

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

JURISDIÇÃO

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

Número 111 - Setembro/Outubro - 2014

R. TRF 5ª Região, nº 111, p. 1-342, Setembro/Outubro - 2014

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

Diretor da Revista
DESEMBARGADOR FEDERAL
VLADIMIR SOUZA 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. 4173)

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 VLADIMIR SOUZA CARVALHO

Supervisão de Coordenação de Gabinete e Base de Dados

MARIA CAROLINA PRIORI BARBOSA

Supervisão de Pesquisa, Coleta, Revisão e Publicação

NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

Apoio Técnico

ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR

ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

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

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Presidente

Desembargador Federal

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - 21.07.10

Vice-Presidente

Desembargador Federal

FRANCISCO BARROS DIAS - 12.01.09

Corregedor

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Desembargador Federal

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal
MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07

Desembargador Federal
VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08
Diretor da Revista

Desembargador Federal
ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA - 05.05.08

Desembargador Federal
FERNANDO BRAGA DAMASCENO - 15.05.13

Desembargador Federal
IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal FRANCISCO WILDO L. DANTAS
Vice-Presidente: Desembargador Federal EDILSON NOBRE
Corregedor: Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal MANOEL ERHARDT - Presidente
Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA
Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA - Presidente
Desembargador Federal VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Desembargador Federal FERNANDO BRAGA DAMASCENO

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal MARCELO NAVARRO - Presidente
Desembargador Federal GERALDO APOLIANO
Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)

SUMÁRIO

1. Jurisprudência	13
2. Índice Sistemático	333
3. Índice Analítico	337

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 7.291-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Autora: UNIÃO
Réus: FABIANA THAIS KOVACS E JOSÉ JÚLIO RIBEIRO VIANA
Advs./Procs.: DRS. ERNANI VARJAL MEDICIS PINTO E OUTROS (RÉUS)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. SERVIDORES PÚBLICOS. MÉDICOS DO QUADRO DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL. JORNADA DE TRABALHO DE QUATRO HORAS. ART. 1º DA LEI Nº 9.436/97. ENTENDIMENTO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. PREVALÊNCIA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE DA LEI. PRECEDENTE DO STF. IMPROCEDÊNCIA.

- Ação rescisória ajuizada pela União, objetivando a desconstituição de acórdão que reconheceu aos servidores demandados o direito à jornada de trabalho de 4 (quatro) horas diárias, nos termos da Lei nº 9.436/97.

- A matéria em discussão já foi decidida pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em favor dos servidores públicos demandados, reconhecendo que os servidores médicos do Poder Judiciário da União devem cumprir a jornada diária de trabalho de 4 (quatro) horas, nos termos da Lei nº 9.436/97.

- Prevalência do entendimento firmado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, por se tratar de Órgão que detém competência assegurada pela Carta Magna para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.

- Incidência do princípio da especialidade da lei, ante a existência de legislação específica disci-

plinando a matéria, o que afasta, no caso dos autos, a aplicação da regra geral inserta no art. 19 da Lei nº 8.112/90. Precedente do STF.

- Manutenção da decisão rescindenda, que assegurou o cumprimento da carga horária diária prevista na Lei nº 9.436/97, para os ocupantes de cargo privativo de médico da Administração Pública Federal, por se tratar de jornada que está prevista em norma jurídica especial.

- Improcedência da ação rescisória.

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, negar provimento, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de junho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de ação rescisória ajuizada pela UNIÃO contra FABIANATHAÍS KOVACS e JOSÉ JÚLIO RIBEIRO VIANA, visando desconstituir acórdão prolatado pelo Pleno deste Tribunal Regional Federal, no julgamento do mandado de segurança MSPL102804-PE, impetrado pelos ora demandados contra a União Federal.

O referido *mandamus* foi impetrado contra ato do eminente Presidente desta Corte Regional, em virtude de decisão proferida pelo Conselho de Administração, nos autos do Processo Administrativo nº 01199/2011, que passou a exigir dos impetrantes o cumprimento da jornada de trabalho de 7 (sete) horas diárias.

O Pleno deste Tribunal concedeu a segurança pleiteada, para anular a referida decisão do Conselho de Administração do TRF5,

garantindo aos impetrantes o direito à jornada de trabalho de 20 (vinte) horas semanais.

A União pretende desconstituir o julgado proferido por esta eg. Corte. Para amparar o pleito rescisório, alegou, em síntese:

(a) o acórdão rescindendo violou o disposto no art. 19 da Lei nº 8.112/90, arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 11.416/2006 e art. 1º da Lei nº 9.436/97;

(b) os demandados são analistas do Poder Judiciário Federal, na condição de médicos do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, estando sujeitos ao cumprimento da jornada de trabalho de 7 (sete) horas diárias;

(c) o ordenamento jurídico pátrio não admite a utilização de regime jurídico misto, sendo descabida a aplicação apenas da parte mais favorável da lei ao servidor;

(d) por se enquadrarem na área de apoio especializado, os demandados devem receber os mesmos vencimentos e cumprir a mesma jornada de trabalho prevista para os demais analistas judiciários, nos termos do art. 19 da Lei nº 8.112/90;

(e) caso se entenda que os demandados estão sujeitos à jornada de 4 (quatro) horas diárias, prevista na Lei nº 9.436/97, devem ser observadas e aplicadas também as regras atinentes aos vencimentos, previstos na tabela anexa à referida Lei;

Com estes argumentos, a autora requereu a rescisão do acórdão transitado em julgado, proferido no MSPL102804-PE, por violação ao disposto no art. 485, V, do Código de Processo Civil.

Os demandados apresentaram a contestação de fls. 76/94, suscitando, preliminarmente, o não cabimento da ação rescisória, em face da preclusão da possibilidade de se rediscutir as matérias atinentes ao mérito do acórdão que se busca desconstituir. No mérito, aduziram, em síntese:

(a) a regra do art. 485, V, do CPC admite a rescisão somente quando há violação direta, clara e aberrante à norma jurídica, e “a pretensa violação não pode advir de uma confusa exegese de normas jurídicas distintas, tal qual pretendido pela União”;

(b) de acordo com a jurisprudência do c. STJ, a rescisória somente é cabível se a violação for evidente e a interpretação conferida pelo julgador rescindendo for aberrante, o que não se verificou no caso dos autos;

(c) o *caput* do art. 19 da Lei nº 8.112/90 veicula norma de caráter geral, voltada para todos os servidores federais, ao passo que o parágrafo 2º, desse mesmo dispositivo, explicita textualmente que o disposto em leis especiais deve prevalecer, em caso de conflito;

(d) a existência de legislação específica disciplinando a jornada de trabalho para os médicos da Administração Federal;

(e) assim como o magistério, o cargo público de médico recebeu atenção especial na Carta Magna, que lhe assegurou a possibilidade de cumulação de dois cargos, o que se mostra inviável em caso de se exigir o cumprimento de jornada de 7 (sete) horas diárias;

(f) a jurisprudência do c. STF e das Cortes Regionais firmou-se no sentido de assegurar a jornada diária de trabalho de 4 (quatro) horas para os médicos servidores públicos;

(g) o art. 14 do Decreto-Lei nº 1.445/76, que prevê a jornada diária de 4 (quatro) horas para os ocupantes de cargos e empregos da categoria funcional de médico, foi recepcionado pela ordem constitucional e se encontra em pleno vigor;

(h) o Conselho Nacional de Justiça - CNJ já decidiu sobre o tema em favor dos médicos do Poder Judiciário;

(i) a revisão da jornada de trabalho dos demandados, em sede de rescisória, configuraria inequívoca ofensa aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, na medida em que a nomeação destes se deu para o exercício da atividade médica com jornada diária de 4 (quatro) horas;

Em suas razões finais, a autora reiterou os mesmos argumentos expendidos em sua exordial, requerendo a procedência da demanda.

Por sua vez, os demandados reiteraram os argumentos já expostos em sua contestação, especialmente o fato de que a ação

rescisória não pode ser usada como sucedâneo recursal. Defenderam ainda que o art. 1º da Lei nº 9.436/97 foi corretamente aplicado pelo acórdão objeto da rescisória, bem como que o disposto no parágrafo 2º do art. 19 da Lei nº 8.112/90 não se aplica à situação funcional dos demandados.

O Ministério Público Federal apresentou o parecer de fls. 108/121, opinando pelo conhecimento e pela improcedência da ação. Argumentou que, no caso dos autos, não se verificou a ofensa a literal disposição de lei para justificar a rescisão do julgado.

É o relatório.

Ao Desembargador Federal Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de ação rescisória ajuizada com o propósito de rescindir decisão proferida em mandado de segurança, que assegurou aos servidores demandados o direito de cumprir jornada de trabalho de 4 (quatro) horas diárias.

A princípio, deve ser reconhecida a tempestividade da ação. A rescisória foi ajuizada dentro do prazo decadencial de 2 (dois) anos, uma vez que a decisão rescindenda transitou em julgado em 23.07.2012 e a ação foi proposta em 13.08.2013.

Em sede de preliminar, os demandados suscitaram o não cabimento da rescisória, argumentando que a União deixou de manejar o recurso próprio cabível contra a não admissão do recurso especial, bem como a inexistência de violação a dispositivo legal.

Ressalte-se que não há previsão legal exigindo o esgotamento da via recursal para se buscar a via rescisória, o que afasta a prefacial suscitada pelos demandados.

A União amparou sua pretensão na violação de literal disposição de lei, defendendo a aplicação, à jornada de trabalho dos servidores demandados, do disposto no *caput* do art. 19 da Lei nº 8.112/90, que prevê jornada de trabalho diária de 6 (seis) a 8 (oito) horas.

Os servidores ora demandados são médicos do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e ajuizaram mandado de segurança contra a União, para atacar o ato administrativo que passou a exigir o cumprimento de jornada de trabalho diária de 7 (sete) horas dos médicos servidores do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Merece ser destacado que a decisão administrativa que foi objeto do *writ* havia se amparado em deliberação do Conselho da Justiça Federal - CJF, por meio da qual se passou a exigir dos médicos do TRF da 2ª Região o cumprimento de uma jornada de trabalho diária de 7 (sete) horas.

Contudo, no julgamento do Mandado de Segurança MSPL 102804-PE, realizado em 16.09.2011, que teve como relatora a Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, esta Corte Regional decidiu, por unanimidade, reconhecendo o direito postulado pelos servidores.

A decisão proferida pelo Pleno desta Corte recebeu a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. MÉDICO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. LEI Nº 9.436/97. JORNADA DIÁRIA DE 4 (QUATRO) HORAS DE TRABALHO.

