio, em conta bancária da ré, do valor representativo da diferença entre a quantia ajustada entre as partes e a devida de acordo com o estabelecido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos.

2. A Lei nº 10.742/2003 criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, do Conselho de Governo, objetivando a adoção, implementação e coordenação de atividades rela-

tivas à regulação econômica do mercado de medicamentos, destinados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que promovam a oferta de medicamentos e a competitividade do setor, incumbindo-lhe, dentre outras providências, estabelecer critérios para a fixação e ajuste de preços de medicamentos, bem como para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácia e drogarias.

3. Do exame dos autos se verifica que o contrato em questão foi celebrado entre a Universidade Federal do Ceará e a Empresa OPEN REPRESENTAÇÃO IMPORTADORA E EXPORTADORA E DISTR. LTDA., vencedora do Pregão Eletrônico nº 026/2010 destinado ao fornecimento do medicamento Polimixilina B, 500.000 UI, que foi adquirido para o Hospital Universitário Walter Cantídio, pelo preço unitário de R\$ 38,57, valor este inferior ao previsto no aludido pregão, que era de R\$ 70,35. Conquanto o valor apresentado pela CMED à época (novembro/2010) fosse de R\$ 8,98 por ampola, tal preço estava defasado, pois, conforme se observa da Tabela de Medicamentos acostada aos autos, a CMED reajustou em pouco tempo (20/09/2011) o preço do medicamento para R\$ 18,03, o que representa um aumento de 201%, conforme consta do laudo pericial.

4. O Laudo Pericial (item 9.10) indica o valor de R\$ 19,78 como preço máximo de venda do medicamento em referência ao governo, levando em consideração o valor de R\$ 8,98 por ampola, que já se encontrava defasado. Partindo do preço corrigido de R\$ 18,03, o valor máximo de venda ao governo aumenta para R\$ 30,99. Considerando que o preço de R\$ 18,03, nos termos da conclusão do laudo pericial, resulta em prejuízo correspondente a 21,98%, o preço de equilíbrio (aquele que não gera prejuízo nem lucro) seria

de R\$ 21,99 por ampola, que, reajustado pela margem de lucro do distribuidor, obter-se-ia o preço de R\$ 37,80, pelo que o valor efetivamente praticado pela distribuidora e importadora de medicamento demandada, no importe de R\$ 38,57, não se mostra irrazoável nem desproporcional, ao revés, a imposição do preço máximo fixado pela CMED, por acarretar prejuízo no percentual de 21,98%, compromete a higidez econômico-financeira do empreendimento, implicando em violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

5. O preço unitário de R\$ 18,03 para o medicamento, por outro lado, também não se mostra razoável, mormente porque o mesmo fármaco em sua forma genérica produzido pelo Laboratório EUROFARMA teve seu valor fixado pela CMED, em R\$ 87,63, por ampola, segundo se constata do item 10.3 do Laudo Pericial.

6. O preço do medicamento praticado quando da celebração do contrato entre a Universidade Federal do Ceará e a empresa ré, vencedora do Pregão Eletrônico nº 26/2010, não pode ser considerado abusivo. Ao contrário, se mostra compatível com os preços praticados em outros pregões eletrônicos e bem abaixo do fármaco genérico produzido pelo Laboratório EUROFARMA. Além disso, os valores constantes da tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CRMED traz prejuízo no percentual de 21,98%, circunstância que compromete a higidez econômica-financeira do empreendimento, conforme apontou o laudo pericial, o que configuraria violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

7. Considerando que o Ministério Público Federal foi sucumbente, o reembolso à parte vencedora, pelas despesas atinentes aos honorários periciais, incumbe à Fazenda Pública à qual se encontra vinculado, no caso, a União, tendo em

vista a isenção que é conferida ao Parquet, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

8. Precedente deste Tribunal: Primeira Turma, APELREEX 34.602, Relator: Desembargador Federal André Luís Maia Tobias Granja, julg. 07/12/2017, publ. DJe: 15/12/2017, pág. 18, decisão unânime.

9. Apelações do Ministério Público Federal e da União improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em composição ampliada, por unanimidade, negar provimento à apelação do MPF e, por maioria, vencidos os Desembargadores Rogério Fialho e Élio Siqueira, negou provimento à apelação da União, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 20 de março de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR:

Apelações interpostas contra sentença proferida em sede de ação civil pública, proposta com o objetivo de suspender o contrato de fornecimento do medicamento Polimixina B, celebrado entre a Universidade Federal do Ceará - UFC e a empresa demandada, e ainda de efetivar o bloqueio em conta bancária da ré, no valor representativo da diferença entre a quantia ajustada entre as partes e a devida de acordo com o estabelecido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, na qual o juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido.

O magistrado monocrático entendeu que, de acordo com os elementos trazidos aos autos pelas partes, a aquisição do medicamento pelo Hospital Universitário Wálter Cantídio, vinculado à

Universidade Federal do Ceará - UFC, encontra-se dentro do valor previsto no Pregão Eletrônico nº 26/2010 (R\$ 70,35). Destacou que não há assim evidências de superfaturamento, tendo em vista que o preço adotado à época (novembro/2010) pela CMED, qual seja, R\$ 8,98 por ampola, estava defasado, pois, após transcorrido pouco tempo, foi reajustado para R\$ 18,03, o que corresponde em termos percentuais a uma variação de 201%.

O julgador de Primeiro Grau entendeu que o laudo pericial aponta o valor de R\$ 19,78 como o preço máximo da venda do produto ao governo, mas considerando o valor defasado da tabela CMED de R\$ 8,98 por ampola. Observou que, partindo do preço corrigido de R\$ 18,03, o valor máximo de venda ao governo aumenta para R\$ 30,99. E, ainda, que o preço de R\$ 18,03, nos termos da conclusão do laudo pericial, resulta em prejuízo correspondente a 21,98%, e que o preço de equilíbrio (que não acarreta prejuízo nem lucro) seria R\$ 21,99 por ampola, que, reajustado pela margem de lucro do distribuidor, obter-se-ia o preço de R\$ 37,80, concluindo que o valor praticado pela ré no valor de R\$ 38,57 se mostra razoável e proporcional.

O Ministério Público Federal aduziu em suas razões recursais, em síntese:

- a) a aquisição do medicamento foi realizada pelo preço de R\$ 38,57 (trinta e oito reais e cinquenta e sete centavos) por unidade, inferior ao preço de referência adotado pela UFC, qual seja, de R\$ 70,35 (setenta reais e trinta e cinco centavos), muito superior ao valor apresentado pela Câmara de Regulação do Mercado - CMED como máximo, que é de R\$ 18,03 (dezoito reais e três centavos);
- b) ainda que se considere que os valores fixados pela CMED à época da contratação da empresa OPEM pela UFC estivessem parcialmente defasados, mesmo assim se caracteriza a excessividade do valor apresentado pela empresa. Isto porque na perícia foi apontado um prejuízo de 21,98% para a empresa demandada se fosse aplicado o preço de venda fixado pela CMED no ano de 2010, que seria de R\$ 8,98;
- c) se o lucro usual da empresa (conforme evidenciado no item 8.4 do Laudo Pericial) seria de R\$ 19,78, não há dúvidas

de que houve enriquecimento ilícito da empresa, em face do superfaturamento no preço contratado pela Universidade Federal do Ceará.

A União também interpôs apelação, na qualidade de terceiro prejudicado, sustentando em suas razões recursais, em síntese, ser ônus do Ministério Público Federal, quando vencido na demanda, o pagamento dos honorários sucumbenciais, nos termos do art. 91, *caput* e § 1º, do CPC atual.

Contrarrazões apresentadas às fls. 532/547 e 549/564 pela OPEM REPRESENTAÇÃO IMPORTADORA EXPORTADORA E DISTRIBUIDORA LTDA. aos recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público Federal e pela União.

Parecer do Ministério Público Federal ofertado às fls. 572/576 opinando pelo provimento da apelação do Órgão Ministerial, argumentando, em síntese, que restou caracterizado o superfaturamento, considerando que o preço de fábrica estabelecido pela CMED para a venda do medicamento 'Polimixina B', no ano de 2010, era de R\$ 8,98 (oito reais e noventa e oito centavos), o qual foi reajustado posteriormente para R\$ 18,03 (dezoito reais e três centavos), e que o preço praticado pela OPEM na venda deste produto para a UFC era de R\$ 38,57 (trinta e oito reais e cinquenta e sete centavos).

O *Parquet* Federal defendeu, entretanto, o não provimento do apelo da União sob a alegação de que não pode ser imputado ao órgão Ministerial o ressarcimento de custas com honorários periciais, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85, mas sim à Fazenda Pública à qual se encontra vinculado, conforme a jurisprudência do colendo STJ que trouxe à colação.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR (Relator):

II FUNDAMENTAÇÃO

II.1 APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O Órgão Ministerial alega que a empresa vencedora do Pregão Eletrônico nº 26/2010 realizado pela Universidade Federal do

Ceará, e destinado a aquisição do medicamento Polimixina B, teria ofertado um preço por unidade de R\$ 38,57 (trinta e oito reais e cinquenta e sete centavos), o que no seu entender seria abusivo, pois, embora inferior ao preço de referência adotado pela UFC (R\$ 70,35), seria muito superior ao valor apresentado pela Câmara de Regulação do Mercado - CMED, qual seja, R\$ 18,03 (dezoito reais e três centavos). Este sobrepreço segundo o MPF, teria causado prejuízos ao erário.

Deve-se registrar, inicialmente que a Lei nº 10.742/2003 criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, do Conselho de Governo, objetivando a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, destinados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que promovam a oferta de medicamentos e a competitividade do setor, incumbindo-lhe dentre outras providências, estabelecer critérios para a fixação e ajuste de preços de medicamentos bem como para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácia e drogarias, *in verbis*:

Art. 5º Fica criada a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, do Conselho de Governo, que tem por objetivos a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor.

Parágrafo único. A composição da CMED será definida em ato do Poder Executivo.

Art. 6º Compete à CMED, dentre outros atos necessários à consecução dos objetivos a que se destina esta Lei:

- I - definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos;
- II - estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos;
- III - definir, com clareza, os critérios para a fixação dos preços dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos, nos termos do art. 7º;

IV - decidir pela exclusão de grupos, classes, subclasses de medicamentos e produtos farmacêuticos da incidência de critérios de estabelecimento ou ajuste de preços, bem como decidir pela eventual reinclusão de grupos, classes, subclasses de medicamentos e produtos farmacêuticos à incidência de critérios de determinação ou ajuste de preços, nos termos desta Lei;

V - estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;

Da leitura do contrato celebrado entre a Universidade Federal do Ceará e a Empresa OPEN REPRESENTAÇÃO IMPORTADORA E EXPORTADORA E DISTR. LTDA., vencedora do Pregão Eletrônico nº 026/2010, se verifica que o medicamento Polimixilina B, 500.000 UI, injetável, 4800 ampola, foi adquirido para o Hospital Universitário Walter Cantídio, pelo preço unitário de R\$ 38,57, valor este inferior ao previsto no aludido pregão - R\$ 70,35.

Conquanto o valor apresentado pela CMED à época (11/2010) fosse de R\$ 8,98 por ampola, é de se reconhecer que tal valor estava defasado, pois, conforme se observa da Tabela de Medicamentos acotada à fl. 441, a CMED reajustou em pouco tempo (20/09/2011) o preço do medicamento para R\$ 18,03, o que representa um aumento de 201%, conforme observado pelo Perito Judicial no Laudo acostado às fls. 406/419.

Observe-se que o Laudo Pericial (em seu item 9.10) indica o valor de R\$ 19,78 como preço máximo de venda do produto ao governo, mas considerando o valor de R\$ 8,98 por ampola, que já se encontrava defasado.

Como bem destacou o ilustre julgador monocrático, não houve o superfaturamento apontado pelo *Parquet*, visto que o valor unitário praticado está razoável e proporcional, *verbis*:

(...) partindo do preço corrigido de R\$ 18,03, o valor máximo de venda ao governo aumenta para R\$ 30,99. Considerando que o preço de R\$ 18,03, nos termos da conclusão do laudo pericial, resulta em prejuízo corres-

pondente a 21,98%, o preço de equilíbrio, aquele que não gera prejuízo nem lucro, seria R\$ 21,99 por ampola, que, reajustado pela margem de lucro do distribuidor, obter-se-ia o preço de R\$ 37,80, pelo que o valor efetivamente praticado pela ré (distribuidora e importadora de medicamento) no importe de R\$ 38,57 não se mostra irrazoável nem desproporcional, ao revés, a imposição do preço máximo fixado pela CMED, por acarretar prejuízo no percentual de 21,98%, circunstância que compromete a higidez econômico-financeira do empreendimento, implica violação ao referenciados princípios.

Ademais, o valor unitário de R\$ 18,03 para o medicamento em questão também não se mostra razoável, mormente porque o mesmo fármaco em sua forma genérica (produzido pelo laboratório EUROFARMA) teve seu valor fixado pela CMED em R\$ 87,63 por ampola, segundo se constata do item 10.3 do Laudo Pericial (fls. 418/419).

Por último, é importante ressaltar que o preço de venda do fármaco no ano de 2010 – R\$ 38,57 por ampola, não se revela discrepante com o preço praticado por outros hospitais vinculados a outras universidades federais no mesmo período, segundo se constata do documento acostado à fl. 41 relativo ao pregão eletrônico 008/2010 UASG 153079 – realizado pela Universidade Federal do Paraná (R\$ 35,00); Pregão Eletrônico 60/2010 UASG 153173 - Ministério da Educação (R\$ 38,46); UASG 153808 - Hospital de Clínicas da UFPR (R\$ 30,00).

Deste modo, não pode ser considerado abusivo o preço do medicamento praticado quando da celebração do contrato entre a Universidade Federal do Ceará e a empresa ré, vencedora do Pregão Eletrônico nº 26/2010. Ao contrário, se mostra compatível com os preços praticados em outros pregões eletrônicos e bem abaixo do produto genérico produzido pelo Laboratório EUROFARMA. Além disso, os valores constantes da tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CRMED traz prejuízo no percentual de 21,98%, circunstância que compromete a higidez econômico-financeira do empreendimento, conforme apontou o laudo pericial, o que configuraria violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

II.2 APELAÇÃO DA UNIÃO

A União imputa ao Ministério Público Federal, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais pagos pela ré.

Como o Ministério Público Federal foi sucumbente, o reembolso à parte vencedora quanto às despesas atinentes aos honorários periciais incumbe à Fazenda Pública à qual se encontra vinculado, no caso, a União, tendo em vista a isenção que é conferida ao *Parquet*, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Neste sentido já decidiu este egrégio Tribunal:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO PÚBLICO. ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS ENTRE A UNIÃO, A FUNDAÇÃO HABITACIONAL DO EXÉRCITO E PARTICULARES. PRELIMINARES. CERCEAMENTO DO DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. EXIGÊNCIA AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DE ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. ÔNUS DA FAZENDA PÚBLICA AO QUAL O *PARQUET* É VINCULADO. NECESSIDADE DA PERÍCIA. NULIDADE DA SENTENÇA. OCORRÊNCIA.