I. Os impetrantes requerem a anulação da decisão do Conselho de Administração desta Corte, proferida no Processo Administrativo nº 01199/2011, para que a autoridade impetrada se abstenha de exigir a carga horária diária de sete horas, assegurando-lhes a aplicação da jornada de trabalho de vinte horas semanais.

II. Considerando-se ser única a legislação aplicável aos servidores da União, em particular aos servidores do Poder Judiciário da União, deve-se atentar, sob pena de violação da isonomia, para a necessidade de se seguir a orientação do órgão administrativo a quem a Constituição Federal atribui “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário” como um todo (CF, art. 103-B, § 4º), ou seja, o Conselho Nacional de Justiça.

III. Os servidores médicos do Poder Judiciário da União devem cumprir a jornada de trabalho de 4 (quatro) horas diárias, nos termos da Lei 9.436, de 5 de fevereiro de 1997.

Precedentes do Conselho Nacional de Justiça.

IV. Segurança concedida, confirmando a liminar deferida, para anular a decisão do Conselho de Administração desta Corte, proferida no Processo Administrativo nº 01199/2011, garantindo aos impetrantes o direito à jornada de trabalho de vinte horas semanais.

V. Agravo regimental prejudicado.

Pelo que se observa, no acórdão rescindendo foi reconhecida a existência de legislação específica para disciplinar a matéria, no que diz respeito à situação particular dos servidores públicos que são médicos do Poder Judiciário da União.

Assevera a autora que o julgado rescindendo teria violado as disposições de lei, em face do que entende que o *decisum* ora atacado merece ser desconstituído, para que seja proferido novo julgamento na forma ora requerida, com fundamento nas disposições do regime jurídico dos servidores públicos civis da União.

O art. 19 da Lei nº 8.112/90 assim dispõe em relação à jornada de trabalho diária dos servidores:

Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17.12.91)

A par dessas disposições da norma geral, a Lei nº 9.436/97, reproduzindo o disposto no art. 14 do Decreto-Lei nº 1.445//76, estabeleceu que a jornada de trabalho dos médicos da Administração Pública Federal direta é de 4 (quatro) diárias horas de trabalho, *verbis*:

Art. 1º A jornada de trabalho de quatro horas diárias dos servidores ocupantes de cargos efetivos integrantes das Categorias Funcionais de Médico, Médico de Saúde Pública, Médico do Trabalho e Médico Veterinário, de qualquer órgão da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais, corresponde aos vencimentos básicos fixados na tabela constante do anexo a esta Lei.

É inconteste que, diante da existência de lei específica disciplinando a matéria em discussão, aplica-se o princípio da especialidade da lei, o que afasta, no caso em tela, a aplicação da regra geral inserta no *caput* do art. 19 da Lei nº 8.112/90.

Ressalte-se, por oportuno, que a matéria ora discutida já foi decidida pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em favor dos médicos do Poder Judiciário. No julgamento do Processo nº PCA 0001499-97,2010.2.00.0000, na Sessão de 25.03.2010, da relatoria do Conselheiro Jorge Hélio Chaves, o CNJ se pronunciou reconhecendo que “Os servidores médicos do Poder Judiciário da União devem cumprir a jornada diária de trabalho de 4 (quatro) horas, nos termos da Lei 9.436, de 5 de fevereiro de 1997”.

Resta a controvérsia diante do evidente conflito entre pronunciamentos do CJF e do CNJ sobre a mesma matéria. Ocorre que, no caso concreto, há prevalência da decisão do CNJ, atribuída pela Carta Magna, em detrimento do entendimento do CJF, aplicável aos médicos da 2ª Região, o qual não se pode estender para reger a jornada de trabalho dos servidores ora demandados.

Ademais, o entendimento exarado na decisão ora rescindenda firmou-se no posicionamento do CNJ sobre o tema, o qual deve prevalecer, sobretudo porque, conforme ressalvado no parecer do representante do *Parquet*, esse Órgão é quem “detém competência garantida pela Constituição Federal para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário”.

No que diz respeito à incidência da norma especial que passou a reger a matéria, o eg. Supremo Tribunal Federal também já decidiu reconhecendo-a conforme se verifica do seguinte excerto:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MÉDICOS: JORNADA DIÁRIA DE TRABALHO. DL 1.445/76, ART. 14, LEI 9.436, DE 05.02.97, ART 1º. LEI 8.112, DE 11.12.90, ART. 19, § 2º.

I - A jornada diária do médico servidor público é de 4 (quatro) horas. Decreto Lei 1.335/74, art. 14. Lei 9.436/97, art. 1º.

II - Normas gerais que hajam disposto a respeito da jornada de trabalho dos médicos, não revogam a norma especial, por isso que a norma especial afasta a norma geral,

ou a norma geral não revoga nem modifica a norma especial.

III - Mandado de segurança deferido.

(STF. MS 25.027, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ de 01.07.2005)

À luz do entendimento acima, não merecem prosperar as alegações da União. Apesar de fundada a ação rescisória na violação a literal disposição de lei, verifica-se, na verdade, o inconformismo da autora em relação à interpretação conferida ao tema abordado na decisão rescindenda, o que impõe a improcedência da ação.

Dessa forma, deve ser mantida a decisão que assegurou o cumprimento de carga horária diária de 4 (quatro) horas para os ocupantes de cargo privativo de médico da Administração Pública Federal, por se tratar de jornada que está prevista em norma jurídica especial.

Tecidas estas considerações e com esteio nos fundamentos dos precedentes retro transcritos, **julgo improcedente** a ação rescisória.

Honorários advocatícios pela parte sucumbente, os quais devem ser fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 7.338-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

Autora: BETÂNIA MARIA DE ALBUQUERQUE

Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advs./Procs.: DRS. FERNANDO HENRIQUE VALENÇA BOUDOUX (AUTORA) E NATANAEL LOBÃO CRUZ E OUTROS (RÉ)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA RESCIDENDA. AUSÊNCIA DE DOLO

DA RÉ. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ DA AUTORA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

- Ação rescisória com fulcro no inciso III do art. 485 do CPC, para fins de desconstituir sentença proferida na ação ordinária de reintegração de posse nº 0017188-10.2010.4.05.8300, pelo Juízo da 7ª Vara Federal de Pernambuco, que julgou procedente a pretensão formulada pela CEF, e determinou sua reintegração de posse no imóvel, objeto do Contrato de Arrendamento Residencial com Opção de Compra celebrado entre as partes, considerando legal a rescisão desse instrumento contratual, em face da inadimplência da autora.

- Ausência de elementos probatórios para caracterização da boa-fé da autora para dirimir a inadimplência contratual, sendo inaplicável à hipótese a Teoria do Adimplemento Substancial.

- Ausência de conduta dolosa da CEF, no sentido de impedir e/ou dificultar a atuação processual da parte vencida (autora), bem como de influenciar o juízo sentenciante a fins de afastá-lo da verdade material, uma vez que a autora só procurou responder sobre sua inadimplência com a CEF, após esta acionar o Poder Judiciário, ajuizando a ação de reintegração de posse no imóvel objeto da lide.

- Para a configuração do dolo é preciso que exista relação de causa e efeito entre o dolo e o teor da decisão, o que não ocorre no presente feito.

- Por outro lado, a requerente, em 01/08/2013, propôs, perante este egrégio Tribunal, uma outra Ação Rescisória de nº 7.286/PE (0008019-62.2013.4.05.0000), com as mesmas partes e mesmo pedido, mas com causa de pedir diversa da presente demanda, referente ao mesmo imóvel e respectivo contrato de arrendamento, objeto desta lide, a qual foi julgada improcedente, por este eg. Plenário, sob esta mesma relatoria.

Julgamento pendente de trânsito em julgado.
- Justiça Gratuita deferida.
- Ação rescisória improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de junho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de ação rescisória, com pedido de Justiça Gratuita e de tutela antecipada, ajuizada por BETÂNIA MARIA DE ALBUQUERQUE em desfavor da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF), com fulcro no art. 485, III, §§ 1º e 2º, 273 e 461, todos do CPC, objetivando rescindir sentença proferida, nos autos da ação ordinária de reintegração de posse Nº 0017188-10.2010.4.05.8300, pelo Juízo da 7ª Vara Federal de Pernambuco, que julgou procedente essa demanda, determinando a reintegração de posse em favor da CEF (ora ré), no imóvel residencial apartamento nº 204, bloco B1, localizado no segundo pavimento do Conjunto Residencial Rio Doce, situado na Avenida Nápoles, nº 655, Rio Doce, Olinda/PE, objeto do contrato de Arrendamento Residencial com Opção de Compra de fls. 22/31.

A ação de reintegração de posse do citado imóvel decorreu do inadimplemento por parte da ré, ora autora, no cumprimento de uma das obrigações previstas no contrato de arrendamento residencial, com opção de compra, que provocou a rescisão desse contrato. Dentre elas, foi a CLÁUSULA DÉCIMA OITAVA, desse instrumento particular, que prevê: “em caso de inadimplemento de quaisquer cláusulas ou condições ali estipuladas, considera-se o

mesmo rescindido, sem prejuízo da obrigação de pagar as taxas vencidas, com o acréscimo dos encargos pactuados e de multa diária, até a devolução do imóvel.”.

A sentença rescindenda registra os termos a seguir:

a) a ré deixou de pagar as taxas de arrendamento em fevereiro de 2010, além de se encontrar inadimplente quanto ao condomínio e às faturas de energia elétrica e água. Este fato ensejou a inclusão de seu nome no Serviço de Proteção ao Crédito - SPC, conforme as notificações de fls. 31/33, bem como sucessivas convocações para o seu comparecimento à administradora do imóvel (fls. 34/37), sem sucesso. A ficha de fl. 38 elenca todas as providências tomadas para solucionar a pendência;

b) a arrendadora, no exercício de legítima prerrogativa contratualmente assegurada deliberou no sentido da rescisão contratual, que foi comunicada, através da notificação de fl. 56, entregue, pessoalmente, à demandada, em julho de 2010, conforme certificado pelo Oficial Substituto do 2º Registro de Títulos e Documentos do Recife à fl. 57.

c) uma vez rescindido o contrato, não há mais condições de reativá-lo, mediante o depósito do montante devido, através da consignação em pagamento do débito. A rescisão acarreta a desconstituição do vínculo entre as partes, a justificar a retomada da posse do imóvel pela arrendadora.

Sustenta a autora que sofre os efeitos do cumprimento da sentença que pretende rescindir, pois foi obrigada a desocupar o imóvel de forma compulsória, e alugar um apartamento, conforme contrato de aluguel anexo.

Diante das circunstâncias do caso, pede à demandante que seja observada a Teoria do Adimplemento Substancial que consagra o entendimento de que “o mero inadimplemento contratual não justifica a extinção do negócio jurídico sempre que se referir a obrigações de pouca monta e se o devedor tiver pautado sua conduta pela boa-fé”. No caso, aduz ser de pequeno valor o débito e provada está a sua boa-fé, quando ajuizou ação de consignação em pagamento e depositou o montante devido, pagando inclusive a parcela do condomínio de outubro de 2010 e as faturas de energia elétrica e água.

Ressalta a autora que a Teoria do Adimplemento Substancial afasta a resolução do contrato, quando o devedor não executa perfeitamente a avença ou não atinge plenamente o fim proposto, mas aproxima-se consideravelmente do seu resultado final, como na hipótese dos autos.

Requeru a autora antecipação de tutela de reintegração imediata na posse do imóvel objeto da lide, ou, sendo esta impossível, requer que a ré assumira o pagamento dos aluguéis do imóvel que a mesma alugou para morar, até o julgamento final da presente demanda, que foi indeferida conforme decisão de fls. 76/78.

Foram juntados ao presente feito os seguintes documentos: contrato por instrumento particular de Arrendamento Residencial com Opção de Compra (fls. 22/31); auto de reintegração de posse (fl. 32); convenção do condomínio do imóvel em discussão (fl. 33/41); cópia da sentença proferida na ação de consignação em pagamento (fl. 49/46); guias de depósitos judiciais referentes às competências 05/2011 e 02/2012 (fls. 47/52); contrato de locação de imóvel residencial, onde a autora diz que atualmente reside (fls. 53/55); cópia da sentença rescindenda (fls. 62/63) e certidão do trânsito em julgado da sentença rescindenda (fl. 64).

O pedido de Justiça Gratuita foi deferido à fl. 66.

A CEF apresentou contestação tempestivamente (fls. 68/74).

A tutela antecipada requerida foi indeferida, conforme decisão de fls. 76/78.

O Procurador Regional da República, que oficia perante esta egrégia Corte, ofereceu parecer, opinando pela improcedência da ação (fls. 83/86).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata de ação rescisória ajuizada por BETÂNIA MARIA DE ALBUQUERQUE, objetivando a desconstituição da sentença proferida, na Ação Ordinária de Reintegração de Posse nº 0017188-10.2010.4.05.8300, pelo Juízo da 7ª Vara Federal de Pernambuco,

que julgou procedente a pretensão formulada pela CEF e determinou a reintegração de posse do imóvel residencial em favor desta, no apartamento nº 204, bloco B1, localizado no segundo pavimento do Conjunto Residencial Rio Doce, situado na Avenida Nápoles, nº 655, Rio Doce, Olinda/PE, objeto do contrato de Arrendamento Residencial com Opção de Compra de fls. 22/31. A referida sentença considerou legal a rescisão do contrato de arrendamento celebrado entre as partes litigantes, tendo em vista a autora ter se tornado inadimplente, enquadrando-se assim na norma contida na Cláusula Décima Oitava, do referido instrumento, a qual estabelece que, em caso de inadimplemento de quaisquer cláusulas ou condições ali estipuladas, considera-se o contrato rescindido, sem prejuízo da obrigação de pagar as taxas vencidas, com o acréscimo dos encargos pactuados e de multa diária, até a devolução do imóvel. Do contexto decisório ora impugnado, extraíram-se as seguintes assertivas:

a) a ré deixou de pagar as taxas de arrendamento em fevereiro de 2010, além de se encontrar inadimplente quanto ao condomínio e às faturas de energia elétrica e água. Este fato ensejou a inclusão de seu nome no Serviço de Proteção ao Crédito - SPC, conforme as notificações de fls. 31/33, houve sucessivas convocações para o seu comparecimento à administradora do imóvel (fls. 34/37), sem sucesso. A ficha de fl. 38 elenca todas as providências tomadas para solucionar a pendência;

b) a arrendadora, no exercício de legítima prerrogativa contratualmente assegurada deliberou no sentido da rescisão contratual, que foi comunicada, através da notificação de fl. 56, entregue, pessoalmente, à demandada, em julho de 2010, conforme certificado pelo Oficial Substituto do 2º Registro de Títulos e Documentos do Recife à fl. 57.

c) uma vez rescindido o contrato, não há mais condições de reativá-lo, mediante o depósito do montante devido, através da consignação em pagamento do débito. A rescisão acarreta a desconstituição do vínculo entre as partes, a justificar a retomada da posse do imóvel pela arrendadora.

A autora apontou como causa de pedir o disposto no inciso III do art. 485 do CPC, que caracteriza como um dos requisitos para propositura de ação rescisória a ocorrência de “dolo da parte ven-

cedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei”. Requereu também que fosse observada a Teoria do Adimplemento Substancial.

No tocante à Teoria do Adimplemento Substancial que consagra o entendimento de que “o mero inadimplemento contratual não justifica a extinção do negócio jurídico sempre que se referir a obrigações de pouca monta e se o devedor tiver pautado sua conduta pela boa-fé”, afastando a resolução do contrato, mesmo que o devedor não execute perfeitamente o contrato, mas aproxime-se consideravelmente do seu resultado final, não há de ser aplicada na hipótese dos autos, pois a autora só ajuizou a ação de consignação em pagamento e depositou o montante devido, pagando inclusive a parcela do condomínio de outubro de 2010 e as faturas de energia elétrica e água, após o ajuizamento da ação de reintegração de posse. E, por outro lado, não juntou aos autos cópia da petição inicial e da respectiva sentença proferida no processo consignatório. Logo, não há como se vislumbrar a conduta de boa-fé da autora, quando esta só procurou responder sobre sua inadimplência com a CEF, após esta acionar o Poder Judiciário. Desse modo, não se tem como caracterizar a conduta dolosa da CEF no dirimir o incidente contratual. Por outro lado, inexistente prova de que a mesma tentou impedir e/ou dificultar a atuação processual da parte vencida (autora), bem como tenha influenciado o juízo sentenciante afastando-o da verdade material. Para a configuração do dolo, na hipótese dos autos, é preciso que exista relação de causa e efeito entre o dolo e o teor da decisão, de modo que não existe dolo na simples omissão de prova vantajosa para a parte contrária, nem tampouco no silêncio sobre circunstância que favoreça ao adversário. Não apresentados elementos suscetíveis para caracterizar a conduta dolosa da CEF, como pretende a autora, é mister ressaltar que a requerente, em 01/08/2013, propôs, perante este egrégio Tribunal, uma outra ação rescisória de nº 7.286/PE (0008019-62.2013.4.05.0000), com as mesmas partes e mesmo pedido, mas com causa de pedir diversa da presente demanda, referente ao mesmo imóvel e respectivo contrato de arrendamento, objeto desta lide.

Por outro lado, o egrégio Plenário deste Tribunal Regional, sob minha relatoria, julgou improcedente a AR 7.286/PE (0008019-

62.2013.4.05.0000), em 26/02/2014, se encontrando esta pendente de trânsito em julgado, a qual desejava a rescisão do mesmo julgado, sem que tenha obtido sucesso. Agora, dando nova roupagem ao pedido, pois calçou sua pretensão na existência de dolo, procura rescindir o julgado, o que não encontra respaldo na ordem jurídica. Com essas considerações, julgo improcedente o pedido autoral, sem condenação de custas processuais e honorários advocatícios, em face do benefício da Justiça Gratuita deferido.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 132.350-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Agravante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Agravados: MUNICÍPIO DE CONDE (PB), JOSEPH CARDIN RIBEIRO FRAGOSO, MARCELO PAIVA FERNANDES DE OLIVEIRA, MARCONI PAIVA FERNANDES DE OLIVEIRA, RENATO CÂNDIDO DA SILVA, BRAZ FÉLIX DE SOUSA E BRÁULIO MONTENEGRO DE SOUSA
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. MARCOSANTÔNIO LEITE RAMALHO JÚNIOR E OUTROS E GILSON FERNANDES MEDEIROS

EMENTA: AMBIENTAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OCUPAÇÃO IRREGULAR EM TERRENO DE PRAIA. DANO AMBIENTAL RECONHECIDO. NOVAS OCUPAÇÕES. DIREITO DIFUSO. EFEITO ERGA OMNES.

- O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA se insurge contra decisão que, em fase de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública, in-

deferiu o pedido para que fosse determinada a demolição de novas construções realizadas na Praia do Amor, no Município do Conde/PB. Segundo a decisão agravada, o pedido desbordaria dos limites objetivo e subjetivo da coisa julgada operada pela sentença.

- A sentença exequenda julgou procedente o pedido formulado pelo IBAMA no sentido de que fosse efetivada a 'demolição dos imóveis e a remoção do entulho para que se alcance o status quo ante, eis que não restou demonstrada, durante a instrução processual, nenhuma repercussão nociva maior a ser indenizada.'

- Ora, se novas construções estão sendo realizadas, é porque o município, a despeito de haver realizado a demolição das edificações então existentes, vem se omitindo quanto à fiscalização da área e ao seu dever de impedir as ocupações na faixa de praia.

- Neste particular, cumpre observar que os efeitos da coisa julgada nas ações civis públicas não se restringem apenas às partes que integraram a lide, podendo a sentença produzir efeitos ultra partes, na hipótese de legitimação extraordinária ou concorrente, e erga omnes, nas demandas que objetivem tutelar direitos difusos ou coletivos, a teor do disposto no art. 16 da Lei 7.347/85.

- Note-se que "as partes originárias, ou seja, aqueles que já compuseram a relação processual, não são abrangidos pelo efeito erga omnes, mas sim pela imutabilidade decorrente da simples preclusão ou da própria coisa julgada, cujos limites subjetivos já os abrangem direta e imediatamente" (CC 109.435/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 15/12/2010).

- Portanto, embora as novas barracas não tenham integrado o polo passivo da lide inicial-

mente, porquanto ao tempo da ação ainda não existiam, sofrem os efeitos da decisão proferida, sendo responsabilidade do município coibir novas ocupações. Em verdade, não poderia ser diferente, do contrário se estaria a abarrotar o Judiciário continuamente de lides a cada nova ocupação levada a efeito na faixa de praia.
- Agravo de instrumento provido, para determinar a demolição das novas ocupações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 12 de agosto de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

O IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS interpõe o presente agravo de instrumento contra decisão que, em fase de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública, indeferiu o pedido para que fosse determinada a demolição de novas construções realizadas na Praia do Amor, no Município do Conde/PB.