1. Em ação civil pública, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85, não se pode exigir do Ministério Público Federal o adiantamento dos honorários periciais, os quais, caso exista requerimento de prova pericial por parte do *Parquet*, devem ser suportados pela Fazenda Pública à qual ele se encontra vinculado, em aplicação análoga da Súmula 232 do STJ. Precedentes do STJ.

2. Embora o magistrado possa indeferir provas desnecessárias e protelatórias, não é o caso da perícia requisitada pelo MPF, uma vez que ela poderia ser conclusiva a respeito da ocorrência ou não de dano ao erário público oriundo das alienações objetos da presente ação, tendo sido pedido na exordial ressarcimento por eventual dano.

3. Nulidade da sentença por cerceamento do direito à produção de prova, com a devolução dos autos ao juízo sentenciante, com a reabertura da instrução processual, para o fim de ser realizada a prova pericial requerida, com o adiantamento dos honorários por parte da União, ente ao qual o MPF está vinculado.

4. Apelação do Ministério Público Federal provida e demais apelações e reexame necessário prejudicados. (Primeira Turma, APELREEX 34.602, Relator: Desembargador Federal André Luís Maia Tobias Granja, julg. 07/12/2017, publ. *DJe*: 15/12/2017, pág. 18, decisão unânime)

Ante o precedente retrotranscrito, impõe-se o não provimento da apelação da União.

III DISPOSITIVO

Ante o exposto, nega-se provimento às apelações do Ministério Público Federal e da União.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 590.965-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO NETO
Apelante: MODESTO INCORPORAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. E INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN
Embargante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. LÍTIO TADEU COSTA RODRIGUES DOS SANTOS E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MPF. ACÓRDÃO QUE, AO PROVER OS RECURSOS DA CONSTRUTORA E DO IPHAN, JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO DE ANULAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA PELO IPHAN PARA CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO ACIMA DO LIMITE DE ALTURA PERMITIDO PARA ÁREA NO ENTORNO DE PRAÇA EM PROCESSO DE TOMBAMENTO. PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATI-

VOS E DA CONFIANÇA LEGÍTIMA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ARESTO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. OMISSÃO QUANTO AO PEDIDO DE PROIBIÇÃO DE NOVAS AUTORIZAÇÕES PARA OUTRAS CONSTRUÇÕES NA MESMA ÁREA. RECONHECIMENTO. PLEITO GENÉRICO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA JURISDICIONAL, À MÍNGUA DE LESÃO OU AMEAÇA A DIREITO. IMPROCEDÊNCIA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS PROVIDOS EM PARTE. JULGAMENTO EM COMPOSIÇÃO AMPLIADA.

1. Os embargos de declaração se prestam para suprir omissões, eliminar contradições e esclarecer obscuridades, além de corrigir erros materiais em quaisquer decisões judiciais, nos termos do art. 1.022 do CPC/15.

2. Situação em que o MPF alega a existência de nulidade do acórdão por carência de fundamentação, porquanto só teria apreciado as razões da Construtora ré. Isto é, manifestou-se apenas pela improcedência dos pedidos indenizatório e demolitório, sem, contudo, ter apreciado as razões de apelo do IPHAN, também réu, notadamente quanto ao capítulo da sentença que proibiu “o IPHAN e o Município do Recife de autorizarem ou aprovarem qualquer outro empreendimento ou projeto na área de entorno da Praça Euclides da Cunha que supere o gabarito máximo definido pelo setor técnico do IPHAN para a respectiva área”.

3. Inexistência de nulidade do acórdão por ausência de motivação. Suficiência da fundamentação, uma vez que foi aplicado ao caso concreto os princípios da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da confiança legítima para manter o ato do IPHAN, ainda que irregular, que autorizara construção de edifício acima da altura permitida para a respectiva área, à míngua da

demonstração pelo MPF de que tal prática tenha se derivado de conluio ou fraude da Construtora junto ao Poder Público para obtenção das licenças necessárias.

4. Omissão reconhecida quanto ao capítulo da sentença que proibiu a concessão de novas autorizações para construção na mesma área acima do limite de altura permitido. Como o MPF não demonstrou, de forma concreta, que o IPHAN está na iminência de autorizar a construção de outros empreendimentos ou projetos, na mesma área (entorno da Praça Euclides da Cunha), acima do limite de altura permitido, não é possível a concessão genérica de tutela jurisdicional nesse sentido, mercê de não restar caracterizada lesão ou a ameaça a direito, nos termos do art. 5º, XXXV, da CRFB. Omissão suprida. Acórdão integrado. Improcedência.

5. Embargos declaratórios parcialmente providos, sem efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em composição ampliada, por unanimidade, dar parcial provimento aos embargos declaratórios, sem efeitos infringentes, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 2 de abril de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO:

Cuida-se de embargos declaratórios opostos pelo MPF em face de acórdão desta Quarta Turma, em sua composição ampliada, que deu provimento às apelações do IPHAN e da CONSTRUTORA

MODESTO para julgar improcedente os pedidos formulados em ação civil pública ajuizada pelo ora recorrente em desfavor dos ora recorridos.

Alega o MPF que o aresto apresenta vício por ausência de fundamentação, em ofensa ao art. 489, II, do CPC e ao art. 93, IX, da CF/88, uma vez que só teria apreciado as razões do recurso da Construtora Modesto, isto é, manifestou-se apenas sobre os pedidos indenizatório e demolitório.

Aduz que o acórdão incorreu em omissão por não ter explicitado a motivação para dar provimento ao apelo do IPHAN, notadamente no capítulo da sentença que proibiu “o IPHAN e o MUNICÍPIO DO RECIFE de autorizarem ou aprovarem qualquer outro empreendimento ou projeto na área de entorno da Praça Euclides da Cunha que supere o gabarito máximo definido pelo setor técnico do IPHAN para a respectiva área”.

Contrarrazões apresentadas pelo IPHAN (cota à fl. 2091v) e pela Construtora Modesto (fls. 2093/2096).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO (Relator):

Têm os embargos de declaração por escopo sanar possíveis falhas no decisório atinentes à omissão, contradição ou obscuridade.

Não cabe, por essa via, reavaliar o mérito, mas tão somente analisar ou esclarecer, conforme o caso, a parte do *decisum* que restou obscura, contraditória ou omissa ou para correção de erros materiais, nos termos do art. 1.022 do CPC-15.

Conforme sumariado, o MPF alega que o aresto apresenta vício por ausência de fundamentação, em ofensa ao art. 489, II, do CPC e ao art. 93, IX, da CF/88, uma vez que só teria apreciado as razões do recurso da Construtora Modesto, isto é, manifestou-se apenas sobre os pedidos indenizatório e demolitório.

Aduz que o acórdão incorreu em omissão por não ter explicitado a motivação para dar provimento ao apelo do IPHAN, notadamente no capítulo da sentença que proibiu “o IPHAN e o

MUNICÍPIO DO RECIFE de autorizarem ou aprovarem qualquer outro empreendimento ou projeto na área de entorno da Praça Euclides da Cunha que supere o gabarito máximo definido pelo setor técnico do IPHAN para a respectiva área”.

Assiste razão em parte ao MPF. Explica-se.

O acórdão embargado se encontra suficientemente fundamentado, uma vez que aplicou ao caso concreto os princípios da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da confiança legítima para manter o ato do IPHAN, ainda que irregular, que autorizara a construção de edifício acima da altura permitida para a respectiva área, à míngua da demonstração pelo MPF de que tal prática tenha se derivado de conluio ou fraude da construtora junto ao Poder Público para obtenção das licenças necessárias.

Eis a ementa do julgado embargado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MPF. ANULAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA PELO IPHAN PARA CONSTRUÇÃO DE EDÍFICIO NO ENTORNO DE PRAÇA EM PROCESSO DE TOMBAMENTO. LIMITAÇÃO DE ALTURA. EMPREENDIMENTO EDIFICADO NO CURSO DO FEITO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE CONLUIO OU FRAUDE NA OBTENÇÃO DAS LICENÇAS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS QUE OPERA EFEITOS INCLUSIVE CONTRA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA LEGÍTIMA CONFIANÇA. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. JULGAMENTO EM COMPOSIÇÃO AMPLIADA.

1. Apelações interpostas pelo IPHAN e por construtora em face de sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados em ação civil pública ajuizada pelo MPF contra os ora apelantes e o Município de Recife, da seguinte forma: a) tornar sem efeito o TAC, celebrado entre a construtora ré e o IPHAN, e a consequente anulação da autorização concedida pelo último, para a construção de edifício em Recife-PE; b) condenar a construtora ré no pagamento da indenização por perdas e danos, no valor equivalente ao que ela recebeu pelos apartamentos situados acima do gabarito de 40,85m de altura, a ser calculado na oportunidade do cumprimento

de sentença, com a devida correção monetária, bem como no pagamento da multa prevista no art. 18 do Decreto-Lei nº 27/37, correspondente a 50% do valor da indenização fixada, devendo os valores serem revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85; c) proibir o IPHAN e o Município de Recife de autorizarem ou aprovarem qualquer outro empreendimento ou projeto na área de entorno da Praça Euclides da Cunha que supere o gabarito máximo definido pelo setor técnico do IPHAN para a respectiva área; e d) Ante a situação fática consolidada, perdem-se os efeitos jurídicos do pedido referente ao cancelamento da licença para construir concedida pelo Município do Recife, o qual se reputa prejudicado.

2. Rejeição das preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e de ausência de interesse de agir. Ambas se confundem porque fundadas no mesmo argumento. Isso porque a pretensão do MPF não é substituir ao IPHAN, mas sim postular que o Poder Judiciário faça o controle de legalidade do agir administrativo. É inerente a função do Judiciário a substituição das vontades das partes quando deixarem de cumprir determinada obrigação. O MPF, na espécie, não impõe diretamente sua pretensão à parte ré, mas apenas requer ao Judiciário que o faça no exercício próprio de sua competência jurisdicional.

3. No caso concreto, o IPHAN, bem ou mal, autorizou e permitiu a construção acima da altura permitida para aquela área. Ainda que a autarquia federal tenha agido contrariamente ao direito, o particular agiu corretamente, uma vez que postulou a autorização, obteve, investiu e construiu um empreendimento. Na petição inicial não há sequer alegação de que a construtora tenha agido em conluio ou fraude para interceder ilicitamente junto ao Poder Público para obter as respectivas licenças.

4. Situação em que responsabilizar civilmente o particular, impondo-lhe o pagamento de indenização por perdas e danos ou por meio da aplicação de sanção pecuniária, como pretende o MPF, significa punir indevidamente aquele que agiu estritamente de acordo com a vontade do Estado, ainda que contrária ao direito, em flagrante ofensa ao princípio da confiança legítima. A construtora não deu causa, tampouco contribuiu ilicitamente ao possível erro administrativo na concessão das licenças.

5. O particular que obtém do Poder Público autorização para construir, sem qualquer pecha de conluio ou fraude no agir administrativo, e assim o faz, nos exatos termos em que autorizado pelo Estado, não pode ser posteriormente punido quando agiu nos exatos limites das autorizações administrativas. É que os atos administrativos presumem-se legítimos não só a favor da Administração Pública, mas também contra ela, em verdadeira via de mão dupla.

6. Apelações providas para julgar improcedente a demanda.

Entretanto, realmente o acórdão não enfrentou o capítulo da sentença que acolheu o pedido para proibir “o IPHAN e o MUNICÍPIO DO RECIFE de autorizarem ou aprovarem qualquer outro empreendimento ou projeto na área de entorno da Praça Euclides da Cunha que supere o gabarito máximo definido pelo setor técnico do IPHAN para a respectiva área”. Então, passa-se a suprir a omissão apontada.

Nesse ponto, como o MPF não demonstrou, de forma concreta, que o IPHAN está na iminência de autorizar a construção de outros empreendimentos ou projetos, na mesma área (Praça Euclides da Cunha), acima do limite de altura permitido, não é possível a concessão genérica de tutela jurisdicional nesse sentido, tendo em vista a não caracterização de lesão ou a ameaça a direito, na forma do art. 5º, XXXV, da CRFB. Omissão suprida. Acórdão integrado. Sentença reformada também neste item. Improcedência.

Outrossim, com o advento do NCPC, a simples oposição dos embargos declaratórios passa a gerar prequestionamento ficto, ainda que os embargos sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior entenda haver defeito no aresto, nos termos do art. 1.025 do CPC/15.

Ante o exposto, dou provimento parcial aos embargos declaratórios, sem, contudo, atribuir-lhes efeitos infringentes.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0800183-34.2018.4.05.8308-PE (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE
Apelante: JOÃO SOARES DE CARVALHO
Def. Púb. Fed.: DR. THALES LEAL GOMES (APTE.)
Apelados: UNIÃO, MUNICÍPIO DE PETROLINA E ESTADO DE PERNAMBUCO
Advs./Procs.: DRS. ERIKA MOURA FREIRE, ANA PAULA LIMA DA COSTA SANTOS E THIAGO LOPES VIEIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. HOME CARE. APELAÇÃO. PROVIMENTO.

I - Apelação interposta à sentença que julgou improcedente a pretensão de internação domiciliar (home care) do autor, recomendada por laudo pericial.

II - O fundamento adotado no julgado centra-se na capacidade financeira da parte de prover o home care, em razão de possuir plano de saúde.

III - A tutela de urgência consignou que: “Compartilho das razões recursais, no sentido de que: “A existência de plano de saúde não afasta a responsabilidade dos entes públicos especialmente pelas seguintes premissas: I. Não há cobertura contratual para a pretensão formulada nos autos, conforme parecer técnico nº 04/GEAS/GGRAS/DIPRO/2016 (fls. 03/05 do doc. de Id. 4058308.5457213); II. Ainda que houvesse cobertura contratual do internamento domiciliar, a possibilidade de tratamento pelo Sistema Único de Saúde não seria afastada, tendo em vista o caráter constitucional da Universalidade consolidada no art. 196 da Constituição Federal (...)”.

IV - Solidariedade dos entes públicos (União, Estado e Município) na prestação do serviço de saúde em questão, a teor do artigo 196 da CF/1988 e a Jurisprudência do Supremo Tribunal

**Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional da 5ª Região sobre a matéria.
V - Provimento da apelação.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sua composição ampliada, por maioria, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, integrantes do presente julgado.

Recife, 13 de fevereiro de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE:

Mantive a concessão da tutela de urgência, nos seguintes termos:

Em 27.10.2018, fixei **multa** por descumprimento da tutela de urgência, determinei a intimação do autor para apresentar, querendo, **contrarrazões** ao agravo interno e a retirada do processo da pauta do julgamento do dia 08.11.2018, *verbis*:

Em 08.10.2018, determinei o **cumprimento** da decisão em que deferi a **tutela de urgência** alusiva ao **home care**, no **prazo de cinco dias**, *verbis*:

Deferi o pedido de **tutela de urgência** “para determinar que a União, o Estado de Pernambuco e o Município de Petrolina disponibilizem, solidariamente, o tratamento domiciliar denominado **home care** em favor do apelante, nos termos do laudo pericial”.¹

¹ “Cuida-se de **pedido de tutela de urgência** formulado pelo autor (com **88 anos** de idade) na apelação que interpôs à sentença, que julgou improcedente a pretensão de **internação domiciliar (home care)**.”

O apelante apresentou requerimento:

Conforme se depreende dos Id. 4050000.12078226 e 4050000.12392255, logo após a decisão que concede a Tutela de urgência, **a União veio aos autos para informar acerca do início das diligências administrativas necessárias ao cumprimento da determinação judicial**, que assim pontuou (...).

“JOÃO SOARES DE CARVALHO, já qualificado nos autos do processo em epígrafe, por intermédio desta Defensoria Pública da União, vem oferecer RAZÕES DE APELAÇÃO nos termos a seguir alinhavados (...).

2. BREVE RESUMO DA LIDE

Trata-se de ação ordinária ajuizada em face da UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE PERNAMBUCO e do MUNICÍPIO DE PETROLINA, na qual o apelante, atualmente com 88 anos de idade, por sofrer de **HAS e Arritmia Cardíaca - Fibrilação Atrial**, encontrando-se com **sequela acentuada após ter sido acometido por Acidente Vascular Encefálico**, objetiva a condenação dos entes solidários para que disponibilizem o **tratamento completo de reabilitação de home care, pois a unidade familiar não possui condições financeiras de continuar com o custeio do tratamento, tendo em vista a existência de limitações e prejuízos ao sustento do lar**.

O MM. Juiz de 1º grau julgou **improcedente** a demanda, por ser o apelante beneficiário de plano de saúde, além de considerar a sua **capacidade financeira** de modo abstrato, sem observar as circunstâncias fáticas e econômicas do caso. No entanto, em que pese o entendimento do MM. Juízo *a quo*, a sentença merece ser reformada, conforme será demonstrado a seguir.

3. DAS RAZÕES PARA REFORMA DA SENTENÇA: DA AUSÊNCIA DE COBERTURA DO TRATAMENTO PLEITEADO PELA REDE PRIVADA. DO CARÁTER UNIVERSAL DO DIREITO À SAÚDE (...)

Contudo, no laudo pericial (Id. 4058308.5000290), o perito assim dispôs na sua discussão e conclusão:

O periciando é portador de sequela de acidente vascular cerebral de acometimento grave, com limitação total para as atividades cotidianas e demandando ajuda contínua de terceiros e internamento domiciliar. Conclusão: **o periciando demanda internamento domiciliar com suporte de médico (semanal), nutricionista (semanal), enfermeiro (semanal), técnico de enfermagem (24h), equipamentos e insumos para aspiração, nebulização, nutrição enteral, curativos**.

Ou seja, o tratamento pleiteado de fato é indispensável para a melhora e maior sobrevida à parte apelante, de modo que o ajuizamento da presente ação tem o fim de garantir a continuidade dos serviços de saúde necessários para o fim referido, tendo em vista a incapacidade financeira da unidade familiar para arcar com o custeio, bem como pela ausência de cobertura contratual específica para disponibilizar o internamento domiciliar.

Como se vê, não fora estipulado prazo para seu cumprimento e, em que pese isso, a UNIÃO já informa a adoção de medidas necessárias à implantação do *home care*, o que, possivelmente, virá a ocorrer nos próximos dias. Ocorre que, no dia de ontem, um dos filhos da parte autora compareceu à DPU para prestar esclarecimento quanto ao estado de saúde do autor, ocasião em que fora feito o seguinte registro do atendimento de retorno:

Além do mais, a qualidade de beneficiário de plano de saúde na rede privada não é prova isolada da capacidade financeira do apelante, ainda mais porque a hipossuficiência se trata de um conceito conjuntural distinto de um único fato, sobretudo porque: (a) a renda familiar advém de dois benefícios previdenciários no valor de um salário-mínimo auferidos pelo apelante e sua esposa; (b) o montante total perfaz R\$ 1.908,00 (mil novecentos e oito reais); e (c) o valor recebido é incapaz de prover de forma adequada as necessidades do grupo, quiçá de custear o tratamento domiciliar *home care*, nos moldes prescritos pelo médico (...).

Desta forma, é possível disponibilizar o tratamento domiciliar requerido nos autos, especialmente porque diante de manifesta hipossuficiência do recorrente, necessidade e urgência do internamento domiciliar. Ademais, o vínculo prévio a plano de saúde da rede privada não constituir impedimento para que seja concedida a pretensão objeto do processo.

A existência de plano de saúde não afasta a responsabilidade dos entes públicos especialmente pelas seguintes premissas:

I. Não há cobertura contratual para a pretensão formulada nos autos, conforme Parecer Técnico nº 04/GEAS/GGRAS/DIPRO/2016 (fls. 03/05 do doc. de Id. 4058308.5457213);

II. Ainda que houvesse cobertura contratual do internamento domiciliar, a possibilidade de tratamento pelo Sistema Único de Saúde não seria afastada, tendo em vista o caráter constitucional da Universalidade consolidada no art. 196 da Constituição Federal (...).

Destaque-se que o referido dispositivo foi reconhecido constitucional pelo STF (RE 597.064). Desta forma, ser beneficiário de plano de saúde não pode ser um óbice ao fornecimento, pelo Poder Público, de tratamento médico a quem necessita, cabendo ao Estado, posteriormente, ser ressarcido pela operadora do plano de saúde.

Diante do exposto, resta evidente o direito da parte apelante à disponibilização do tratamento domiciliar *home care* reconhecido pela perícia judicial na instância ordinária, nos termos da prescrição médica, necessitando, assim, ser reformada a sentença proferida pelo juízo *a quo* que julgou o pleito improcedente.

4. DA TUTELA DE URGÊNCIA RECURSAL

De acordo com o art. 300 do Código de Processo Civil: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do

“MERA INFORMAÇÃO PROCESSUAL:

Comunico que após atendimento ao filho do assistido via telefone, o mesmo se mostrou indignado pelo não cumprimento da última decisão proferida pelo juízo, e pede urgentemente providências do Senhor Defensor. Ainda requer de V.Sa. um contato via telefone (87) 991114073) para esclarecimento e justificativas do não cumprimento, tendo em vista que o Senhor seu pai, está correndo risco de morrer por falta da providência a ser cumprida.”

direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. (...) § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia”.

Neste caso, **a tutela de urgência recursal** se faz necessária em virtude de que a cada dia que passa sem o amparo vital, o apelante vai sofrendo um **dano cada vez maior**, além de **correr grave risco de contrair uma infecção hospitalar**. Portanto, a **demora do resultado da lide** poderá acarretar **sérios danos** que serão mais difíceis de reparar, uma vez que o **quadro clínico** do apelante, assim como sua **sobrevida, pode piorar**, conforme comprovado pelos **laudos e relatórios acostados**. Assim é imperativo que comece com urgência o tratamento pleiteado.

No caso em tela, os pressupostos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela estão exaustivamente presentes, quais sejam, prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança das alegações e o *periculum in mora*, conforme determina o art. 300 do Estatuto Processual Civil.

O primeiro requisito está substanciado na conclusiva **prova material** carreada aos autos, que atesta o direito subjetivo do apelante ao recebimento do tratamento domiciliar, em caráter de urgência, cuja **necessidade é reconhecida e recomendada pelo médico**.

O *periculum in mora*, outro requisito necessário para a concessão de antecipação de tutela, também se encontra ostensivamente presente, uma vez que o **apelante sofre de HAS e Arritmia Cardíaca - Fibrilação Atrial, encontrando-se com seqüela de Acidente Vascular Encefálico, sendo o tratamento mencionado a única forma de garantir o controle dos sintomas da patologia** que o acomete e para que esta SOBREVIVA com dignidade, evitando-se lesão irreversível à sua saúde, conforme já mencionado.

É inquestionável que a demora do provimento jurisdicional favorável contribuirá para que a situação fique ainda pior, uma vez que a indisponibilidade do tratamento, quando necessário, o mais rápido possível, contribuirá para a caracterização de dano irreparável à sobrevida do apelante e, em caso mais grave, levando-o a contrair infecção hospitalar, que pode resultar no óbito.

Presente tal contexto, mister a concessão *inaudita altera pars* da antecipação dos efeitos da tutela recursal determinando que a União, o Estado de Pernambuco e o Município de Petrolina forneçam o **tratamento domiciliar home care**, nos termos da **prescrição médica** apresentada, pelo período de necessidade, bem como seja facultado qualquer meio que venha a facilitar e possibilitar a sua disponibilização.

Ante tal registro, o defensor que acompanhou o caso constatou que **a União já peticionou no sistema, informado ter diligenciado na implantação do home care no dia 14.09.2018**. Atento para a necessidade de se aguardar um prazo mínimo para o cumprimento, determinou-se tão somente a adoção de medidas administrativas: expedição

5. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer:

a) Ao eminente relator, a concessão da **tutela de urgência recursal**, para determinar que a União, o Estado de Pernambuco e o Município de Petrolina, disponibilizem o **tratamento domiciliar home care**, gratuitamente, para tratamento do apelante, nos termos da **prescrição médica**;

b) Seja conhecida e, ao final, provida a apelação, a fim de julgar procedentes os pedidos deduzidos na inicial, confirmando-se, outrossim, a tutela de urgência.

c) A inversão da condenação em custas e honorários de sucumbência, nos termos do art. 85 do CPC.

São os termos em que pede deferimento.

Petrolina/PE, 26 de junho de 2018.

Thales Leal Gomes

Defensor Público Federal” (grifei)

É o relatório. Decido.

O artigo 300 do CPC/2015 dispõe que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a **probabilidade do direito** e o **perigo de dano** ou o risco ao resultado útil do processo.

No caso, o fundamento adotado na sentença centra-se na **capacidade financeira** do autor de prover o *home care*, em razão de possuir pano de saúde:

“**31**. Entendo que tal diretriz deve ser igualmente adotada nas ações em que se pleiteia a disponibilização de atendimento médico domiciliar (*home care*), pelo que, diante da demonstração de que o autor é beneficiário de plano privado de saúde (SÃO FRANCISCO ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA. - HGU SAÚDE) (Id. 40 58308.5457209/4058308.5457215), entremostra-se forçoso o reconhecimento da improcedência do pedido autoral.”

Ofício enviado à Defensoria Pública da União pelo Plano de Saúde São Francisco Assistência Médica - HGU Saúde, da qual é titular o autor, faz menção à **ausência de cobertura para internação domiciliar (*home care*)**:

“À Defensoria Pública da União

Sr.(a) Doutor(a) Procurador(a),

SÃO FRANCISCO ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA. - HGU SAÚDE pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.098.226/0001-65 com endereço na Av. Dr. Fernando Góes, nº 1076, Centro, Petrolina-PE, por sua representante legal *in fine* assinada (procuração em anexo) vem respeitosa-mente à presença deste D. Órgão apresentar informações sobre o contrato de

de ofício/contato por *e-mail*, requerendo o efetivo cumprimento do que fora determinado pelo juízo. Ocorre que, na presente data, um dos filhos do genitor reiterou o contato com a DPU, para informar o **agravamento** do estado de saúde do autor. Nesse sentido, confira-se o seguinte registro do atendimento de retorno:

prestação de serviços firmado entre as partes, JOÃO SOARES DE CARVALHO e HGU SAÚDE, onde **não consta cobertura para os serviços *home care* ou atendimento domiciliar**.

Da mesma forma que não consta como procedimento de cobertura obrigatória pelas operadoras de saúde no pol de procedimentos e eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS - RN Nº 428/2017.

O contrato de prestação de serviço não consta cobertura para os serviços de *home care* ou atendimento domiciliar. Da mesma forma que não consta como procedimento de cobertura obrigatória pelas Operadoras de Saúde no no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS - RN Nº 428/2017.

Outrossim, *permissa venia*, ainda que o contrato, bem como a legislação que rege a matéria previssessem o procedimento requestado como obrigatório, o beneficiário em questão não seria agraciado, tendo em vista que o mesmo está em cumprimento de Cobertura Parcial Temporária - CPT, ou seja, carência de 24 meses para doenças ou lesões preexistentes ora informadas pela titular do contrato (cônjuge) e o Sr. João Soares, em declaração de saúde, até 14/12/2018, tendo em vista a sua adesão ser datada de 14/12/2016, conforme ficha de adesão e declaração de saúde, em anexo.

Cumprе ressaltar, nesse sentido, que o beneficiário ora autor declarou no momento da adesão ao plano, ser o mesmo portador de doenças do aparelho digestivo, doença ortopédica, doença cardíaca ou circulatória, bem como que já fazia tratamento continuado para as referidas doenças e ainda possuía previsão de tratamento clínico ou cirúrgico.

Portanto, notório que o mesmo cumpra carência para doenças preexistentes, inclusive para exames complementares e procedimentos relacionados à doença.

Outrossim, percebe-se que o Sr. João Soares de Carvalho pleiteia o serviço de Atendimento Domiciliar a ser fornecido pelo Poder Público, e não pela Operadora de Saúde a qual é vinculado, sendo, portanto, de obrigação do Poder Público prover a assistência pleiteada e não a Operadora de Saúde, uma vez que não é procedimento de cobertura obrigatória, tampouco, previsto em lei ou em contrato.

Certo dos esclarecimentos prestados, nos mantemos à disposição, renovando por oportuno os votos de estima.

Lorena Pontes Almeida.

OAB/PE 1.802-A" (grifei)

O Parecer Técnico nº 04/GEAS/DIPRO/2016 informa que a **internação domiciliar (*home care*) não está entre as coberturas mínimas obrigatórias** dos Contratos de Plano de Saúde:

Paj virtual encaminhado ao senhor defensor, após atendimento de retorno realizado via telefone, quando fomos informados pelo filho do assistido a situação de agravamento do estado de saúde do seu pai com risco de vir a falecer, caso não seja cumprida a decisão proferida anteriormente pelo Juízo, requer desta DPU/PE providências urgentes para garantir a vida do seu genitor.

“PARECER TÉCNICO Nº 04/GEAS/GGRAS/DIPRO/2016

COBERTURA: ASSISTÊNCIA DOMICILIAR (*HOME CARE*)

No termos do art. 4º, inciso III, da Lei nº 9.961, de 2000, compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 1998, e suas excepcionalidades.

Trata-se das **coberturas mínimas obrigatórias** a serem asseguradas pelos chamados “**planos novos**” (**planos privados de assistência à saúde comercializados a partir de 2/1/1999**), e pelos “**planos antigos**” adaptados (**planos adquiridos antes de 2/1/1999**, mas que foram ajustados aos regramentos legais, conforme o art. 35 da Lei nº 9.656, de 1998), respeitando-se, em todos os casos, as segmentações assistenciais contratadas.

Visto isso, cumpre assinalar que a **Lei nº 9.656, de 1998, não inclui a assistência à saúde no ambiente domiciliar (*home care*) entre as coberturas obrigatórias**. Para uso domiciliar, a lei garante apenas o fornecimento de bolsas de colostomia, ileostomia e urostomia, sonda vesical de demora e coletor de urina com conector (art. 10-B). Além disso, a Lei deixa explícito que, nos casos de terapia medicamentosa, o fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar não está contemplado dentre as coberturas obrigatórias (art. 10, inciso VI), exceção feita apenas para os medicamentos antineoplásicos orais e para controle de efeitos colaterais e adversos dos medicamentos antineoplásicos (art. 12, inciso I, alínea c, e inciso II, alínea g).