Segundo a decisão agravada, o pedido desbordaria dos limites objetivo e subjetivo da coisa julgada operada pela sentença.

Em suas razões recursais, o agravante defende a reforma da decisão agravada, argumentando que o município do Conde, réu na ACP, continua a se omitir na fiscalização, promoção e proteção do meio ambiente, não impedindo a ocupação irregular e ostensi-

va no local, em total desrespeito ao disposto na sentença e no acórdão transitados em julgado, deixando de agir consoante fixado no art. 9º da Lei Complementar 140/2011.

Segundo afirma, em razão dos efeitos *erga omnes* da sentença (Lei nº 7.347/85, art. 16), não haveria obstáculo ao deferimento do pedido de demolição das novas construções.

Às fls. 533/544, o MPF, exercendo a função de *custos legis*, manifesta-se pelo provimento do recurso.

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

No caso, se trata de processo de execução de sentença proferida em ação civil pública, em que o MPF pugna pela demolição de novas construções realizadas na Praia do Amor, no Município do Conde/PB, pertencentes a particulares que não integraram o polo passivo da ação originária.

De acordo com o agravante, o município do Conde, ao permitir a ocupação da praia pelas novas instalações se omite no seu dever de fiscalização e descumpre o comando judicial fixado na sentença e no acórdão, já transitados em julgado.

Ao julgar a AC 415.560, em 10/8/2010, a Quarta Turma proferiu o seguinte aresto:

EMENTA: AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE AMBIENTAL OBJETIVA DO MUNICÍPIO. FAIXA DE PRAIA. ÁREA *NON AEDIFICANDI*.

I. O município tem responsabilidade ambiental objetiva por danos decorrentes da ocupação irregular de faixa de praia situada em seu território, bem como a obrigação de promover demolição das casas de madeira e remoção de entulhos.

II. Por mais que se possa alegar omissão da SPU/GRPU

neste e em outros casos, especialmente no litoral nordestino, a administração municipal sempre deteve competência para impedir as ocupações e gerir o planejamento urbano, sendo essa uma de suas maiores atribuições. Por outro lado, a demolição e retirada de entulhos é medida factível para a capacidade financeira e gerencial do Município de Conde/PB, sendo o mínimo que se se pode esperar de um ente que, durante anos, tolerou as edificações sabidamente ilícitas.

III. Precedente do TRF/5ª Região: AC nº 231.636/PB, Quarta Turma, Rel. Edilson Nobre, DJ 02/12/2005.

IV. Apelação improvida.

Como se vê, a decisão citada manteve a decisão monocrática que julgou procedente o pedido formulado pela Procuradoria da República na ACP 2002-82.00.008689-2, fls. 17/23.

De acordo com a cópia constante à fl. 496, observa-se que o Órgão Ministerial formulou pedido no sentido de que fossem demolidos todos os imóveis em área já declarada pelo Poder Judiciário como *non edificandi*.

Ora, se novas construções estão sendo realizadas, é porque o Município, a despeito de haver realizado a demolição das edificações então existentes, vem se omitindo quanto à fiscalização da área e ao seu dever de impedir as ocupações, permitindo assim inovação no estado da faixa de praia.

Neste particular, cumpre observar que os efeitos da coisa julgada nas ações civis públicas não se restringem apenas às partes que integraram a lide, podendo a sentença produzir efeitos *ultra partes*, nas hipóteses de legitimação extraordinária ou concorrente, e *erga omnes*, nas demandas que objetivam tutelar direitos difusos ou coletivos, a teor do disposto no art. 16 da Lei 7.347/85.

Note-se que “as partes originárias, ou seja, aqueles que já compuseram a relação processual, não são abrangidos pelo efeito *erga omnes*, mas sim pela imutabilidade decorrente da simples preclusão ou da própria coisa julgada, cujos limites subjetivos já os abrangem direta e imediatamente” (CC 109.435/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 15/12/2010).

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OCUPAÇÃO IRREGULAR EM TERRENO DE PRAIA. DANO AMBIENTAL. OMISSÃO QUANTO AOS EFEITOS DA SENTENÇA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA EXAMINADA NO ACÓRDÃO.

1. Embargos de declaração opostos por ENERGISA PARAÍBA - DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S/A e pelo IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS RENOVÁVEIS em face do acórdão que negou provimento às apelações.

2. Merece reparo o acórdão quanto ao alcance dos efeitos da sentença, visto que de acordo com os ditames legais (art. 16 da Lei 7.347/85), deve ser dada eficácia *erga omnes* às sentenças prolatadas em sede de ação civil pública.

3. Os embargos de declaração não são meio próprio ao reexame da causa, devendo-se limitar ao esclarecimento de obscuridade, contradição ou omissão, inexistentes no acórdão embargado. Mesmo nos embargos de declaração com o fito de prequestionamento, devem ser observados os limites traçados pelo artigo 535 do Código de Processo Civil.

4. Quanto às demais omissões alegadas pelas partes, pretende-se provocar novo julgamento do recurso, o que não é possível nas vias estreitas dos embargos, podendo, todavia, o inconformismo ser manifestado através de recurso próprio.

5. Consoante entendimento jurisprudencial pacífico, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos colacionados pelas partes para expressar o seu convencimento, bastando, para tanto, pronunciar-se de forma geral sobre as questões pertinentes para a formação da sua convicção.

6. Embargos de declaração do IBAMA parcialmente providos para reconhecer os efeitos *erga omnes* do provimento jurisdicional concedido em sede de ação civil pública. Não provimento dos embargos de declaração interpostos pela ENERGISA.

(PROCESSO: 20048200006198302, APELREEX 25.382/02/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 03/10/2013, PUBLICAÇÃO: DJe 08/10/2013 - Página 102)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COISA JULGADA MATERIAL. INEXISTÊNCIA. EXTENSÃO DA COISA JULGADA.

1. Segundo regramento contido no Código de Processo Civil – art. 499 – deve o recorrente demonstrar interesse em recorrer para o efeito de admissibilidade do recurso. Ausente o requisito quando a interposição do recurso não se afigura necessária nem útil, situação que se verifica quando o recorrente tem acolhida sua pretensão, mesmo que por fundamentos jurídicos diversos dos que pretendia fossem examinados.

2. Apesar da inexistência no ordenamento jurídico de regramento sobre a coisa julgada coletiva, sua extensão, segundo dispõe o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, dá-se: *inter partes* – vincula as partes litigantes; *ultra partes* – atinge terceiros, nas hipóteses em que haja legitimação extraordinária ou concorrente; e *erga omnes* – nas ações coletivas que têm por objeto a proteção de direitos difusos e coletivos.

3. Nas ações civis públicas em defesa de interesses individuais homogêneos, os efeitos da sentença de procedência é *ultra partes*, pois alcança apenas um grupo determinado de pessoas vinculadas ao objeto da ação.

4. Para que exista coisa julgada como pressuposto processual negativo, é necessária a repetição de uma ação idêntica a que se pretende propor já transitada em julgado. Se a primeira ação era civil pública e tratava de direitos individuais homogêneos, mas a extensão da coisa julgada abarcou apenas a menor parte de pessoas componentes de um mesmo grupo, a repetição da mesma ação, visando a tutela dos demais componentes de tal grupo, não gera identidade de ação, pois há distinção no pedido imediato formulado – causa imediata de pedir.

5. Recurso especial interposto por Fobraice - Fórum Brasil de Apoio e Intercâmbio a Cooperativas Evangélicas não conhecido. Recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte conhecido e provido.

(REsp 964.755/RN, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011)

Portanto, embora as novas barracas não tenham integrado o polo passivo da lide inicialmente, porquanto ao tempo da ação ain-

da não existiam, sofrem os efeitos da decisão proferida, sendo responsabilidade do Município coibir novas ocupações.

Não poderia ser diferente, porquanto se estaria a abarrotar o Judiciário continuamente de novas demandas a cada nova ocupação.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento, para determinar a demolição das novas ocupações.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 136.232-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO
(CONVOCADO)
Agravante: NAGHELA GONÇALVES DE MOURA
Agravada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. PAOLO GIORGIO QUEZADO GURGEL E SILVA E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. CONCESSÃO DE CÃO-GUIA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DO ESTADO. DECISÃO CONFIRMADA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

- Trata-se de agravo de instrumento interposto por deficiente visual contra decisão que indeferiu pedido de antecipação de tutela que almejava obrigar a UNIÃO a providenciar, de forma gratuita, cão-guia.

- Decisão agravada confirmada pelos próprios fundamentos.

- “Pode-se concluir que o Estado tem o dever de cuidar e garantir a proteção das pessoas portadoras de deficiência. Por outro lado, a previsão abstrata dá margem a pelo menos duas perguntas: até que limite o estado tem este dever de garantir a acessibilidade a um certo indivíduo? Surge para o cidadão o direito subjetivo de obri-

gar ao Estado a concessão do meio que julga como melhor e mais adequado para redução/eliminação das vicissitudes de sua necessidade especial?”

- “De fato, é certo que o Estado deve tomar as medidas apropriadas para assegurar a acessibilidade aos portadores de deficiência. No entanto, e não menos importante, os direitos sociais são concretizados ‘principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis’ (trecho do art. 2º, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil também é signatário), de modo a equilibrar a riqueza estatal com a demanda social.”

- “Na esfera constitucional, o art. 196 da Constituição Federal obriga o Poder Público a garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas, bem como a exercer ações e serviços de forma a promover, proteger e recuperar a saúde. Em nível infraconstitucional, a Lei nº 7.853/89, que inaugurou o tema em nossa legislação ao tratar do apoio aos portadores de deficiência em espectro amplo.”

- “Todavia o caso trazido pela parte autora não é de restabelecimento de sua saúde, mas de necessidade de redução/eliminação de dificuldades decorrentes de sua condição de deficiente visual através da concessão da melhor técnica para tanto. Nessa quadra, mais se aproxima do caso a Lei nº 10.098/00 que, ao estabelecer normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, trouxe critérios de urbanização para integração dos portadores de deficiências, além de outras providências. Entretanto, concretamente, não trouxe o direito subjetivo a um meio técnico que o defi-

ciente julgue como melhor e mais necessário. A escolha da política pública não cabe ao particular.”

- “A norma citada, em seu art. 2º, VI, definiu, também, como ajuda técnica qualquer elemento que facilite a autonomia pessoal ou possibilite o acesso e o uso de meio físico, onde se enquadraria o cão-guia para um deficiente visual, mas, repiso, não houve a previsão de direito subjetivo para tanto, mas sim o dever de implementação de políticas públicas que levem em conta tal conceito.”