Insta frisar que a RN nº 387, de 2015, normativo que atualmente disciplina o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, não prevê cobertura obrigatória para quaisquer procedimentos executados em domicílio. Nos termos do art. 2º da Resolução Normativa em questão, as operadoras de planos privados de assistência à saúde poderão oferecer, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde, cobertura maior do que a mínima obrigatória delineada pela RN e por seus anexos, inclusive medicação de uso oral domiciliar.

Destaca-se que, na saúde suplementar, a atenção ou assistência domiciliar (*home care*) pode ser oferecida pela operadoras como alternativa à internação hospitalar. Releva enfatizar que somente o médico assistente do beneficiário poderá determinar se há ou não indicação de internação domiciliar em substituição à internação hospitalar. A operadora não pode suspender uma internação hospitalar pelo simples pedido de *home care*. Caso a operadora não concorde

Obs: realizamos contato com o Senhor Defensor Dr. Djalma que determinou encaminhamento do atendimento para providências.

Ante o exposto, ainda que **não caracterizado descumprimento da decisão desse juízo**, considerando a possibilidade de o autor vir a óbito e, por conseguinte, a ocorrência da perda do objeto da demanda, a fim de garantir a efetividade da prestação jurisdicional, requer o autor:

em oferecer o serviço de assistência domiciliar, deverá manter o beneficiário internado até sua alta hospitalar.

Ademais, quando a operadora, por sua livre iniciativa ou por exigência contratual, oferecer a internação domiciliar como alternativa à internação hospitalar, o serviço de *home care* deverá obedecer às exigências mínimas previstas na Lei 9.656, de 1998, para os planos de segmentação hospitalar, em especial o disposto nas alíneas *c, d, e e g*, do inciso II, do artigo 12 da referida Lei.

Nos casos em que a assistência domiciliar não se dê em substituição à internação hospitalar, tal assistência deverá obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes.

Assim, as **operadoras não estão obrigadas a oferecer qualquer tipo de atendimento domiciliar (*home care*)** como parte da cobertura mínima obrigatória a ser garantida pelos “planos novos” e pelos “planos antigos” adaptados.

Contudo, caso o oferecimento de Atenção Domiciliar conste em aditivo contratual acordado entre as partes, tal serviço deve ser obrigatoriamente oferecido de acordo com as regras descritas no referido aditivo contratual, devendo observar rigorosamente os comandos da Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa - RDC nº 11, de 2006, que regulamenta a modalidade de atendimento em tela para todos os Serviços de Atenção Domiciliar - SAD que atuem em território nacional, sejam públicos ou privados, incluindo os SAD que prestam atendimento aos beneficiários de planos de saúde.

Por fim, vale anotar que, em relação aos contratos de “planos antigos” (celebrados antes de 02/01/1999), não adaptados à Lei nº 9.656/1998, e ainda vigente, a cobertura assistencial deve ser aquela prevista nas cláusulas contratuais acordadas entre as partes.

Gerência de Assistência à Saúde - GEAS

Gerência-Geral de Regulação Assistencial - GGRAS

Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos - DIPRO

Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS” (grifei)

Compartilho das razões recursais, no sentido de que:

A existência de **plano de saúde não afasta a responsabilidade dos entes públicos** especialmente pelas seguintes premissas:

I. **Não há cobertura contratual para a pretensão formulada nos autos**, conforme Parecer Técnico nº 04/GEAS/GGRAS/DIPRO/2016 (fls. 03/05 do doc. de Id. 4058308.5457213);

- a) sejam instados os demandados a **cumprirem** o que determinado pelo juízo no prazo de 24 horas, sob pena de multa diária;
- b) na hipótese de ser indeferido o pedido anterior, requer seja estipulado prazo para cumprimento da decisão compatível com o estado de saúde/agravamento do quadro clínico do autor, sob pena de multa a ser arbitrada pelo juízo.

II. **Ainda que houvesse cobertura contratual do internamento domiciliar, a possibilidade de tratamento pelo Sistema Único de Saúde não seria afastada, tendo em vista o caráter constitucional da universalidade consolidada no art. 196 da Constituição Federal (...)**” (grifei)

Nesse sentido, apreciei matéria **análoga** no Agravo de Instrumento nº 0805150-54.2017.4.05.0000, envolvendo internação domiciliar (**home care**), *verbis*:

“(...) É o relatório. Decido.

A orientação do Supremo Tribunal Federal e Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com base no artigo 196 da CF/1988, fixa a **Responsabilidade Solidária dos Entes Públicos** (União, Estados e Municípios), concernente à Tutela à Saúde, razão pela qual **improcede** a alegação da agravante de **ilegitimidade passiva**.

Destaco da decisão agravada os fundamentos para deferimento da tutela de urgência, com os quais compartilho, *verbis*:

‘Da análise dos autos, em especial do documento de Id. 4058305.3173727, verifica-se o comprometimento da saúde da autora, tendo sido solicitado pelo seu médico o serviço de *home care*, **necessitando de cuidados permanentes de enfermagem, fisioterapia motora e respiratória, cuidados com a alimentação por sonda naso-enteral, fonoterapia, avaliação médica e por nutricionista semanal, disponibilidade de suporte ventilatório mecânico, torpedo de oxigênio, além das medicações prescritas pelo médico-assistente e materiais necessários para a suas aplicações**, sob pena de risco de morte.

Como se vê, o quadro da autora inspira cuidados permanentes, isto é, suporte técnico especializado sem o qual não teria condições de sobreviver. Por outro lado, **a internação da autora em âmbito familiar apenas lhe trará benefícios, sendo certo que será proporcionada toda a estrutura e tratamento que receberia numa internação hospitalar, com o acréscimo de não a expor ao risco de eventuais infecções hospitalares, o que pode aumentar sua expectativa de vida**’. (Grifei)

Com efeito, a despeito das restrições previstas no artigo 26 da Portaria 963/2013 do Ministério da Saúde, a prescrição de Cardiologista do Hospital Regional Dom Moura de Garanhuns (PE) acena com a necessidade de **internação domiciliar** (*home care*) da autora, ora agravada, para melhoria do quadro clínico, **‘evitando, assim, novos internamentos hospitalares e novas complicações para o paciente.’** (cf. Laudo Médico)

Determinei a intimação dos apelados para manifestação sobre o requerimento do apelante, sendo que apenas a **União** se pronunciou no sentido de que:

A Administração Pública está envidando esforços, em cumprimento à determinação judicial, para **superar os entraves burocráticos inerentes à estrutura estatal**, em meio ao grande volume de demandas.

No caso presente, é preciso ponderar que por motivos operacionais, inclusive para viabilizar a posterior compensação financeira entre os entes federativos, a assistência médica deferida deve ser prestada pelo Município e Estado, que podem reunir o necessário aparato administrativo. Consta que o paciente, ora autor, está cadastrado e é acompanhado no “Programa Melhor em Casa - Serviço de Atenção Domiciliar - SAD”, junto à Secretaria de Saúde do Município de Petrolina. De fato, **somente a equipe técnica da localidade poderá examinar o quadro clínico e adotar as medidas pertinentes.**

Ante o exposto, tendo em vista a complexidade da demanda, cabe resguardar posterior manifestação, por força dos trâmites necessários, após as informações a serem encaminhadas pelo Estado de Pernambuco e Município de Petrolina.

É o Relatório. Decido.

Proferi decisão concedendo a tutela de urgência no dia **29.08.2018**. A União e o Estado de Pernambuco foram intimados em 30.08.2018 e o Município de Petrolina em 03.09.2018.

Decorridos mais de 30 (trinta) dias da intimação das partes, colhe-se, à primeira vista, que **não houve o**

Desse modo, a recomendação médica deve ser observada no tratamento apropriado e pertinente às condições da paciente, conforme a orientação do Tribunal Regional Federal da 5ª Região sobre a matéria, referida na decisão agravada.

Isto posto, **indefiro** o pedido de efeito suspensivo.”

Isto posto, **defiro** o pedido de tutela de urgência para determinar que a União, o Estado de Pernambuco e o Município de Petrolina disponibilizem, solidariamente, o tratamento domiciliar denominado **home care** em favor do apelante, nos termos do laudo pericial.

Intime(m)-se. Oficie-se para cumprimento.

Inclua-se, oportunamente, em pauta de julgamento.

cumprimento da decisão, segundo notícia o apelante, corroborado pela manifestação da União, sendo que o Estado de Pernambuco e o Município de Petrolina não se pronunciaram.

Isto posto, fixo o prazo de **5 (cinco) dias** para cumprimento da decisão.

Os réus, ora apelados, foram intimados da decisão.

A União afirmou que “manifesta ciência em relação à decisão Id.4050000.12643864 e informa que comunicou o Ministério da Saúde para adoção das providências cabíveis.”

O Estado de Pernambuco interpôs **agravo interno**.

Não houve manifestação do Município de Petrolina.

Em 23.10.2018, o autor peticionou, nos seguintes termos:

“JOÃO SOARES DE CARVALHO, já devidamente qualificado, vem, por intermédio da DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, neste ato apresentada pelo Defensor Público Federal que subscreve, respeitosamente, perante Vossa Excelência, **comunicar o descumprimento** pela União, pelo Estado de Pernambuco e pelo Município de Petrolina da **tutela de urgência** deferida nos autos em epígrafe (Id. 4050000.12643864), consubstanciada na disponibilização de tratamento domiciliar *home care*.

Não é demais destacar que, decorrido o prazo determinado pelo Poder Judiciário, demonstrando total menosprezo e verdadeiro menoscabo à ordem judicial, os entes federativos sequer indicaram qualquer sinal de cumprimento da decisão. O silêncio, nesse caso, é eloquente e sinaliza um desrespeito à Administração da Justiça e aos direitos fundamentais do cidadão jurisdicionado. Pugna-se, pois, para que os entes indiquem ao menos que medidas foram adotadas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e, se o caso, criminal.

Face à gravidade da situação de saúde do demandante, pugna-se, ainda, pela **adoção das medidas coercitivas necessárias ao cumprimento da obrigação de fazer**, como a **imposição de multa** por hora de descumprimento, consoante preconiza o art. 537 do CPC/2015, em montante a ser fixada por essa douda relatoria. (Grifei)

Processo pautado para julgamento na sessão de 08.11.2018.

É o relatório. Decido.

O artigo 139 do CPC/2015 dispõe que o Juiz poderá “determinar todas **as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial**, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (...)”².

² Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

Por sua vez, o artigo 537 estabelece que:

A **multa** independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, **desde que seja suficiente e compatível com a obrigação** e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito (...) **A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.**

A hipótese dos autos enseja a aplicação dos referidos dispositivos, porquanto os réus, ora apelados, não cumpriram a tutela de urgência, até o presente momento. Isto posto, fixo **multa** de R\$ **1.000,00** ao dia, por descumprimento, contado da última intimação dos réus desta decisão.

Intime-se o agravado para apresentar, querendo, resposta ao agravo interno (artigo 1.021, § 2º, do CPC/2015).

Retire-se da pauta de julgamento do dia 08.11.2018.

Intimem-se as partes, com urgência.

Após a intimação das partes, o Estado de Pernambuco opôs **embargos de declaração**, em 08.11.2018, alegando, em síntese:

(...) já foi informando nos autos que ao adotar as providências necessárias ao cumprimento da decisão proferida na presente ação, a SES obteve a informação que

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 2º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos incisos II ou III do art. 1.042.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

o demandante está sendo atendido pelo Serviço de Atenção Domiciliar de Petrolina - SAD de acordo com suas necessidades clínicas. Tendo informado ainda a Coordenadora do Programa em Petrolina que o médico que acompanha o paciente referiu que o Sr. João Soares **não possui critérios clínicos para admissão em home care**. Ora, douto julgador, verifica-se no presente caso que o paciente está sendo assistido consoante as suas necessidades clínicas pelo SAD, não havendo necessidade de home care.

Diante disso, faz-se necessária a manifestação desse juízo acerca dos fatos trazidos aos autos, sendo **desnecessária** a fixação de **astreintes**". (Grifei)

Em 20.11.2018, a União interpôs **agravo interno** para que "seja reconsiderada a decisão, bem como conhecido e provido o recurso, para excluir, ou ao menos reduzir, a multa cominada.

Em 21.11.2018, o autor requereu o **bloqueio** de recursos públicos no montante de R\$ 36.254,82:

JOÃO SOARES DE CARVALHO, já devidamente qualificado nos autos em epígrafe, assistido pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, neste ato apresentada pelo Defensor Público Federal que subscreve, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, **face à recalitrância dos demandados em descumprir a tutela antecipada deferida** (Id. 4050000.12643864), a despeito das medidas coercitivas já impostas, **requerer o imediato bloqueio de verbas públicas necessárias à disponibilização do tratamento domiciliar home care em favor do apelante**, nos termos do laudo pericial.

Para tanto, apresenta o orçamento mensal, estimado em **R\$ 36.254,82** (trinta e seis mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e dois centavos), fornecido pela Humana's Home Care, única empresa atuante no Município de Petrolina para o fornecimento de tais serviços. Termos em que pede e espera deferimento.

Recife, 19 de novembro de 2018.

ANDRÉ CARNEIRO LEÃO
Defensor Público Federal

Em 28.11.2018, requereu a **redução** do valor do bloqueio para R\$ 27.271,66:

JOÃO SOARES DE CARVALHO, já devidamente qualificado nos autos em epígrafe, assistido pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, neste ato representada pelo Defensor Público Federal que subscreve, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, requerer a **substituição do orçamento encaminhado por meio do petitório Id. 4050000.13109851 pelo orçamento ora encaminhado, no valor mensal de R\$ 27.271,66 (vinte e sete mil, duzentos e setenta e um reais e sessenta e seis centavos)**, tendo em vista que o cálculo anterior previa o fornecimentos de materiais já recebidos pelo recorrente. Assim sendo, e face à gravidade do caso, reitera o pleito anteriormente formulado para o **imediato bloqueio de verbas públicas necessárias à disponibilização do tratamento domiciliar (*home care*) em favor do apelante, nos termos do laudo pericial.**

Termos em que pede e espera deferimento.

Recife, 22 de novembro de 2018.

ANDRÉ CARNEIRO LEÃO

Defensor Público Federal

É o Relatório. Decido.

Conforme alegação do Estado de Pernambuco, o autor, ora apelante, **“está sendo atendido pelo Serviço de Atenção Domiciliar de Petrolina- SAD** de acordo com suas necessidades clínicas. Tendo informado ainda a Coordenadora do Programa em Petrolina que o médico que acompanha o paciente referiu que o Sr. João Soares **não possui critérios clínicos para admissão em *home care*.”**

O julgamento da apelação estava designado para o dia 08.11.2018 e o processo foi retirado da respectiva pauta, em razão dos **incidentes** que se seguiram ao cumprimento da tutela recursal de urgência que deferi relativa ao *home care*.

Mantenho, por ora, a tutela de urgência, inclusive a multa. Porém, não considero pertinente o **bloqueio** de recursos públicos, no momento, uma vez que o *home care* compõe-se de atendimento médico e de outros profissionais da área de Saúde e de equipamentos/materiais a serem instalados na residência do paciente, sendo que a assistência médica já estaria sendo prestada.

Além do mais, o orçamento apresentado pelo autor sobre os custos do *home care* (Id. 4050000.13190186) envolve gastos com fonoaudiologia e fisioterapia, **que não estão contemplados no laudo pericial**, que acena com a **necessidade de internação domiciliar** e indica as **medidas** para a sua consecução (Id. 4058308.5000290), o qual **subsidiou a decisão de tutela de urgência** que proferi (ver nota de rodapé 01).

Por outro lado, no julgamento da apelação apreciarei, concomitantemente, os embargos de declaração e os agravos internos.

ISTO POSTO:

- 1) **Mantenho** a tutela de urgência e a fixação de multa;
- 2) **Indefiro** os requerimentos de bloqueio de recursos públicos;
- 3) Intime-se o **autor/apelante** para apresentação, querendo, de **contrarrazões** aos embargos de declaração e agravos internos, no prazo legal;
- 4) Intimem-se os **réus/apelados** desta decisão.
- 5) Inclua-se em pauta de julgamento com brevidade, por se tratar de idoso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE(Relator):

O fundamento adotado no julgado centra-se na capacidade financeira do autor de prover o *home care*, em razão de possuir plano de saúde, *verbis*:

31. Entendo que tal diretriz deve ser igualmente adotada nas ações em que se pleiteia a disponibilização de atendimento médico domiciliar (*home care*), pelo que, diante da demonstração de que o autor é beneficiário de plano privado de saúde (SÃO FRANCISCO ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA. - HGU SAÚDE) (Id. 4058308.5457209/4058308.5457215), entremostra-se forçoso o reconhecimento da improcedência do pedido autoral.

Ao deferir a tutela de urgência, consignei:

Compartilho das razões recursais, no sentido de que:
A existência de **plano de saúde** não **afasta a responsabilidade dos entes públicos** especialmente pelas seguintes premissas:

I. Não há cobertura contratual para a pretensão formulada nos autos, conforme Parecer Técnico nº 04/GEAS/GGRAS/DIPRO/2016 (fls. 03/05 do Doc. de Id. 4058308.5457213);

II. Ainda que houvesse cobertura contratual do internamento domiciliar, a possibilidade de tratamento pelo Sistema Único de Saúde não seria afastada, tendo em vista o caráter constitucional da universalidade consolidada no art. 196 da Constituição Federal (...) (grifei)

Nada há a acrescentar, à falta de novos elementos factuais e jurídicos relativos à matéria de que trata o recurso, reforçando, apenas, a **solidariedade** dos entes públicos (União, Estado e Município) na prestação do serviço de saúde em questão, a teor do artigo 196 da CF/1988 e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional da 5ª Região sobre a matéria.

Isto posto, **dou provimento** à apelação para determinar que a União, o Estado de Pernambuco e o Município de Petrolina disponibilizem, solidariamente, o tratamento domiciliar denominado *home care* em favor do apelante, nos termos do laudo pericial constante dos autos, e julgo prejudicado o exame dos embargos de declaração e agravos internos.

Fixo a verba honorária em favor do apelante em 12% do valor atribuído à causa (artigo 85, § 11, do CPC/2015).

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0808017-33.2018.4.05.8100-CE (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO CARVALHO
Apelante: FLORA MATUSA DINIZ MATEUS DOS SANTOS
Apelados: FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS E OUTRO
Advs./Procs.: DRS. FLORA MATUSA DINIZ MATEUS DOS SANTOS (APTE.) E LUIZ FERNANDO BASSI (APDOS.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. VAGAS RESERVADAS AOS NEGROS. AUTODECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO CONCURSO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. IMPROVIMENTO.

I. Cuida-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido, através do qual a autora objetivava a sua inclusão nas vagas destinadas aos negros e pardos do cargo de Analista Judiciário - Área Judiciária com a devida classificação alcançada. Honorários advocatícios fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, nos termos do § 2º do art. 85 do CPC/2015, ficando a exigibilidade do pagamento suspensa devido à concessão do benefício da justiça gratuita, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

II. Em suas razões, sustenta a apelante, em síntese, que mesmo preenchendo todos os requisitos necessários para a condição étnica indicada, a banca avaliadora indeferiu o direito da apelante de concorrer pelas vagas reservadas, sem esclarecer fundamentadamente quais os traços fenotípicos da requerente que foram avaliados, e sem motivar por quais razões tais critérios não foram atendidos.

III. Observa-se que o item VI, 12.4, do Edital nº 01/2017 (Id. nº 4058100.3743368), dispõe que “será considerado negro o candidato que assim for reconhecido por pelo menos um dos membros da comissão avaliadora”.

IV. No caso dos autos, a comissão de verificação da veracidade da autodeclaração dos candidatos negros não confirmou a autodeclaração da apelante (Id. nº 4058100.3743401) e, após a interposição de recurso, a banca examinadora manteve a decisão alegando que “Tendo em vista o disposto na Resolução nº 203/2015 do Conselho Nacional de Justiça, os critérios utilizados pela Comissão levaram em conta o fenótipo do candidato, conforme Edital nº 01/2017 de Abertura de Inscrições. Quanto às informações sobre a raça ou cor do candidato contidas em documentos, vale ressaltar que a Resolução e as normas do Edital não preveem que tais informações sejam consideradas. A autodeclaração, mesmo não corroborada pela Comissão de Verificação, não indica má-fé do candidato e nem qualquer tipo de discriminação negativa por parte da Comissão. Posto isto, consideradas as alegações do candidato e a reanálise das imagens feita pela Comissão, fica mantida a decisão” (Id. nº4058100.3743465). Deste modo, não se vislumbra nenhuma ilegalidade ou irregularidade na conduta da banca examinadora que excluiu a autora, da política de cotas sociais.

V. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório traduz uma segurança tanto para o candidato quanto para a Administração, pois equipara o edital ao status de lei, vinculando as partes e gerando a impositividade de suas regras. A flexibilização dessas normas em proveito de uns candidatos e em detrimento de outros, deve ser afastada, pois atenta contra o princípio da isonomia.

VI. Ainda, apenas cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade dos atos administrativos, não lhe competindo avaliar a conveniência e a oportunidade neles abarcadas. No caso em questão, verifica-se que a Administração Pública agiu

dentro dos limites impostos pelo mérito administrativo, não sendo devida qualquer interferência na seara da legalidade.

VII. A título de honorários recursais, fica majorado em 2% o percentual aplicado na sentença, nos termos do art. 85, § 11, do CPC15, cuja cobrança ficará sob condição suspensiva de exigibilidade, nos termos do art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC.

VIII. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Prosseguindo com o julgamento, após o voto vista do Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho, dando provimento à apelação, a turma por maioria negou provimento à apelação.

Prosseguindo o julgamento, em sua composição ampliada, a Turma, por maioria de votos, negou provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

Recife, 8 de abril de 2019. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO CARVALHO -
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO CARVALHO:

Cuida-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido, através do qual a autora objetivava a sua inclusão nas vagas destinadas aos negros e pardos do cargo de Analista Judiciário - Área Judiciária com a devida classificação alcançada. Honorários advocatícios fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, nos termos do § 2º do art. 85 do CPC/2015, ficando a exigibilidade do pagamento suspensa devido à concessão do benefício da justiça gratuita, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

Em suas razões, sustenta a apelante, em síntese, que mesmo preenchendo todos os requisitos necessários para a condição étnica indicada, a banca avaliadora indeferiu o direito da apelante de con-

correr pelas vagas reservadas, sem esclarecer fundamentadamente quais os traços fenotípicos da requerente que foram avaliados, e sem motivar por quais razões tais critérios não foram atendidos.

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO CARVALHO (Relator):

Cuida-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido, através do qual a autora objetivava a sua inclusão nas vagas destinadas aos negros e pardos do cargo de Analista Judiciário - Área Judiciária com a devida classificação alcançada.

Analisando a questão, verifica-se que o item VI, 12.4, do Edital nº 01/2017 (Id. nº 4058100.3743368), dispõe que “será considerado negro o candidato que assim for reconhecido por pelo menos um dos membros da comissão avaliadora”.

No caso dos autos, a comissão de verificação da veracidade da autodeclaração dos candidatos negros não confirmou a autodeclaração da apelante (Id. nº 4058100.3743401) e, após a interposição de recurso, a banca examinadora manteve a decisão alegando que “Tendo em vista o disposto na Resolução nº 203/2015 do Conselho Nacional de Justiça, os critérios utilizados pela Comissão levaram em conta o fenótipo do candidato, conforme Edital nº 01/2017 de Abertura de Inscrições. Quanto as informações sobre a raça ou cor do candidato contidas em documentos, vale ressaltar que a Resolução e as normas do Edital não preveem que tais informações sejam consideradas. A autodeclaração, mesmo não corroborada pela Comissão de Verificação, não indica má-fé do candidato e nem qualquer tipo de discriminação negativa por parte da Comissão. Posto isto, consideradas as alegações do candidato e a reanálise das imagens feita pela Comissão, fica mantida a decisão” (Id. nº 4058100.3743465).

Deste modo, não se vislumbra nenhuma ilegalidade ou irregularidade na conduta da banca examinadora que excluiu a autora, da política de cotas sociais.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório traduz uma segurança tanto para o candidato quanto para a Administração, pois equipara o edital ao *status* de lei, vinculando as partes e gerando a impositividade de suas regras. A flexibilização dessas normas em proveito de uns candidatos e em detrimento de outros, deve ser afastada, pois atenta contra o princípio da isonomia.

Ainda, apenas cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade dos atos administrativos, não lhe competindo avaliar a conveniência e a oportunidade neles abarcadas. No caso em questão, verifica-se que a Administração Pública agiu dentro dos limites impostos pelo mérito administrativo, não sendo devida qualquer interferência na seara da legalidade.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

A título de honorários recursais, majoro em 2% o percentual aplicado na sentença, nos termos do art. 85, § 11, do CPC15, cuja cobrança ficará sob condição suspensiva de exigibilidade, nos termos do art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC.

É como voto.

JULGAMENTO HISTÓRICO

Aqui foram tomadas decisões inéditas e emblemáticas, como a da Desembargadora Federal emérita Margarida Cantarelli, que se antecipou em 10 anos (2001) ao julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) no reconhecimento do direito à pensão por morte para companheiro homossexual.

Fonte: Notícias do TRF5. Divisão de Comunicação Social.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 238.842-RN

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: XXXXXXXXXXXX
Advs./Procs.: DRS. VILMA GRACIETE COSTA E OUTROS (APTE.)
E RAULINO SALES SOBRINHO (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO, CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO ESTATUTÁRIA. MORTE DE COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA. INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. VEDAÇÃO LEGAL. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA IGUALDADE. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISTINÇÃO EM RAZÃO DO SEXO. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E VIDA EM COMUM. DEFERIMENTO.

- A inexistência de norma que regule situação fática socialmente reconhecida, mas que não encontra previsão legal no ordenamento, não se faz bastante para extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, que, apenas, se caracterizaria na hipótese de expressa vedação da legislação ao deferimento da pretensão do litigante.

- É reconhecido pela doutrina o fato de que os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas, que se tornam mais evidentes nos dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformações por que passa a sociedade, de modo que cabe ao juiz, diante de controvérsias às quais falte a norma específica que se lhes aplique, buscar a integração entre direito e realidade, amparando-

se nos Princípios Gerais do Direito e, mormente, como é o caso, fazendo uso do método da analogia, evitando, assim, o non liquet.

- A legislação previdenciária aplicável aos servidores públicos, regida pela Lei nº 8.112/90, prevê a concessão de pensão por morte ao cônjuge, companheiro do de cujus, sem qualquer vedação expressa a que estes sejam do mesmo sexo.

- O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, esgrimido pela autarquia apelante como norma proibitiva ao reconhecimento do direito à pensão em comento, cuida especificamente da família e das relações de casamento, não visando a regular matéria previdenciária, que é tratada em capítulo próprio da Lex Mater.

- A Constituição Federal erigiu o princípio da igualdade como postulado fundamental, com aplicação específica em relação à proteção referente a discriminações quanto ao gênero, consoante o disposto nos artigos 3º, inciso IV, 5º, inciso I, e 7º, inciso XXX, todos da Carta Magna, sendo, por isso, vedadas distinções de qualquer natureza, em razão da opção sexual do indivíduo.

- O reconhecimento do direito à pensão previdenciária para companheiro(a) de homossexual, no Regime Geral da Previdência Social, consubstanciado na Instrução Normativa nº 25, de 7 de junho de 2000, editada pelo INSS, pode ser utilizado, por analogia, para a concessão de tal benefício aos servidores públicos federais, em homenagem ao princípio da isonomia.

- Exhaustivamente comprovada pelo promovente, inclusive através de prova documental, a sua dependência econômica em relação ao de cujus, consequência direta do desfazimento de atividade comercial própria, em face do projeto de vida em comum, também cabalmente demonstrado.

- Preenchidas pelo autor diversas das exigências constantes da Instrução Normativa suso

mencionada e sendo-lhe vedado materializar os demais itens, por obstrução do próprio Poder Público, que não admitiria a sua inscrição como dependente do de cujus, para efeitos fiscais e de dependência econômica, na ficha cadastral do órgão patronal, é de lhe ser concedido o direito à pensão requerida.

- A implantação do benefício deve ser retroativa à data do óbito, nos termos do artigo 215 da Lei nº 8.112/90, sendo mantidos os juros de mora à taxa de 0,5 % (meio por cento), a partir da citação, e os honorários em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

- Apelação e remessa improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao apelo, nos termos do voto da Relatora e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 30 de agosto de 2001. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
– Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ação movida contra o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando a concessão do benefício de pensão por morte de companheiro homossexual, servidor público da autarquia ré, falecido em 09.06.1999. Diz o autor, ora apelado, que manteve união homossexual estável com o *de cujus* por quatro anos, de maio de 1995 até junho de 1999, data do seu óbito.

Afirma, também, que era proprietário de pequeno comércio de locação de veículos e, posteriormente, de uma locadora de fitas de vídeo, tendo vendido os referidos negócios com o propósito de financiar a construção de uma casa que serviria de residência para ambos, passando, a partir daí, a depender economicamente de seu companheiro.

Alega que não foi designado por aquele como seu dependente, para evitar discriminações no local de trabalho. Mas, quando soube de sua doença, o *de cujus* doou-lhe por testamento quase todos os seus bens, indicando-o, ainda, como testamentário.

Como prova de suas alegações, junta vasta documentação: certidão de óbito do companheiro falecido, fotografias, correspondência dirigida a ambos, cheques e notas promissórias emitidas pelo apelado para custear as despesas com a doença do *de cujus*, recibo de venda da sua locadora de vídeos, escritura pública de testamento, entre outros.

Contestando, o INSS suscitou preliminar de carência de ação, face à impossibilidade jurídica do pedido, ante a ausência, no ordenamento jurídico pátrio, de dispositivo legal que discorra sobre a matéria em comento. Aduz que a união homossexual não está compreendida no conceito de união estável, uma vez que o § 3º do art. 226 da CF/88 prevê apenas “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”.