- “Ampliando a análise, no âmbito da legislação sanitária, a Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e estabelece o Sistema Único de Saúde - SUS, dispõe estar incluída no campo de atuação deste a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, isto em seu art. 6º, I, d. No entanto, o cão-guia em relação ao deficiente visual não pode ser enquadrado como terapia, pois não visa restabelecer um estado anterior ou minimizá-lo, mas, ao revés, tem por fim o suporte técnico para facilitar o desenvolvimento de atividades cotidianas, como caminhar sozinho, subir e descer escadas, desviar de obstáculos horizontais, verticais e aéreos etc.”

- “Em outro diapasão, a Lei nº 11.126/05, ao tratar em seu art. 1º do direito da pessoa portadora de deficiência visual usuária de cão-guia de ingressar e permanecer com o animal nos veículos e nos estabelecimentos públicos e privados de uso coletivo, traz uma política contra a discriminação dos deficientes visuais e não o direito deste de ter assegurado o fornecimento estatal de um cão-guia para lhe facilitar a acessibilidade.”

- “Em conclusão, por mais desejável que fosse o contrário em uma análise não jurídica, o que o ordenamento prevê é o dever do Estado em adotar, na maior medida possível dentro de suas limitações, todas as condições para melhorar a vida dos deficientes de um modo geral, mas não de, especificamente, atribuir-lhe um direito subjetivo de ter garantida a melhor ajuda técnica disponível no mercado ou a concessão do melhor equipamento para reduzir sua falta de mobilidade/acessibilidade.”

- “Ao concluir desta forma, não se quer dizer que uma pessoa portadora de deficiência não faz jus a nenhum auxílio estatal, mas sim que, v. g., uma pessoa que teve uma perna amputada não pode exigir do estado uma prótese de fibra de carbono, quando há outros meios para o alcance de igual fim. Nessa linha de raciocínio, a própria parte autora assevera que dos 5.400.000 (cinco milhões e quatrocentos mil) deficientes visuais existentes no Brasil, existem menos de 100 (cem) auxiliados por cão-guia. Portanto, é perfeitamente possível a adoção de outros meios para o fim colimado pela parte autora, embora estes possam não ser os melhores ou mais adequadas dentre os já concebidos pelo homem.”

- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 17 de junho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Convocado):

NÁGHELA GONÇALVES DE MOURA, deficiente visual, interpôs agravo de instrumento contra decisão que indeferiu pedido de antecipação de tutela que almejava obrigar a UNIÃO a providenciar, de forma gratuita, cão-guia.

Às fls. 121/140, contrarrazões foram apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Relator Convocado):

O agravo de instrumento não merece acolhida.

Eis o inteiro teor da decisão agravada:

DECISÃO

1. Relatório

NÁGHELA GONÇALVES DE MOURA, devidamente qualificada nos autos e por intermédio de advogado habilitado, ajuizou AÇÃO ORDINÁRIA, com pedido de antecipação de tutela, contra a UNIÃO, requerendo que lhe forneça o custeio de todos os percalços necessários à obtenção de um cão-guia, incluídas as despesas de aquisição, educação, treinamento e despesas de locomoção.

Aduz, em síntese, que: a) promovente guarda, por extrema fortuna adversa, deficiência visual grave, decorrente de Retinose Pigmentar, como bem se pode notar dos relatórios médicos que acompanham a petição inicial; b) a escuridão que naturalmente lhe aflige é ainda mais sombreada diante da indiferença do Estado, seja pela omissão na fiscalização com relação às barreiras arquitetônicas, seja na falta de promoção de programas e incentivos de acessibilidade aos deficientes visuais; c) tem se locomovido no cumprimento de suas vicissitudes com direto auxílio de terceiros que, mesmo afetos ao mais sublime sentimento de solidariedade, não trazem à demandante o conforto e a dignidade de autogoverno que merece e precisa; e, d) com o auxílio de um cão-guia, sem abrir mão da

segurança, a suplicante ganhará autonomia e independência, pois um cão devidamente habilitado para conduzir deficientes visuais dá a seu usuário a capacidade de realizar os trajetos habituais, executar os afazeres do dia a dia como pagar uma conta, e ir ao supermercado, fazer a travessia de ruas, desviar de obstáculos mesmo que aéreos.

Instruindo a inicial foram juntados os documentos adu-
nados às fls. 12/43.

Resposta ao pedido de antecipação de tutela às fls.
48/93.

Vieram-me os autos conclusos.

Decido.

2. Fundamentação

Cinge-se a questão em syndicar a existência da obrigação para a União em fornecer à parte autora, Nághele Gonçalves de Moura, deficiente visual, um cão-guia, incluídas as despesas de aquisição, educação, treinamento e locomoção, como meio de suporte técnico de acessibilidade. Em outras palavras, custa saber se a autora tem direito subjetivo, por ser portadora de deficiência visual, à concessão do meio tido por ela como adequado ao pleno desenvolvimento de suas atividades cotidianas com as peculiaridades da necessidade especial de que é portadora.

Pessoa portadora de deficiência pode ser definida como aquela que sofreu perda ou possua anormalidade, de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que venha gerar uma incapacidade para o desempenho de atividade dentro do padrão considerado normal para o homem, podendo a gênese estar associada a uma deficiência física, auditiva, visual, mental, múltipla, quer permanente, quer provisória.

A tutela legislativa e, consecutivamente, judicial aos portadores de deficiência tem embrião nos diplomas internacionais de direitos humanos como, p.ex., a Declaração de Direitos do Homem da ONU de 1948. A partir de então, a gama de tratados e convenções tomou rumo crescente, o que culminou, em plano doméstico, com a promulgação em 2009 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007, primeiro diploma internacional com *status* de norma constitucional, nos termos do permissivo do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Em outro nível, a Carta Magna, originariamente, não passou ao largo da inclinação já demonstrada em nível

internacional da proteção referida, pois em diversas passagens consagrou direitos aos portadores de deficiência, o que, para ilustrar, menciono com a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal de legislar sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência e o dever, dos mesmos entes, de cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, consoante os arts. 23, II, e 24, XIV.

Com o dito até aqui, pode-se concluir que o Estado tem o dever de cuidar e garantir a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

Por outro lado, a previsão abstrata dá margem a pelo menos duas perguntas: até que limite o estado tem este dever de garantir a acessibilidade a um certo indivíduo? Surge para o cidadão o direito subjetivo de obrigar ao Estado a concessão do meio que julga como melhor e mais adequado para redução/eliminação das vicissitudes de sua necessidade especial?

Busquemos a resposta.

O art. 9º, 1, *caput*, da Convenção citada assevera:

A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados-Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas (...).

De fato, é certo que o Estado deve tomar as medidas apropriadas para assegurar a acessibilidade aos portadores de deficiência. No entanto, e não menos importante, os direitos sociais são concretizados “principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis” (trecho do art. 2º, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil também é signatário), de modo a equilibrar a riqueza estatal com a demanda social.

Na esfera constitucional, o art. 196 da Constituição Federal obriga o Poder Público a garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas, bem como a exercer ações e serviços de forma a promover, proteger e recuperar a saúde.

Em nível infraconstitucional, a Lei nº 7.853/89, que inaugurou o tema em nossa legislação ao tratar do apoio aos portadores de deficiência em espectro amplo, assim dispo-ndo em seu art. 2º:

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no *caput* deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos desta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas: (...)

II - na área da saúde:

- a) a promoção de ações preventivas, como as referentes ao planejamento familiar, ao aconselhamento genético, ao acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, à nutrição da mulher e da criança, à identificação e ao controle da gestante e do feto de alto risco, à imunização, às doenças do metabolismo e seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiência;
- b) o desenvolvimento de programas especiais de prevenção de acidente do trabalho e de trânsito, e de tratamento adequado a suas vítimas;
- c) a criação de uma rede de serviços especializados em reabilitação e habilitação;
- d) a garantia de acesso das pessoas portadoras de deficiência aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, e de seu adequado tratamento neles, sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados;
- e) a garantia de atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado;

f) o desenvolvimento de programas de saúde voltados para as pessoas portadoras de deficiência, desenvolvidos com a participação da sociedade e que lhes ensejem a integração social;

Todavia o caso trazido pela parte autora não é de restabelecimento de sua saúde, mas de necessidade de redução/eliminação de dificuldades decorrentes de sua condição de deficiente visual através da concessão da melhor técnica para tanto.

Nessa quadra, mais se aproxima do caso a Lei nº 10.098/00 que, ao estabelecer normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, trouxe critérios de urbanização para integração dos portadores de deficiências, além de outras provisões. Entretanto, concretamente, não trouxe o direito subjetivo a um meio técnico que o deficiente julgue como melhor e mais necessário. A escolha da política pública não cabe ao particular.

A norma citada, em seu art. 2º, VI, definiu, também, como ajuda técnica qualquer elemento que facilite a autonomia pessoal ou possibilite o acesso e o uso de meio físico, onde se enquadraria o cão-guia para um deficiente visual, mas, repiso, não houve a previsão de direito subjetivo para tanto, mas sim o dever de implementação de políticas públicas que levem em conta tal conceito.

Ampliando a análise, no âmbito da legislação sanitária, a Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e estabelece o Sistema Único de Saúde - SUS, dispõe estar incluída no campo de atuação deste a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, isto em seu art. 6º, I, *d*.

No entanto, o cão-guia em relação ao deficiente visual não pode ser enquadrado como terapia, pois não visa restabelecer um estado anterior ou minimizá-lo, mas, ao revés, tem por fim o suporte técnico para facilitar o desenvolvimento de atividades cotidianas, como caminhar sozinha, subir e descer escadas, desviar de obstáculos horizontais, verticais e aéreos, etc.

Em outro diapasão, a Lei nº 11.126/05, ao tratar em seu art. 1º do direito da pessoa portadora de deficiência

visual usuária de cão-guia de ingressar e permanecer com o animal nos veículos e nos estabelecimentos públicos e privados de uso coletivo, traz uma política contra a discriminação dos deficientes visuais e não o direito deste de ter assegurado o fornecimento estatal de um cão-guia para lhe facilitar a acessibilidade.

Em conclusão, por mais desejável que fosse o contrário em uma análise não jurídica, o que o ordenamento prevê é o dever do Estado em adotar, na maior medida possível dentro de suas limitações, todas as condições para melhorar a vida dos deficientes de um modo geral, mas não de, especificamente, atribuir-lhe um direito subjetivo de ter garantida a melhor ajuda técnica disponível no mercado ou a concessão do melhor equipamento para reduzir sua falta de mobilidade/acessibilidade.