Alega, ainda, que a IN nº 25/00, que disciplina os procedimentos que devem ser adotados para a concessão de pensão por morte destinada ao companheiro ou companheira homossexual, trata apenas do Regime Geral da Previdência Social, não podendo abranger o presente pedido, que cuida de pensão regida pela Lei 8.112/90, Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais.

Ao final, argui que não foi demonstrada nos autos a dependência econômica, condição *sine qua non* à percepção do benefício em questão.

Em sua r. sentença, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, determinando que o INSS conceda ao autor a pensão por morte, na qualidade de companheiro do servidor público federal falecido, com efeitos retroativos à data do óbito.

Inconformada, apela a autarquia, apresentando os mesmos fundamentos trazidos na contestação.

Após contra-razões, subiram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

A questão versa sobre a possibilidade de o autor, ora apelado, receber o benefício de pensão por morte em decorrência do falecimento de seu companheiro, servidor público federal, com quem vivia há quatro anos, numa união estável homossexual.

A sentença monocrática é irretocável. Com sensibilidade social, marcadamente inovadora, mas com sólida fundamentação jurídica, decidiu o douto Juiz Ivan Lira de Carvalho, da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, pela procedência da ação. Soube, com equilíbrio, solucionar a lide, aplicando de forma adequada princípios constitucionais, combinados com as normas previdenciárias vigentes. Analisando a vasta prova colacionada aos autos por meio de documentos, dentre os quais saliento a escritura pública de testamento e o recibo de venda da locadora pertencente ao solicitante, concluiu o MM. Juiz *a quo* pela evidência de uma forma de união estável entre os conviventes, bem como pela dependência econômica do supérstite relativamente ao *de cuius*.

Rejeita, o ilustre Juiz sentenciante, a preliminar levantada pelo INSS de extinção do processo sem julgamento do mérito por carência de ação, ante a impossibilidade jurídica do pedido, em face da ausência de previsão no ordenamento jurídico brasileiro que conceda pensão estatutária a companheiro homossexual.

Do mesmo modo, afasta o Magistrado *a quo* os argumentos de mérito aduzidos pela autarquia apelante de que a união homossexual não está compreendida no conceito de união estável, disciplinada pelo § 3º do art. 226 da CF/88, como, também, que a IN nº 25/00, que dispõe sobre os procedimentos que devem ser adotados para a concessão de pensão por morte destinada

ao companheiro ou companheira homossexual trata, tão-só, do Regime Geral da Previdência Social. Refuta, ainda, a alegação do INSS de que não poderia estender o benefício ao presente pedido, posto que versa sobre pensão disciplinada pelo Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais, Lei 8.112/90. Também, diferentemente do órgão previdenciário, reconhece o Juiz singular que a dependência econômica está demonstrada nos autos, condição *sine qua non* à percepção da pensão em comento.

DA PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Comungo da mesma opinião do douto Juiz monocrático, entendendo que não merece prosperar a preliminar levantada de carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido.

Na verdade, a lei adjetiva autoriza o juiz a extinguir o processo sem julgamento do mérito quando constatar que não estão presentes as condições da ação, podendo conhecer de ofício ou por provocação do réu na sua resposta, nos termos do inciso IV do art. 267 do CPC. Todavia, este não é o caso.

Os debates doutrinários são intensos sobre esse tema, embora o legislador pátrio tenha optado pela teoria da ação, que a considera um direito abstrato de agir. Aderiu, assim, ao pensamento de Liebman, adotado por Alfredo Buzaid, distanciando-se da teoria do direito concreto de agir (ou do direito potestativo de agir) de Chiovenda, que via as condições da ação inseridas no mérito da causa. Inclusive, ainda há os autores que não polarizaram com as teorias mencionadas, como, por exemplo, Galeno Lacerda, no seu Ensaio de uma Teoria Eclética da Ação.¹

Mas, tendo em vista a legislação processual vigente, que considera três as condições da ação, ao lado da legitimidade para a causa e do interesse de agir, está a possibilidade jurídica do pedido. A doutrina, que inspirou o Código, vê esta última condição, sinteticamente, como: a existência, dentro do ordenamento jurídico, de um tipo de providência, tal como a que se pede. Ou,

¹ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.689, de 11 de janeiro de 1973, vol. II, arts. 154-269. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 430 e seguintes.

conforme o próprio Liebman, “a admissibilidade em abstrato do pronunciamento pedido, segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional”.²

Autores reconhecem que, embora a idéia de possibilidade jurídica como condição da ação se deva a Liebman, entretanto, na terceira edição de seu Manual, abandonou-a, subsumindo-a no interesse de agir.³

No magistério de Humberto Theodoro Jr., a possibilidade jurídica do pedido, como uma das condições da ação, decorre do fato de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte, em face do direito positivo em vigor.⁴

Piero Calamandrei vê como um dos requisitos da ação a relação entre o fato e a norma, admitindo que: “O primeiro requisito da ação é a preexistência, no campo substancial, de um direito subjetivo a fazer valer em juízo” [...], mas, também, afirma: “Na realidade esta fórmula não seria exaustiva, porque existem casos nos quais a ação surge apesar de não preexistir em relação a ela nenhum direito subjetivo substancial, como ocorre quando, da verificação no campo substancial de um determinado fato específico, surge imediatamente a ação como direito a obter do juiz uma certa mudança jurídica que só o juiz pode pronunciar (sentenças constitutivas necessárias)”.⁵

Vejo, como muito oportuno, o questionamento de Moniz de Aragão, quando coloca: “O problema entronca, em parte, na dis-

² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi dei Processi Civile*, Morano Editore, Itália, s/d, p. 46.

³ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*, p. 113.

⁴ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 53.

⁵ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*, volume 1, Campinas: Book-seller, Editora, 1999, p. 206.

puta sobre a plenitude do ordenamento jurídico, ou a existência de lacunas na lei. Se se entender sob esse ângulo, desloca-se para o campo da Filosofia do Direito. Mas, é necessário tê-lo em conta sob outro ângulo, muito bem focalizado por Chiovenda, quando fez a distinção entre o ordenamento jurídico italiano e o suíço.⁶ Distinguindo-os, reconhecia que neste, ocorrendo um fato novo que não fosse possível encontrar no sistema das normas uma disposição aplicável, autorizaria o julgador a aplicar regras que editaria como se legislador fosse.

Norberto Bobbio⁷, analisando os aspectos do ordenamento jurídico, ao lado da unidade e da coerência, labora, também, sobre a completude, explicitando que: “Por ‘completude’ entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente ‘lacuna’ (num dos sentidos do termo ‘lacuna’), ‘completude’ significa ‘falta de lacunas’. [...] A incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma como foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna”.

O dogma da completude jurídica, como lembra Bobbio, presente no Código Civil Francês (art. 4º), está, em parte até agora, na teoria jurídica europeia de origem romana, sendo considerado por alguns como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico, provavelmente fundado na tradição do Direito Romano, do *Corpus Iuris*, ao qual nada há a acrescentar e do qual nada há a retirar.⁸

O dogma da completude expressava o monopólio da produção jurídica pelo Estado, em decorrência do crescimento do seu poder, com a absorção, pela lei, das demais fontes do Direito – o

⁶ ARAGÃO, E. Moniz, *op. cit.*, p. 433.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB Editora, 8ª edição, p. 115.

⁸ BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, p. 119.

fetichismo da lei, como chamou Bobbio⁹, associando-o às grandes codificações.

Como reação, ter-se-ia que abolir a crença de que o Direito estatal é completo e, conseqüentemente, reconhecer a existência de lacunas. Estas, hoje admitidas, especialmente à medida em que o poder do Estado tende a diminuir e as grandes codificações já não espelham um modelo adequado à sociedade atual. As transformações sociais estão se operando com tão grande velocidade que impelem o legislador a acompanhá-las com a adequada celeridade. Devendo, também, apreciar as situações reais e os temas novos que exijam uma normatização, como, por exemplo, em face do desenvolvimento biotecnológico, não imaginado com possibilidades concretas no Século XIX.

Os doutrinadores classificam as lacunas sob várias formas: reais e ideológicas; próprias e impróprias; subjetivas e objetivas; voluntárias e involuntárias, ou ainda, *praeter legem* e *intra legem*. Ante a constatação da existência de uma lacuna, há que se buscar os métodos para preenchê-la, que, na terminologia de Carnelutti, são dois: heterointegração e auto-integração.

O método da heterointegração é um recurso a outros ordenamentos, podendo o juiz, ante a lacuna no Direito positivo, socorrer-se, também, do Direito Natural. Nos Códigos modernos, já não aparece tal referência, tendo sido substituída pelos princípios gerais do Direito (considerados como método de auto-integração). Pode-se, ainda, referir-se ao poder criativo do juiz, ou seja, ao chamado Direito Judiciário, mais utilizado nos sistemas de origem anglo-saxã do que nos sistemas de origem continental, salvo, nestes, quando se atribui o poder de emitir juízos de equidade. Pode-se, ainda, falar-se no recurso às opiniões dos juristas, o Direito científico, de Savigny.

Quanto à auto-integração, há dois métodos de procedimento: a analogia e os princípios gerais do Direito. Entende-se por analogia o procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina aplicada a um outro semelhante e regulamen-

⁹ BOBBIO, *op. cit.*, p. 121.

tado. Mas, é preciso ter-se claro que, para se utilizar a analogia, é necessário que a semelhança seja relevante, e se encontre, entre ambas as situações, a mesma *ratio legis*.

Como ensina o mestre Miguel Reale, “A analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos, segundo um antigo e sempre novo ensinamento: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio* (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito)”.¹⁰

Embora não se tenha no Brasil um regime como o suíço (art. 1º do Código Civil) ou como o anglo-saxão, o Direito aqui aplicado sempre admitiu a possibilidade de preenchimento das lacunas, dos vazios da lei, a fim de se dar uma resposta jurídica, favorável ou contrária, mas se evitando o *non liquet*.

Tal previsão aparecia desde as Ordenações do Reino (Manuelinas e Filipinas), na Lei da Boa Razão, na Constituição de 1934 (art. 113, nº 37), na Lei de Introdução ao Código Civil (na redação de 1916, artigos 5º e 7º), no Código de Processo Civil de 1939 (artigos 113 e 114).

Atualmente, está expressa, no direito pátrio, no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, na redação de 1942, e no vigente Código de Processo Civil, no art. 126.¹¹

Assim, no meu entendimento, a possibilidade jurídica do pedido deve ir além da prévia existência de uma norma positiva

¹⁰ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito - 25ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 298.

¹¹ LICC - art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito; CPC, art. 126: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito - (redação dada pela Lei 5.925, de 1º.10.1973).

que o torne admissível em abstrato, já que o próprio ordenamento jurídico permite que se invoquem métodos (analogia) ou outras fontes do Direito (princípios gerais do direito, costume), para suprir as eventuais lacunas da lei.

Mais uma vez, concordo com a posição esposada por Moniz de Aragão, que, “sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltaria a possibilidade jurídica. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare, em abstrato, o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica”.¹²

Parece-me claro que a fundamentação para o preenchimento da lacuna existente pode ser extraída, em primeiro plano, da própria Constituição Federal de 1988, que traz, nos art. 1º, II, III¹³, art. 3º, I, IV¹⁴, art. 5º, *caput* e I¹⁵, art. 201, V¹⁶, sua pedra angular, qual seja, o reconhecimento da igualdade e da dignidade de todos os brasileiros, como seres humanos, independentemente de quaisquer distinções que possam acarretar discriminações. Estes enfoques basilares levaram-na a ser cognominada Constituição Cidadã. No

¹² Aragão, E. Moniz, *op. cit.*, p. 435.

¹³ CF de 1988 - art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamento: I - *omissis*; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana.

¹⁴ CF de 1988 - art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - *omissis*; III [...]; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁵ CF de 1988 - art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade de direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

¹⁶ CF de 1988 - art. 201, V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

Estado democrático e de direito, que se propõe a ser moderno, não é de se admitir que se tratem diferenciadamente as pessoas, por razões que a Constituição não distinguiu e, até mesmo, vedou a distinção.

O ponto central desta lide consiste em saber se o requerente se enquadra no rol dos beneficiários da pensão por morte, concedida pela autarquia previdenciária, o que deverá ser objeto da análise de mérito.

Assim, rejeito a preliminar de carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, argüida pelo apelante.

MÉRITO

Aprende-se, desde as primeiras aulas do curso jurídico, que o Direito surge ao longo da vida das sociedades como procedimento de solução de conflitos de interesses, e mantém-se em constante evolução para reconhecer ou estabelecer novos padrões de conduta e promover a cooperação entre os indivíduos na realização dos objetivos próprios e comuns à mesma sociedade.

Pode-se, então, questionar se o Direito Previdenciário Brasileiro em vigor estaria apto a solucionar as controvérsias que surgem em função das modificações sociais, entre elas, as que são fruto da visibilidade da existência de união de pessoas do mesmo sexo, e os reclamos delas conseqüentes. Se não estiver, como poder-se-ia encarar essa questão aplicando-se o nosso sistema jurídico.

Neste caso, trata-se de pensão por morte de servidor público, regido pelo regime da Lei 8.112/90, destinada a companheiro do mesmo sexo com quem coabitava sob a dependência econômica do *de cuius*.

É de se perguntar: deve-se respeitar e aplicar a isonomia estabelecida na Constituição Federal, utilizar-se a analogia e os princípios gerais do Direito, ou deixar-se à margem uma relação existente de fato e que a parte busca o amparo jurisdicional por lhe ter faltado o administrativo? O Direito deve apenas continuar trabalhando *a posteriori* na solução das controvérsias ou estabelecer os parâmetros do comportamento humano, protegendo os cidadãos nas suas relações pessoais? Não é demais lembrar o que já ensinavam os romanos: “O Direito existe por causa dos homens”.

Mas, se o texto da norma jurídica se apresenta obscuro, duvidoso ou omissivo, diante das condições sociais, o magistrado deve buscar os métodos previstos na própria lei para sanar a obscuridade ou a dúvida e preencher a lacuna, no caso de omissão do legislador. Esta não deve servir de obstáculo à imposição de obrigações, nem à outorga ou negativa de direitos nas relações existentes.

Neste caso concreto, para solucioná-lo, ante a lacuna existente, ou seja, não estar prevista expressamente a hipótese de pensão por morte para companheiro do mesmo sexo, quando regida pela Lei 8.112/90, é de se utilizar a analogia, admitida no art. 4º da LICC e art. 126 do CPC, com amparo nos dispositivos constitucionais que cuidam da isonomia entre as pessoas.

Constitui a Previdência o principal meio de satisfação da seguridade social, proporcionando aos seus segurados proteção contra as privações econômicas e sociais, objetivando, destarte, assistir financeiramente aos que contribuíram para os seus cofres, dando cobertura às mais diversas situações, compensando as quantias recolhidas pelo segurado ao longo do tempo, para si e seus dependentes. Assim, o direito à percepção do benefício previdenciário, no caso dos segurados, não é uma benesse do Poder Público, mas decorre do exercício do trabalho remunerado e do pagamento de contribuições previdenciárias. No tocante aos dependentes, o direito ao benefício tem como causa a dependência econômica real ou presumida.

Determina o art. 201 da Constituição Federal de 1988:

A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I a IV - *omissis*;

V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

O art. 215 da Lei 8.112/90 estabelece, *in verbis*:

Por morte do servidor, os dependentes fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da respectiva remuneração ou provento, a partir da data do óbito, observado o limite estabelecido no art. 42.

Como complemento ao artigo antes citado, dispõe a regra constante do art. 217 da mencionada Lei 8.112/90:

São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

omissis;

omissis;

c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;

omissis;

omissis.

Se os artigos supra-referidos não tratam clara e expressamente da possibilidade de que os companheiros sejam de sexos diferentes, também não vedam que tenham o mesmo.

Já a Lei 8.213/91, no art. 16, com as alterações dadas pelas Leis nº 9.032/95 e nº 9.528/97, quando trata dos dependentes, manteve o § 3º, que inclui o conceito de companheiro, correlacionando ao art. 226, § 3º, da CF. Mesmo nele, não estão expressamente tratadas as relações homossexuais, que de fato existem na forma de uniões estáveis, deixando um hiato entre a realidade e a norma, o que se identifica como uma lacuna.

Mas, vale repetir e ressaltar que a Constituição Federal de 1988, objetivando uma sociedade mais justa e solidária, voltada para o bem de todos, o bem comum, afasta os preconceitos relativos à origem, à raça, ao sexo, à cor, à idade, assim como quaisquer outras formas de discriminação, conforme estabelece de modo claro no inciso IV do seu art. 3º. Fica, portanto, qualquer limitação à união estável formada exclusivamente por homem e mulher, bem aquém dos princípios maiores da *isonomia, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, que são cláusulas pétreas da Carta Maior* (grifei).

Não poderia deixar de mencionar que os princípios acima elencados estão presentes em diversos Tratados Internacionais sobre direitos humanos nos quais o Brasil é parte, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (ONU - 1966), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (San Jose, 1969), ambos em vigor entre nós, desde 1992. Estes e muitos outros textos internacionais estão, nos termos da própria Constituição, à mesma equiparados, na melhor interpretação dada ao § 2º do seu art. 5º.

Não é de se invocar o § 3º do art. 226 da Constituição Federal como impedimento ou vedação constitucional ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. É preciso observar que, pelo teor do dispositivo, está ele voltado, especialmente, para a família e o instituto do casamento, conforme se depreende de todos os parágrafos do citado artigo, o que difere substancialmente deste caso concreto:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

[...]

Neste processo, faltaria condição de ação, por impossibilidade jurídica, se o pedido fosse de reconhecimento de casamento. Embora o ordenamento jurídico de muitos países do mundo já contemplem casamento de pessoas do mesmo sexo, tal ainda não existe no Brasil. Aqui se trata, apenas, da concessão de uma pensão previdenciária, que não é exclusiva do cônjuge mulher ou marido supérstite, mas que é admissível em várias situações de dependência.

A meu sentir, o § 3º do art. 226 da CF não é exaustivo no sentido de que seja a única forma de união estável aquela composta por homem e mulher. O espírito do artigo volta-se para a formação de entidade familiar equiparável a casamento. E até mesmo esta, pelo parágrafo seguinte (§ 4º, art. 226, CF), pode ser composta por um grupo, formado por qualquer dos pais e seus descendentes.

Versando sobre o tema, escreve a constitucionalista gaúcha, professora Rosah Russomano:

A união, segundo os termos constitucionais (art. 226, § 3º), deve efetuar-se entre homem e mulher. Cabe lembrar que a referência a esta união, entre homem e mulher, já fora inserida no “Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos”, por emenda das correntes conservadoras, receosas de

que os direitos decorrentes da mesma abrangessem os que houvessem se ligado via relação homossexual. Não obstante, logo após a promulgação da nova Constituição, começaram a repontar movimentos dinamizando o designado “direito alternativo”, no sentido de que a união estável, nesta hipótese, fosse regulada com abrangência positiva, incidindo assim sobre os direitos à propriedade, à sucessão e a outros.¹⁷

A opção sexual do indivíduo é um direito personalíssimo, não cabendo apreciação de terceiros e muito menos o julgamento da conduta, com censuras ou discriminações. É preciso lembrar que as uniões homossexuais sempre existiram ao longo de toda a história da humanidade. Em alguns períodos ou sob certos regimes, mantinham-se mais encobertas ou mesmo proscritas. O que acontece nos dias atuais, a bem da verdade, é um maior realismo, afastados os disfarces utilizados para encobrir fatos que o moralismo não permitia viessem a público. O que é moderno não é a união estável de pessoas do mesmo sexo, mas a aceitação social de uma realidade que só aos parceiros cabe decidir e que deve ser respeitada como opção de vida de cada um.

Nos termos em que se acha colocado o caso objeto deste recurso, não se pode acolher a alegação de afronta à Constituição da República, e, muito menos, à legislação infraconstitucional. Ao contrário do que muitos afirmam, o que fere a Constituição é discriminar em razão da opção sexual. Bem observa a Desembargadora Maria Berenice Dias, no seu livro *União Homossexual, o Preconceito & a Justiça*, quando trata no item sobre a liberdade de optar: “O princípio constitucional da igualdade, erigido como cânone fundamental, outorga específica proteção no que diz respeito às questões de gênero. Expressamente, tanto o inciso IV do art. 3º, como o inciso I do art. 5º e inciso XXX do art. 7º, proíbem qualquer desigualdade em razão do sexo. Ditas normas alcançam a vedação de discriminação à conduta afetiva do indivíduo no que concerne a sua

¹⁷ RUSSOMANO, Rosah. Verbete da Enciclopédia do Direito Brasileiro, Direito Administrativo, Constitucional e Tributário, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense. 2000, p. 380.

opção sexual. “Com efeito, a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual”.¹⁸

Pertinente a posição do Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, para quem “Não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos, mas é também imprescindível que a lei em si considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para o prevailecimento da igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal”.¹⁹

José Afonso da Silva, ao apreciar a igualdade “sem distinção de sexo e de orientação sexual”, reconhece que “A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos”.²⁰

Ademais, é de se salientar que o próprio INSS baixou a Instrução Normativa nº 25, de 7 de junho de 2000, nos seguintes termos:

Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte de companheiro ou companheira homossexual.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. União Homossexual, o Preconceito & a Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 65/6; RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. Revista CEJ do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal. Brasília, dez. 1998, nº 6, p. 29, *apud* Dias, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 66.

¹⁹ LIMA, Paulo Roberto Oliveira, Isonomia entre sexos no sistema jurídico nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 16.

²⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 227.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0

A DIRETORIA COLEGIADA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em reunião extraordinária realizada no dia 7 de junho de 2000, no uso da competência que lhe foi conferida pelo inciso III do artigo 7º do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria nº 6.247, de 28 de dezembro de 1999, e

CONSIDERANDO a determinação judicial proferida em Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0;

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer rotinas para uniformizar procedimentos a serem adotados pela linha de benefícios, resolve:

Art. 1º Disciplinar procedimentos a serem adotados para concessão de pensão por morte a ser paga ao companheiro ou companheira homossexual.

Art. 2º As pensões requeridas por companheiro ou companheira homossexual reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC nº 20, de 18.05.2000, relativas à pensão por morte.

Art. 3º A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos:

I - declaração do Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

II - disposições testamentárias;

III - declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica);

IV - prova de mesmo domicílio;

V - prova de encargos domésticos evidentes à existência de sociedade ou comunhão dos atos da vida civil;

VI - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

VII - conta bancária conjunta;

VIII - registro em associação de classe, onde conste o interessado como dependente do segurado;

IX - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

X - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XI - ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável;

XII - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;

XIII - quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Art. 4º - Para a referida comprovação, os documentos enumerados nos incisos I, II, III e IX, do artigo anterior constituem, por si só, prova bastante e suficiente, devendo os demais serem considerados em conjunto de no mínimo três, corroborados, quando necessário, mediante Justificação Administrativa - JA.

Art. 5º - A Diretoria de Benefícios e a DATAPREV estabelecerão mecanismos de controle para os procedimentos ora estabelecidos nesta Instrução Normativa.

Art. 6º - Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Crésio de Matos Rolim.

A autarquia, embora em atendimento a decisão judicial, mantida em todas as instâncias do Poder Judiciário (inclusive, pelos Tribunais Superiores), ao instituir as normas visando a beneficiar, tão-somente, os segurados abrangidos pelo Regime Geral da Previdência, criou, por um lado, restrições que discriminam outros indivíduos que se encontram em situação semelhante, ou seja, os servidores públicos federais, regidos pela Lei 8.112/90. Por outro, oferece as normas que poderão ser utilizadas, no processo de auto-integração, mediante o mecanismo da analogia.

Tem-se assistido, no que se refere à pensão previdenciária, a freqüentes modificações nas regras pertinentes à concessão e aos beneficiários, tanto incluindo determinadas categorias de pessoas, como, por exemplo, a proteção que foi reconhecida às filhas solteiras e ao menor designado, posteriormente, excluídos, como admitindo-se que os pais do segurado ou a concubina viessem a se tornar dependentes deste. Portanto, não seria surpreendente que o conceito de dependência jurídica fosse alargado para coincidir com outra forma de dependência de fato, no caso, a decorrente de união estável homossexual.

É oportuno citar o acórdão do eminente Juiz Nylson Paim de Abreu, do TRF da 4ª Região, quando do julgamento de caso semelhante na AC 2000.04.01.0736438/RS, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. COMPANHEIRO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. REALIDADE FÁTICA. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS. EVOLUÇÃO DO DIREITO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE. ARTIGOS 3º, IV, E 5º. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1 - A realidade social atual revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem.

2 - O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório.

3 - O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos arts. 3º, IV, e 5º, aboliu definitivamente qualquer forma de discriminação.

4 - A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais.

5 - A dependência econômica do companheiro é presumida, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei 8.213/91.

6 - Estando comprovada a qualidade de segurado do *de cuius* na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este o direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei nº 9.528/97.

7 - As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente desde quando devidas pelo IGP - DI (Medida Provisória nº 1.515/96).

8 - Juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação.

9 - Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a execução do julgado.

10 - Apelações providas.

É importante observar que a jurisprudência brasileira vem reconhecendo direitos decorrentes da convivência entre pessoas do mesmo sexo, em diversas matérias, demonstrando uma nítida evolução de conceitos anteriormente restritos a relações de casamento e de concubinato.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a divisão do patrimônio, em sociedade de fato, formada por homossexuais:

SOCIEDADE DE FATO. Homossexuais. Partilha do bem comum.

- O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1.363 do Código Civil.

- *Omissis*;

- Recurso conhecido em parte e provido.

(REsp 148.897/MG, STJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 10.02.98).

A 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, considerou como dependente, em Plano de Saúde, companheiro homossexual, ante a inaplicabilidade do § 3º do art. 126:

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA FEDERAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 273 DO CPC NA SENTENÇA. MERA IRREGULARIDADE. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO § 3º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCLUSÃO COMO DEPENDENTE EM PLANO DE SAÚDE. VIABILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE, DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. ART. 273 DO CPC. EFETIVIDADE À DECISÃO JUDICIAL. CAUÇÃO. DISPENSA.

1. *Omissis*.

2. 3. 4. 5. [...]

6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na FUNCEF, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os HOMOSSEXUAIS (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação.

7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica.

8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que se alegar a ausência de previsão legislativa, pois, antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana, abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais.

9. 10. 11. [...]

12. Apelações improvidas.

(TRF 4ª Região, AC 170.491/RS, Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 20.08.1998. DJU, data: 24.11.1998, página: 585. Relatora Juíza Marga Inge Barth Tessler. Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos)

Neste processo, o autor comprovou, suficientemente, a sua condição de companheiro do *de cujus*, coabitando com o mesmo, numa forma de união estável entre dois seres humanos. Apresentou vasta prova documental, entre as quais: a certidão de óbito de seu companheiro, fotografias em sua companhia, cartões de viagens e felicitações relacionados ao demandante e ao *de cujus*, autorização para dirigir o seu veículo, cheques e notas promissórias emitidas pelo requerente para custear as despesas hospitalares quando da enfermidade que vitimou seu parceiro, extrato de conta do American Express Card, seguro de vida efetuado pelo *de cujus* em favor do autor, escritura pública de testamento fazendo-o seu herdeiro e testamentário, e mais, como prova de sua dependência econômica, o recibo de venda da sua locadora, única fonte de renda de que dispunha.

Observe-se a conduta do apelado. Ao saber da doença que infectara o seu companheiro, não o abandonou. Ao contrário, assumiu os cuidados e as responsabilidades, procurando minimizar os efeitos da enfermidade, ainda sem cura. Vê-se, pelas fotografias anexadas, o esforço do apelado em proporcionar momentos de alegria ao companheiro doente. Acompanhou-o em viagem de tratamento, responsabilizou-se perante hospitais, assinou títulos como garantia pelo pagamento da assistência médica, até o momento do óbito.

Aprecie-se, também, a forma como procedeu o companheiro enfermo, fazendo um testamento público onde lhe legara quase todos os seus bens, nomeando-o testamenteiro. Nada forjado, numa atitude consciente, pois também deixara parte dos bens à sua própria irmã.

Dos documentos anexados, depreende-se uma vida em comum, com residência sob o mesmo teto, contas bancárias e cartão de crédito conjuntos, correspondência expedida por ambos e recebida dos mesmos destinatários. Apresentaram conduta similar à praticada, naturalmente, neste País, por casais heterossexuais de classe média.

Aplicando-se, a este caso, as exigências para o reconhecimento da condição de companheiro previstas na referida IN 25, de 07.06.00, o apelado preenche, satisfatoriamente, como bem analisado pelo douto Juiz *a quo*, os itens que são decorrentes da manifestação livre da vontade de ambos, tais como os incisos II, IV, V, VI, VII, X e XI do art. 3º.

O não preenchimento de outras exigências pode ser atribuído, também, ao não reconhecimento pelos próprios órgãos públicos. Assim, a Receita Federal glosaria a indicação do seu nome como dependente, na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física; ou o órgão patronal indeferiria a sua inscrição na ficha funcional, sob tal condição.

É, ainda, de se observar que não foi comprovada a suficiência econômica do apelado. Juntou, ao contrário, prova de que se desfizera de um pequeno comércio para investir na construção de um imóvel que viria a servir de residência para ambos. Ao final, veio-lhe este por disposição testamentária, o que pode ser interpre-

tado como o reconhecimento, pelo *de cuius*, da sua contribuição para a edificação e, também, de uma situação fática de meeiro, transformada, pela morte do testador, em herança.

É preciso, contudo, uma análise extremamente cuidadosa de cada caso. Em que pese estar-se admitindo a possibilidade de concessão da pensão ao companheiro ou companheira homossexual, todavia, faz-se indispensável a rigorosa comprovação das alegações visando a coibir abusos que possam surgir, como a criação artificial de situações, apenas para justificar o locupletamento de um benefício que, de outra forma, não seria auferido.

Assim, ante todas as evidências apresentadas neste processo, não há como negar a existência de uma união estável e de uma dependência econômica entre o autor, ora apelado, e o falecido servidor público federal.

O referido benefício é devido a partir da data do óbito, em conformidade com o que determina o artigo 215 da Lei 8.112/90.