Ao concluir desta forma, não se quer dizer que uma pessoa portadora de deficiência não faz jus a nenhum auxílio estatal, mas sim que, *v.g.*, uma pessoa que teve uma perna amputada não pode exigir do estado uma prótese de fibra de carbono, quando há outros meios para o alcance de igual fim.

Nessa linha de raciocínio, a própria parte autora assevera que dos 5.400.000 (cinco milhões e quatrocentos mil) deficientes visuais existentes no Brasil, existem menos de 100 (cem) auxiliados por cão-guia. Portanto, é perfeitamente possível a adoção de outros meios para o fim colimado pela parte autora, embora estes possam não ser os melhores ou mais adequadas dentro os já concebidos pelo homem.

Em conclusão, não vejo plausibilidade jurídica para concessão da antecipação dos efeitos da tutela.

3. Dispositivo

Ante o exposto, INDEFIRO A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA requerida por Nághela Gonçalves de Moura.

Intimem-se.

Cite-se a UNIÃO para, querendo, oferecer resposta no prazo legal.

Expedientes necessários.

Juazeiro do Norte, Ceará, 9 de outubro de 2013.

Penso serem irretocáveis os argumentos transcritos, razão pela qual os adoto integralmente como fundamento desta decisão.

O direito à saúde assegurado constitucionalmente não garante o acesso a toda e qualquer forma de minoração dos problemas e limitações que atingem os deficientes físicos.

Na realidade, devem ser observados os ditames trazidos nas normas específicas, não podendo o Poder Judiciário substituir o legislador ou o gestor público nessas questões.

Na hipótese dos autos, consoante devidamente fundamentado no juízo monocrático, verifica-se que não há direito subjetivo ao fornecimento de cães-guias para todos os deficientes visuais.

Ante o exposto, confirmando a decisão recorrida pelos próprios fundamentos, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0800114-
36.2014.4.05.0000 (PJe)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Agravante: ALEXANDRE DE CASTRO NASCIMENTO
Agravada: UNIÃO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. TATIANE BRITO DE OLIVEIRA E OUTRO (AGRTE.)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. MILITAR. AÇÃO ORDINÁRIA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PROCESSO DISCIPLINAR. PRÓPRIO NACIONAL RESIDENCIAL. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE GUARDAR SILÊNCIO EM DETERMINADO HORÁRIO. EXPULSÃO DA UNIDADE HABITACIONAL, SOB PENA DE MULTA DE 10 (DEZ) VEZES O VALOR PAGO PELO USO DO BEM. IMPOSIÇÃO DE MULTA MENSAL, DE GRANDE ONEROSIDADE, PELA INOBSERVÂNCIA DA OBRIGAÇÃO. PERMANÊNCIA DO MILITAR. ORDEM DE PRISÃO POR 8 (OITO) DIAS. EXCESSIVIDA-

DE DAS SANÇÕES. DECLARAÇÃO DE 100 (CEM) RESIDENTES DA UNIDADE MILITAR EM FAVOR DO AUTOR. APRESENTAÇÃO DE DESCULPAS FORMAIS AOS DOIS MILITARES QUE SE SENTIRAM OFENDIDOS PELO INCÔMODO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CONCESSÃO DE LIMINAR PARA SUSPENSÃO DAS PENAS, ATÉ O JULGAMENTO DE MÉRITO DA AÇÃO DE CONHECIMENTO. DIREITO À MORADIA. PROTEÇÃO DA UNIDADE FAMILIAR DE BAIXA RENDA. SUSPENSÃO DAS PENAS. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO PREJUDICADO. RECURSO PROVIDO.

- ALEXANDRE DE CASTRO NASCIMENTO, Primeiro-Sargento da Aeronáutica, lotado no Segundo Comando Aéreo Regional - COMAR2, narra que realizou o aniversário de sua esposa no dia primeiro de junho de 2013 na área comum do bloco 09 do Próprio Nacional Residencial, inobservando o dever de “guardar o silêncio no período compreendido entre 22h e 6h do dia seguinte”, nos termos do ICA 12-20/2012, item 6.2.1, alínea g e os incisos II, VIII e X, do art. 22, do Estatuto da Associação de Permissionários do Conjunto Habitacional SGT Walder Xavier de Lima. Esse fato motivou um procedimento administrativo disciplinar a concluir pela aplicação da pena de expulsão da unidade residencial, sob pena de multa equivalente a 10 vezes o valor pago pela moradia.

- Ao contrário do defendido pelo militar, a sanção de desocupação do Próprio Nacional Residencial da Aeronáutica não constitui uma hipótese normativa estranha à legislação de regência, pois o item 7.2 da Rescisão do Termo de Uso é expresso ao consignar que ele será automaticamente rescindido se o ocupante “deixar de

cumprir com os deveres de permissionário (item 6.2.1)”, conforme alínea g.

- Sem embargo do exposto, ainda que ausente a verossimilhança do direito, reverenciando o princípio da fungibilidade recursal, sob o prisma de medida liminar, resta presente a fumaça do bom direito na tese de desproporcionalidade da sanção. Mira-se, ainda, a garantia da eficácia de uma eventual tutela meritória favorável ao autor.

No tangente ao perigo da demora, sobressai a necessidade de proteção do núcleo familiar em face da gravidade das penas controvertidas.

- Primeiro, sobressai dos autos que o autor logrou obter dois abaixo-assinados, a totalizar 100 (cem) signatários, com a seguinte declaração: “DECLARAMOS PARA FINS DE PROVA JUNTO À JUSTIÇA FEDERAL DE PERNAMBUCO, SOB AS PENAS DA LEI, QUE SOMOS MORADORES DO BLOCO 09 DA QUADRA ‘B’ E DE SEUS BLOCOS CIRCUNVIZINHOS PERTENCENTES À VILA DA AERONÁUTICA WALDER XAVIER DE LIMA, SITUADA NA AV. ARMINDO MOURA 581 - BOA VIAGEM - RECIFE/PE E QUE A COMEMORAÇÃO REALIZADA PELO SARGENTO ALEXANDRE DE CASTRO NASCIMENTO, NA ÁREA COMUM DE SEU PRÉDIO, NA NOITE DO DIA 01/06/2013 NÃO NOS TROUXE, COMO MORADORES E PERMISSIONÁRIOS DO CONJUNTO RESIDENCIAL SUSOMENCIONADO, NENHUM TRANSTORNO, INCÔMODO OU DESASSOSSEGO, TOCANTE AO SILÊNCIO, LAZER OU NOSSO SONO E DE NOSSOS FAMILIARES, E, TAMBÉM, QUE A REALIZAÇÃO DE COMEMORAÇÕES/REUNIÕES NAS ÁREAS COMUNS DOS PRÉDIOS SÃO FREQUENTES E DE ACEITAÇÃO DE TODOS”. Ver Docs. 16, parte 1 e 2.

- Diante dessa prova documental, a expulsão da unidade residencial militar, pela inobservância do dever de silêncio entre as 22h e as 6h do dia se-

guinte, feriria tanto o princípio da proporcionalidade, quanto o da isonomia, porquanto o som gerado pela festividade de aniversário não seria fato anômalo à realidade fática cotidiana do Próprio Nacional Residencial da Aeronáutica ou, ainda que tenha sido, não se caracterizou como de grande volume de decibéis.

- Ademais, o intuito pedagógico da reprimenda já foi alcançado – sem afastar a possibilidade de comutação da expulsão em sanção diversa –, pois o autor respondeu a procedimento administrativo militar e enviou duas cartas de desculpas formais a dois outros oficiais que se sentiram incomodados. Ver pedidos de retratação. Ademais, foi determinada a sua prisão por 8 dias, com serviço, por não ter desocupado a unidade, fato que apenas não ocorreu em virtude da atuação do Poder Judiciário.

- Frisa-se, ainda, o aspecto da proteção familiar. Segundo o autor, ele e seus dependentes não possuem outros familiares na cidade, sem poder se socorrer de outra moradia. Ademais, por não ter devolvido o imóvel, foi-lhe aplicada uma multa mensal de R\$ 1.529,00 (mil, quinhentos e vinte e nove reais).

- Reverenciando-se o direito fundamental à moradia e se observando que a sanção pecuniária corresponde, aproximadamente, à metade do rendimento total auferido pelo militar, a imposição das penas traria consequências praticamente irreversíveis para ele e sua família, até a conclusão da ação de conhecimento.

- Nesse sentido caminhou o parecer do MPF, do qual se extrai o seguinte fundamento: Merece, também, destaque esse fundamento ministerial: “Em princípio, os elementos que instruem este feito demonstram plausibilidade do direito do agravante. As sanções parecem excessivas, desproporcionais ao fato que as gerou. Não se igno-

ra que aos militares se aplica regime jurídico próprio (no caso dos servidores militares federais, contido principalmente no Estatuto dos Militares – Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980), mas sem se perder de vista a ordem constitucional que a todos rege. Esta prevê expressamente o princípio da proporcionalidade (art. 37, caput) e, de modo implícito, como subprincípio derivado daquele, a razoabilidade dos atos administrativos”.

- Agravo de instrumento provido. Agravo regimental da União prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicado o agravo regimental da União, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 5 de junho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

ALEXANDRE DE CASTRO NASCIMENTO interpõe agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, contra decisão denegatória da lavra do MM. Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, da 7ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, proferida na Ação Ordinária nº 0803259-66.2013.4.05.8300.

Na qualidade de Primeiro-Sargento da Aeronáutica, lotado no Segundo Comando Aéreo Regional - COMAR2, narra que realizou o aniversário de sua esposa no dia primeiro de junho de 2013 na área comum do bloco 09 do Próprio Nacional Residencial, inob-

servando o dever de “guardar o silêncio no período compreendido entre 22h e 6h do dia seguinte”, nos termos do ICA 12-20/2012, item 6.2.1, alínea g e os incisos II, VIII e X do art. 22 do Estatuto da Associação de Permissionários do Conjunto Habitacional SGT Walder Xavier de Lima. Esse fato motivou um procedimento administrativo disciplinar a concluir pela aplicação da pena de expulsão da unidade residencial, sob pena de multa equivalente a 10 vezes o valor pago pela moradia.

O prazo para o cumprimento da obrigação de fazer encerrou-se em 22 (vinte e dois) de outubro de 2013.