Juros de mora mantidos em 0,5% ao mês, a partir da citação.

Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, em conformidade com o disposto no art. 20, § 3º, do CPC.

Diante do exposto, nego provimento à remessa e ao apelo, mantendo a decisão em todos os seus termos.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA DO PLENO

Desembargador Federal Lázaro Guimarães Conflito de Jurisdição n° 0802583-79.2019.4.05.0000-CE (PJe).....	13
Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho Conflito de Competência n° 0801917-78.2019.4.05.0000-CE (PJe).....	17
Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho Conflito de Competência n° 0802249-45.2019.4.05.0000-PE (PJe).....	20
Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira Ação Rescisória n° 0807466-40.2017.4.05.0000-AL (PJe).....	24
Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro Ação Rescisória n° 0808306-84.2016.4.05.0000-CE (PJe).....	36
Desembargador Federal Cid Marconi Agravo Interno na Execução Provisória n° 9-AL	56
Desembargador Federal Carlos Rebêlo Júnior Conflito de Competência n° 0816759-97.2018.4.05.0000-CE (PJe).....	70
Desembargador Federal Rubens Canuto Agravo Interno na Ação Penal n° 328-CE	77
Desembargador Federal Élio Siqueira Filho Conflito de Jurisdição n° 0802750-96.2019.4.05.0000-RN (PJe)	81

JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA TURMA

Desembargador Federal Roberto Machado Apelação Cível n° 0803908-17.2016.4.05.8400-RN (PJe).....	89
--	----

Desembargador Federal Roberto Machado
Apelação Cível nº 0804845-56.2018.4.05.8400-RN (PJe) 99

Desembargador Federal Alexandre Luna Freire
Habeas Corpus nº 0802447-82.2019.4.05.0000-PB (PJe) 111

Desembargador Federal Élio Siqueira Filho
Apelação Cível nº 0807102-72.2018.4.05.8200-PB (PJe) 127

JURISPRUDÊNCIA DA SEGUNDA TURMA

Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima
Apelação / Remessa Necessária nº
0811647-16.2017.4.05.8300-PE (PJe)..... 138

Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima
Apelação Cível nº 0800853-24.2017.4.05.8400-RN (PJe) 154

Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro
Apelação Cível nº 582.607-SE 158

Desembargador Federal Leonardo Carvalho
Apelação Criminal nº 13.271-SE 164

JURISPRUDÊNCIA DA TERCEIRA TURMA

Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira
Apelação Cível nº 600.818-CE..... 179

Desembargador Federal Fernando Braga
Apelação / Remessa Necessária nº
0805084-87.2018.4.05.8100-CE (PJe) 188

Desembargador Federal Fernando Braga
Apelação Cível nº 0802988-72.2018.4.05.8400-RN (PJe)..... 194

Desembargador Federal Cid Marconi
Apelação Cível nº 0003200-32.2013.4.05.8100-CE (PJe)..... 200

JURISPRUDÊNCIA DA QUARTA TURMA

Desembargador Federal Lázaro Guimarães Apelação Cível nº 0803861-09.2017.4.05.8400-RN (PJe).....	215
Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt Agravo de Instrumento nº 145.995-PE	227
Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt Apelação Criminal nº 15.162-RN	232
Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior Agravo de Instrumento nº 0815790-82.2018.4.05.0000-RN (PJe)	244
Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior Apelação Cível nº 0813189-35.2018.4.05.8300-PE (PJe)	251

JURISPRUDÊNCIA DAS TURMAS AMPLIADAS

Desembargador Federal Carlos Rebêlo Júnior Apelação Cível nº 591.418-CE	262
Desembargador Federal Rubens Canuto Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 590.965-PE ..	272
Desembargador Federal Alexandre Luna Freire Apelação Cível nº 0800183-34.2018.4.05.8308-PE (PJe).....	279
Desembargador Federal Leonardo Carvalho Apelação Cível nº 0808017-33.2018.4.05.8100-CE (PJe).....	297

JULGAMENTO HISTÓRICO

Desembargadora Federal emérita Margarida Cantarelli Apelação Cível nº 238.842-RN.....	304
--	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

PrCv	Agravo interno em face de decisão que declinou competência. Novo posicionamento do STF no julgamento da Questão de Ordem na AP nº 937. Crime cometido por prefeito em mandato anterior. Solução de continuidade. Agravo rejeitado. AGINT NA APE 328-CE77
Prev	Aposentadoria híbrida. Lei nº 11.718/08. Atividade rural e urbana. Não comprovação da atividade rural em regime de economia familiar. Aposentadoria urbana do cônjuge. Não extensão de documentos em nome dos genitores. Apelação da autora improvida. AC 600818-CE 179
PrPen	Apresentação de novos argumentos e reiteração de teses anteriores já rechaçadas pelo Plenário desta Corte Regional. Execução provisória de condenação proferida em ação penal originária. Réus presos. Decisão agravada que indeferiu os pedidos de suspensão da execução e de expedição de alvará de soltura. Competência da Corte Regional para a execução, ainda que o acórdão condenatório esteja sujeito a recursos especial e extraordinário. Possibilidade de execução provisória. Entendimento do STF. AGINT na EXPRO 9-AL56

C

PrPen	Conflito negativo de competência. Crimes de furto e de organização criminosa. Processos distintos. Conexão. Fases processuais distintas. Reunião afastada. Competência do juízo suscitado. CJ 0802750-96.2019.4.05.0000-RN (PJe)..... 81
-------	--

PrCv	Conflito negativo de competência entre juízos federais. Averbação de suspeição de todos os magistrados e servidores lotados em vara federal. Substituição automática. Não incidência. Distribuição aleatória entre as varas remanescentes de igual competência. Juiz natural. Conflito conhecido. Competência atribuída ao Juízo suscitado. CC 0816759-97.2018.4.05.0000-CE (PJe)..... 70
PrPen	Conflito negativo de competência. Inquérito que apura fatos ocorridos sob a jurisdição da 18ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. Autoridade coatora com domicílio sob a jurisdição da 11ª Vara da mesma seccional. Mandado de segurança. Competência definida pelo domicílio funcional da autoridade apontada como coatora. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 11ª Vara. CJ 0802583-79.2019.4.05.0000-CE (PJe)..... 13
PrCv	Conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 16ª Vara da Subseção Judiciária de Juazeiro do Norte, ante o ingresso de ação indenizatória, decorrente de dano material e danos morais, cumulada com obrigação de fazer, na anulação de ato administrativo, movida por Francisco Alci Anastácio de Souza contra a União Federal, demanda intentada, anteriormente, na 30ª Vara da Subseção Judiciária de Juazeiro do Norte, no caso, Juizado Especial Federal, que se declarou incompetente. CC 0801917-78.2019.4.05.0000-CE (PJe)..... 17
PrCv	Conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo Federal da 36ª Vara da Seção

	Judiciária de Pernambuco, ante a remessa, pelo Juízo Federal da 13ª, da mesma seção judiciária, de feito criminal na primeira em trâmite contra os mesmos acusados, pela prática de idênticos delitos, por ser mais velha a da 36ª Vara. CC 0802249-45.2019.4.05.0000-PE (PJe)20
Adm	Construção de empreendimento em armazéns do Recife Antigo. Área fora do polígono de bens tombados como patrimônio histórico-cultural. Fiscalização e intervenção do IPHAN. Desnecessidade. Ilegitimidade do Município do Recife. Não reconhecimento. Legitimidade ativa da Empresa Porto do Recife S/A. Descabimento. APELREEX 0811647-16.2017.4.05.8300-PE (PJe) 138
Pen e PrPen	Crime ambiental. Arts. 48 e 60 da Lei 9.605/98. Decisão absolutória. Crime do art. 20 da Lei 4.947/66. Extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, IV, do CPB, pela ocorrência da prescrição. Apelo do <i>Parquet</i> federal a que se nega provimento. Manutenção da decisão apelada. ACR 15162-RN ...232
Pen	Crime de estelionato majorado. Inocorrência de nulidade processual. Cerceamento de defesa. Regular intimação da defesa quanto à expedição de carta precatória para audiência de instrução. Presença das elementares do tipo penal. Comprovação do prejuízo alheio e da vantagem indevida. Dosimetria da pena. Presença de circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal em desfavor dos acusados – culpabilidade e consequências do crime. Necessária exasperação da pena-base para dissociá-la

do patamar mínimo. Reforma da sentença quanto à dosimetria da pena. ACR 13271-SE..... 164

D

Adm Desapropriação para fins de reforma agrária. Pequena propriedade rural. Único imóvel do expropriado. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Manutenção. Apelações desprovidas. AC 582607-SE 158

Cv Desapropriação. Percentual dos juros compensatórios. Improvimento. AGTR 0815790-82.2018.4.05.0000-RN (PJe)..... 244

Ct e Adm Direito à saúde. *Home care*. Apelação. Provisamento. AC 0800183-34.2018.4.05.8308-PE (PJe)..... 279

E

Trbt e Comp Espólio. Aquisição de bens e direitos. Anocalendarário de 2006. Acréscimo patrimonial. Imposto de renda. Autor com nacionalidade espanhola. Aplicável a convenção firmada entre o Brasil e o Reino da Espanha. Decreto-Legislativo nº 62/75, c/c Decreto nº 76.875/76. Apelação improvida. AC 0803861-09.2017.4.05.8400-RN (PJe) 215

Adm e Ct Estrangeiro de nacionalidade portuguesa. Processo de aquisição de nacionalidade brasileira. Exigência de certificado de proficiência em língua portuguesa para estrangeiros. Condição não prevista na Constituição Federal. Improvimento. APELREEX 0805084-87.2018.4.05.8100-CE (PJe)..... 188

PrCv e Trbt Execução fiscal. Embargos de terceiro. Novo adquirente do imóvel alienado pelo embarcante. Terceiro juridicamente interessado na ação rescisória. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. Imóvel alienado posteriormente à citação da alienante na execução fiscal. Configuração de fraude à execução. AR 0807466-40.2017.4.05.0000-AL (PJe)..24

G

Trbt Grupo Econômico FIBRASA. Execução fiscal. Penhora de crédito no rosto dos autos de outra ação. Possibilidade. Ofensa a julgamento de prévio agravo de instrumento. Não ocorrência. Excesso de penhora. Não configuração. Recurso improvido. AGTR 145995-PE.....227

H

Ct *Habeas data*. Acesso a demonstrativos dos registros mantidos no SINCOR (Sistema de Conta Corrente de Pessoa Jurídica) e no CONTACORPJ (Sistema Conta Corrente de Pessoa Jurídica) e nos demais sistemas informatizados de apoio à arrecadação federal utilizados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Interesse processual. Materialização. Concessão da ordem. Provisamento do recurso. AC 0807102-72.2018.4.05.8200-PB (PJe) 127

I

Trbt Imposto de renda pessoa física. Despesas médicas. Dedução. Medicamentos e produtos para tratamento de saúde em

	domicílio. Extensão hospitalar. Prevalência da garantia constitucional do direito à vida e à saúde. Multa de ofício. Caráter confiscatório da multa. Inexistência. AC 0803908-17.2016.4.05.8400-RN (PJe)..... 89
Trbt	Isenção. Bagagem. Mais de uma viagem ao exterior no período de um mês. Presunção absoluta de ocorrência do fato gerador. Impossibilidade. Vocação da norma de direito público predominantemente garantista. Apelação provida. AC 0802988-72.2018.4.05.8400-RN (PJe)..... 194

L

Ct	Liberdade de locomoção. Illegalidade. Abuso de poder. Código de Processo Penal. HC 0802447-82.2019.4.05.0000-PB (PJe)..... 111
----	--

O

Ct, Adm e PrCv	Obrigação de fazer. Condenação da União e do município. Remessa necessária tida por interposta. Ocupações irregulares. Perímetro urbano de Fortaleza/CE. �rea de preservação permanente e terrenos de marinha. Políticas públicas. Omissão. Controle jurisdicional. Possibilidade. AC n� 0003200-32.2013.4.05.8100-CE (PJe)..... 200
----------------	--

P

PrCv	Pedido de anulação de autorização concedida pelo IPHAN para construção de edifício acima do limite de altura permitido para área no entorno de praça em processo de tombamento. Princípios da presunção de
------	--

	legitimidade dos atos administrativos e da confiança legítima. Alegação de nulidade do aresto por ausência de fundamentação. Inexistência. Omissão quanto ao pedido de proibição de novas autorizações para outras construções na mesma área. Reconhecimento. Pleito genérico. Impossibilidade de concessão de tutela jurisdicional, à míngua de lesão ou ameaça a direito. Improcedência. Embargos declaratórios providos em parte. Julgamento em composição ampliada. ED na AC 590965-PE272
Prev, Ct, Cv e PrCv	Pensão estatutária. Morte de companheiro homossexual servidor público federal. Carência da ação. Impossibilidade jurídica do pedido. Inexistência. Integração por analogia. Vedação legal. Inocorrência. Reconhecimento do direito no Regime Geral da Previdência. Princípios da isonomia e da igualdade. Proibição constitucional de distinção em razão do sexo. Comprovação de dependência econômica e vida em comum. Deferimento. AC 238842-RN 304
Adm	Pensão por morte. Lei nº 3.373/58. Filha solteira, maior e não ocupante de cargo público. Prejudicial de decadência rejeitada. Não comprovação da condição de solteira. União estável comprovada. Fraude à lei. Ocorrência. Cassação do benefício. Legalidade. Apelação improvida. AC 0813189-35.2018.4.05.8300-PE (PJe) 251
Adm e Amb	Pousada edificada em área dita de preservação permanente. Lei municipal 1.014/2000 (Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano

do Município de Cascavel - Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo). Praia de Barra Nova. Zona de urbanização consolidada. Documento novo. Divergência entre laudos técnicos elaborados pelo IBAMA. Erro de fato. Provimento da rescisória. AR 0808306-84.2016.4.05.0000-CE (PJe)..... 36

Adm Pregão eletrônico. Aquisição do medicamento Polimixina B. Tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED. Preço máximo de venda ao governo. Defasagem. Laudo pericial. Superfaturamento. Não ocorrência. Preço compatível com os apresentados em outros pregões eletrônicos de hospitais públicos universitários. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Honorários periciais. Reembolso à parte ré. Ônus da Fazenda Pública ao qual o *Parquet* é vinculado. AC 591418-CE 262

Prev Pretensão autoral à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição no regimento geral. Utilização de interstício relativo a regime celetista já computado para concessão de aposentadoria estatutária (Estado). Impossibilidade. Reforma da sentença. Improcedência do pedido. AC 0800853-24.2017.4.05.8400-RN (PJe) 154

S

Adm Seleção de profissionais voluntários para prestação de serviço militar temporário. Candidato excluído do certame por apresentar atestado médico em desacordo com regras do edital. Irregularidade formal que não macula o teor do documento.

Ausência de razoabilidade e proporcionalidade. Ofensa à separação de poderes e à isonomia. Inexistência. AC 0804845-56.2018.4.05.8400-RN (PJe)..... 99

V

Ct e Adm Vagas reservadas aos negros. Autodeclaração. Exclusão do concurso. Vinculação ao edital. Princípio da isonomia. Improvimento. AC 0808017-33.2018.4.05.8100-CE (PJe) 297