Alega-se que a sanção não estaria prevista legalmente e, alternativamente, se apresenta desproporcional. Ele salienta, ainda, não ter condições de residir em outro imóvel e a sanção pecuniária lhe subtrairia metade dos rendimentos. Foi deferida monocraticamente liminar em favor do autor.

Agravo regimental da União.

Contraminuta nos autos.

Parecer do MPF pelo provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Preliminarmente, não conheço da tese de ilegitimidade passiva da União, pois não integra o decisório de primeiro grau.

Realmente, a devolutibilidade recursal no agravo de instrumento tem seus limites traçados pelos pontos relativos à matéria e material probatório efetivamente apreciados pelo magistrado de primeiro grau.

Não cabe, portanto, o exame de alegações estranhas ao corpo do decisório, em reverência ao princípio do juiz natural, sob pena de supressão de instância, ainda que elas tenham feição de questão de ordem pública, porquanto aquele postulado, de índole constitucional, tem maior envergadura por sua força coesiva para o ordenamento jurídico.

Colaciono os seguintes arestos nessa linha de entendimento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISPENDÊNCIA. MATÉRIA ESTRANHA AO DECISÓRIO DE PRIMEIRO GRAU. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. RECURSO DESPROVIDO.

1 - A TELEMAR NORTE LESTE S/A interpõe agravo de instrumento contra decisão da 3ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, proferida na Ação Civil Pública nº 2008.82.00.006788-7, a de declinação de competência para dirimir a controvérsia em favor da 2ª Vara, com base na hipótese de conexão.

2 - A empresa agravante defende a tese de litispendência, não a de conexão, a impor a extinção, sem resolução de mérito, daquela ação ajuizada por último, qual seja, a que se vincula ao presente recurso.

3 - A leitura rigorosa da contestação da TELEMAR apresentada nos autos da ação civil pública não deixa dúvidas de a questão estar sendo suscitada diretamente perante o Tribunal.

4 - A devolutibilidade recursal no agravo de instrumento tem seus limites traçados pelos pontos relativos à matéria efetivamente apreciados pelo magistrado de primeiro grau.

5 - Não cabe à instância recursal apreciar, em sede de agravo de instrumento, matéria que extrapola os limites impostos pelo decisório, por não ter sido objeto de exame prévio pelo magistrado de primeiro grau, ainda que ela tenha natureza de ordem pública, em reverência à garantia do juiz natural consagrada na Constituição Federal, postulado de maior envergadura por sua força coesiva para o ordenamento jurídico.

6 - Precedentes: AGA 20090500095956401, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 - Primeira Turma, 25/02/2010; TRF da 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 87.498-PB, relator o Desembargador Federal José Maria Lucena, Primeira Turma, unânime, julgado em 02.07.2009, DJ de 31.07.2009; AG 200705000888627, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 - Terceira Turma, 08/12/2008.

7 - Fixada essa premissa, cabe à TELEMAR suscitar a questão junto à 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, órgão para o qual foi remetida a Ação Civil Pública nº 2008.82.00.006788-7, com base na conexão de feitos, e não via agravo de forma direta para esta e. Corte, remanescendo, cumpre ressaltar, por se tratar de eventual questão de ordem pública, a possibilidade de análise da questão de ofício pelo magistrado ora competente.

Agravo de instrumento desprovido. [grifei]

(Agravo de Instrumento nº 103.364/PB, relator o Desembargador Federal Convocado Bruno Leonardo Câmara Cará, Primeira Turma, unânime, julgado em 27.01.2011, DJe de 04.02.2011, com baixa definitiva)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, PARÁGRAFO 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, INTERPOSTO DECISÃO DE RELATOR, NEGOU SEGUIMENTO AO REFERIDO RECURSO, PORQUE O PEDIDO PARA A MANUTENÇÃO DO BLOQUEIO, AO MENOS, DE CINQUENTA POR CENTO DO VALOR DEPOSITADO EM CONTA CORRENTE, NÃO HAVIA SIDO OBJETO DE PRONUNCIAMENTO NO PRIMEIRO GRAU, E QUALQUER JULGAMENTO DESTE TRIBUNAL SOBRE A MATÉRIA, CONSTITUIRIA SUPRESSÃO NÃO AUTORIZADA DE INSTÂNCIA.

1. O ato objeto do agravo de instrumento deferiu liminar em mandado de segurança, determinando o desbloqueio de valores depositados na conta corrente 10.798-6, agência 1233-5, Banco do Brasil, pertencente ao agravado, juntamente com um dos seus filhos.

2. No agravo de instrumento, a ANS postula que seja mantida a indisponibilidade, ao menos, da metade dos valores depositados, que, em tese, pertenceriam ao agravado.

3. Caberia à recorrente postular, primeiro, perante o juízo de primeiro grau, que o desbloqueio se limitasse à metade dos valores depositados, mantendo a indisponibilidade da outra metade. Se, acaso, negado, aí sim, caberia, em tese, o agravo de instrumento.

4. A devolutibilidade no agravo de instrumento não é da mesma amplitude encontrada na apelação. O agravo de instrumento devolve ao tribunal tão somente a matéria objeto da decisão agravada.

5. Qualquer pronunciamento judicial desta Corte a

respeito do desbloqueio de cinquenta por cento constituiria supressão não autorizada de instância e violação ao princípio do juízo natural.

6. Improvimento do agravo inominado. [Grifei]

(AGIAG 0017052812010405000001, Desembargador Federal Vladimir Carvalho, TRF5 - Terceira Turma, 30/03/2011)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO NEGATIVA DE SEGUIMENTO. ART. 527, I, C/C O ART. 557 DO CPC. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO EM GRAU MONOCRÁTICO ACERCA DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA IMPEDE, EM SEGUNDO GRAU, A APRECIÇÃO DO RECURSO SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Trata-se de agravo regimental em que a parte agravante insurge-se contra a decisão monocrática recursal que negou seguimento ao agravo, em face da ausência de pronunciamento do Juízo de origem sobre o pedido de assistência do ora agravante, tornando, portanto, incabível a sua apreciação em segundo grau, sob pena de supressão de instância.

2. Na hipótese dos autos, não houve análise do Juízo de origem sobre o petitório, apenas tal juízo fez menção, no despacho de fl. 110 dos autos originais, de decisão em Tribunal superior.

3. Agravo regimental não provido.

(AGA 20090500095956401, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 - Primeira Turma, 25/02/2010)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH. IMÓVEL. SINISTRO. PAGAMENTO DE ALUGUEL E TAXAS CONDOMINIAIS DO MUTUÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, CONSTRUTORA E SEGURADORA. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. MATÉRIA ESTRANHA AO DECISÓRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA SECUNDÁRIA/ACESSÓRIA. INOCORRÊNCIA. FALTA DE PROVA DE AMEAÇA DE DESMORONAMENTO. NEXO CAUSAL EXTERNO. QUESTÕES DA SEARA PROBATÓRIA. REPARAÇÃO DO BEM, CUMULADA COM PLEITO INDENIZATÓRIO. REJEIÇÃO DA TESE DE EXTRAPOLAMENTO DOS LIMITES DA TUTELA ANTECIPADA. RECURSO IMPROVIDO.

[omissis]

3 - O ventilado transcurso do lustro prescricional não foi questão abordada no decisório de primeiro grau e, a despeito de se apresentar como matéria de ordem pública, a jurisprudência desta Corte entende ser imprópria a sua análise diretamente pela instância superior, sob pena de afronta ao princípio do juiz natural e ao da congruência, pelo qual a impugnação há de se ater especificamente aos fundamentos da decisão recorrida, notadamente em sede de agravo de instrumento. Não conhecimento da tese, sob pena de supressão de instância.

[omissis]

(TRF da 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 87.498-PB, relator o Desembargador Federal José Maria Lucena, Primeira Turma, unânime, julgado em 02.07.2009, DJ de 31.07.2009)

Superado esse ponto, avanço no mérito, não acolhendo a tese do agravante de a sanção de desocupação do Próprio Nacional Residencial da Aeronáutica não constituir uma hipótese normativa estranha à legislação de regência, pois o item 7.2 da Rescisão do Termo de Uso é expresso ao consignar que ele será automaticamente rescindido se o ocupante “deixar de cumprir com os deveres de permissionário (item 6.2.1)”, conforme alínea g.

Sem embargo do exposto, ainda que ausente a verossimilhança do direito, reverenciando o princípio da fungibilidade recursal, sob o prisma de medida liminar, julgo presente a fumaça do bom direito na tese de desproporcionalidade da sanção. Miro, ainda, na garantia da eficácia de uma eventual tutela meritória favorável ao autor. No tangente ao perigo da demora, sobressai a necessidade de proteção do núcleo familiar em face da gravidade das penas controvertidas. Passo a explicitar melhor.

Primeiro, sobressai dos autos que o autor logrou obter dois abaixo-assinados, a totalizar 100 (cem) signatários, com a seguinte declaração: “DECLARAMOS PARA FINS DE PROVA JUNTO À JUSTIÇA FEDERAL DE PERNAMBUCO, SOB AS PENAS DA LEI, QUE SOMOS MORADORES DO BLOCO 09 DA QUADRA ‘B’ E DE SEUS BLOCOS CIRCUNVIZINHOS PERTENCENTES À VILA DA AERONÁUTICA WALDER XAVIER DE LIMA, SITUADA NA AV. ARMINDO MOURA 581 - BOA VIAGEM - RECIFE/PE E QUE A

COMEMORAÇÃO REALIZADA PELA O SARGENTO ALEXANDRE DE CASTRO NASCIMENTO, NA ÁREA COMUM DE SEU PRÉDIO, NA NOITE DO DIA 01/06/2013 NÃO NOS TROUXE, COMO MORADORES E PERMISSIONÁRIOS DO CONJUNTO RESIDENCIAL SUSOMENCIONADO, NENHUM TRANSTORNO, INCÔMODO OU DESASSOSSEGO, TOCANTE AO SILÊNCIO, LAZER OU NOSSO SONO E DE NOSSOS FAMILIARES, E, TAMBÉM, QUE A REALIZAÇÃO DE COMEMORAÇÕES/REUNIÕES NAS ÁREAS COMUNS DOS PRÉDIOS SÃO FREQUENTES E DE ACEITAÇÃO DE TODOS”. Ver Docs. 16, parte 1 e 2. Diante dessa prova documental, se me parece que a expulsão da unidade residencial militar, pela inobservância do dever de silêncio entre as 22h e as 6h do dia seguinte, feriria tanto o princípio da proporcionalidade, quanto o da isonomia, porquanto o som gerado pela festividade de aniversário não seria fato anômalo à realidade fática cotidiana do Próprio Nacional Residencial da Aeronáutica ou, ainda que tenha sido, não se caracterizou como de grande volume de decibéis.

Ademais, tenho que o intuito pedagógico da reprimenda já foi alcançado – sem afastar a possibilidade de comutação da expulsão em sanção diversa –, pois o autor respondeu a procedimento administrativo militar e enviou duas cartas de desculpas formais a dois outros oficiais que se sentiram incomodados. Ver Pedidos de Retratação. Mais relevante, ainda, foi-lhe imposta a pena de prisão por 8 dias, com serviço, por não ter desocupado a unidade, cf. Nota de Punição0001.pdf., fato que apenas não ocorreu em virtude da atuação do Poder Judiciário.

Por fim, friso que o aspecto da proteção familiar. Segundo o autor, ele e seus dependentes não possuem outros familiares na cidade, sem poder se socorrer de outra moradia. Ademais, por não ter devolvido o imóvel, foi-lhe aplicada uma multa mensal de R\$ 1.529,00 (mil, quinhentos e vinte e nove reais).

Ora, reverenciando o direito fundamental à moradia e observando que a sanção pecuniária corresponde, aproximadamente, à metade do rendimento total auferido pelo militar (Doc. 3.pdf), julgo que a imposição das penas traria consequências praticamente irreversíveis para ele e sua família, até a conclusão da ação de conhecimento.

Nesse sentido, aliás, caminhou o parecer do ilustre Procurador Regional da República Wellington Cabral Saraiva, a entender que as penas são excessivas. Passo a transcrever a ementa do opinativo:

ADMINISTRATIVO MILITAR E PROCESSUAL CIVIL. EXPULSÃO DE CONJUNTO HABITACIONAL (PRÓPRIO RESIDENCIAL NACIONAL DA AERONÁUTICA). RISCO DE IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA. NECESSIDADE DE MANTER-SE O EFEITO SUSPENSIVO ATIVO DO AGRAVO ATÉ JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL.

Há prova inequívoca de pesar contra o agravante ordem para deixar imóvel no qual reside com a família, conforme boletim de informações pessoais e notificação extrajudicial. Também há fundado e evidente receio de dano irreparável e de difícil reparação, pois o recorrente está na iminência de ser despejado.

Contra ele foram ainda decretados ordem de prisão por oito dias, com prestação de serviços, e desconto automático, no soldo, de multa fixada em dez vezes o valor pago pela moradia, montante que corresponde à metade de sua renda mensal.

Em princípio, a prova demonstra plausibilidade do direito do agravante. As sanções parecem excessivas, desproporcionais ao fato que as gerou. Aos militares se aplica regime jurídico próprio (Estatuto dos Militares – Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980), mas sem se perder de vista a ordem constitucional.

Esta prevê expressamente o princípio da proporcionalidade (art. 37, *caput*) e, de modo implícito, como subprincípio derivado, a razoabilidade dos atos administrativos.

Presentes os requisitos do art. 273 do CPC, deve manter o efeito suspensivo substitutivo à decisão interlocutória que negara o provimento jurisdicional antecipatório, até julgar-se o litígio na instância de origem.

Parecer pelo provimento do recurso.

Merece, também, destaque esse fundamento ministerial: “Em princípio, os elementos que instruem este feito demonstram plausibilidade do direito do agravante. As sanções parecem excessivas, desproporcionais ao fato que as gerou. Não se ignora que aos militares se aplica regime jurídico próprio (no caso dos servidores militares federais, contido principalmente no Estatuto dos Militares

- Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980), mas sem se perder de vista a ordem constitucional que a todos rege. Esta prevê expressamente o princípio da proporcionalidade (art. 37, *caput*) e, de modo implícito, como subprincípio derivado daquele, a razoabilidade dos atos administrativos”.

Por tais fundamentos, julgo prejudicado o agravo regimental da União e dou provimento ao agravo de instrumento para deferir liminar substitutiva na Ação Ordinária nº 0803259-66.2013.4.05.8300 de modo a suspender qualquer sanção contra Alexandre de Castro Nascimento, ressalvado fato estranho à lide, até o julgamento de mérito.

Assim voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0801287- 95.2014.4.05.0000 (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Agravante: UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
Agravado: ADEMAR CANDIDO SIMÕES LINS
Adv./Proc.: DRA. IVANA LUDMILLA VILLAR MAIA (AGRDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO ATACANDO DECISÃO QUE ACATA LIMINAR, EM MANDADO DE SEGURANÇA, DETERMINANDO O RETORNO DO PAGAMENTO DA DIFERENÇA ENTRE OS VENCIMENTOS DA CLASSE DE PROFESSOR ADJUNTO PARA A DE PROFESSOR TITULAR, EM FACE DE A AUTORIDADE COATORA POR FORÇA DE NOTA TÉCNICA, HAVER DETERMINADO O PAGAMENTO DA DIFERENÇA PARA OS VENCIMENTOS DE PROFESSOR ASSOCIADO, EM DECORRÊNCIA DE ALTERAÇÃO NA CLASSIFICAÇÃO DE PROFESSORES.

- Rejeição do argumento da decadência. O remédio heroico não é impetrado contra a nota téc-

nica referida, mas contra a supressão da vantagem aludida, levando em conta que o prazo se restabelece a cada mês em que o pagamento dos proventos do agravado, por parte da agravante, se opera. Por outro lado, a presença ou ausência de contraditório, no caso, em nada fortalece o ato administrativo, porque não é a defesa do servidor, tido como prejudicado, que, não acatada, vai pintar de legalidade a supressão efetuada e combatida.

- O agravado foi aposentado como professor adjunto, passando a perceber, por força de lei, a diferença proveniente da classe de professor titular, que lhe era, à época, a classe imediatamente superior. Nesta situação, não haveria como a sua vizinhança com a classe de professor titular ser excluída, doravante, por estar albergada pelos princípios do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

- Quando a norma alterou a classificação da classe dos docentes, para incluir, entre o professor adjunto e o professor titular, a classe do professor associado, não poderia o Administrador alterar a situação do agravado, que deveria ser mantida na mesma forma do tempo em que foi aposentado. A norma, então, seria aplicada ao professor adjunto que, na vigência da alteração, alcançasse a aposentadoria, ficando a perceber a diferença dos proventos da classe imediatamente superior, que é a de professor adjunto.

- Mas, com relação aos professores, aposentados antes da modificação referida, há de ser respeitado o direito de ter, sempre, a vizinhança mais imediata com a classe do professor titular, sob pena de serem feridos os princípios já declinados.

- A essa situação não se invoca, como escudo, a inexistência de direito a regime jurídico, porque está em jogo apenas a manutenção de vantagem

que a Lei 8.112, de 1990, assegurou ao apelado, sem que o regime jurídico – que permanece o mesmo, aliás – tivesse sofrido qualquer mudança.

- O decisório atacado, ao consagrar, em nível de liminar, a manutenção do pagamento, da forma como era procedido anteriormente, deve ser plenamente mantido, até o julgamento, em definitivo, do mandado de segurança em tramitação.

- Improvimento do agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, vencido o Des. César Arthur Cavalcanti de Carvalho, convocado.

Recife, 27 de maio de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Trata-se de agravo de instrumento, proposto pela Universidade Federal da Paraíba, contra decisão que acata liminar, em sede de Mandado de Segurança, determinando que o impetrado restabeleça os valores anteriormente pagos, a título de “*Dif. Prov. Art. 192, inc. I, da Lei nº 8.122/90*”, até o julgamento final desta demanda.

Alega a agravante que o Poder Judiciário, conforme a Súmula 339, não pode determinar o aumento de remuneração de servidores públicos, e que não há previsão legal que autoriza direito adquirido a regime jurídico de servidores inativos, sendo assim, o pedido da autora deve ser indeferido.

Destarte, afirma o recorrente que por estes motivos há violação aos art. 2º, 5º, inc. XXXVI, e 37, *caput*, da Constituição Federal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

O r. decisório atacado, em concedendo a liminar em autos de mandado de segurança, fez restabelecer, provisoriamente, os valores anteriormente pagos, a título de “DIF. PROV. ART. 192, INC I, L. 8.112, até o julgamento final desta demanda.

Contra essa decisão, se volta a agravante, articulando a presença de decadência, em face da Nota Técnica 188, de 2012, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, atroando, ainda, a existência de contraditório, a legalidade da supressão da rubrica, e, enfim, a inexistência de direito adquirido a regime jurídico.

A decadência não se verifica. O remédio heroico não é imetrado contra a nota técnica referida, mas contra a supressão da vantagem aludida, levando em conta que o prazo se restabelece a cada mês em que o pagamento dos proventos do agravado, por parte da agravante, se opera.

A presença ou ausência de contraditório, no caso, em nada fortalece o ato administrativo, porque não é a defesa do servidor, tido como prejudicado, que, não acatada, vai pintar de legalidade a supressão efetuada e combatida.

A legalidade da supressão da rubrica merece exame maior.

O agravado foi aposentado como professor adjunto, passando a perceber, por força de lei, a diferença proveniente da classe de professor titular, que lhe era, à época, a classe imediatamente superior. Nesta situação, não haveria como a sua vizinhança com a classe de professor titular ser excluída, doravante, por estar albergada pelos princípios do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Quando a norma alterou a classificação da classe dos docentes, para incluir, entre o professor adjunto e o professor titular, a classe do professor associado, não poderia o Administrador alterar a situação do agravado, que deveria ser mantida na mesma forma do tempo em que foi aposentado. A norma, então, seria aplicado ao professor adjunto que, na vigência da alteração, alcan-

çasse a aposentadoria, ficando a perceber a diferença dos proventos da classe imediatamente superior, que é a de professor adjunto.

Mas, com relação aos professores, aposentados antes da modificação referida, há de ser respeitado o direito de ter, sempre, a vizinhança mais imediata com a classe do professor titular, sob pena de serem feridos os princípios já declinados.

A essa situação não se invoca, como escudo, a inexistência de direito a regime jurídico, porque está em jogo apenas a manutenção de vantagem que a Lei 8.112, de 1990, assegurou ao apelado, sem que o regime jurídico – que permanece o mesmo, aliás – tivesse sofrido qualquer mudança.

O decisório atacado, ao consagrar, em nível de liminar, a manutenção do pagamento, da forma como era procedido anteriormente, deve ser plenamente mantido, até o julgamento, em definitivo, do mandado de segurança em tramitação.

Por este entender, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 0801326-92.2014.4.05.0000 (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
(PRESIDENTE)
Agravante: MUNICÍPIO DE PALMEIRA DOS ÍNDIOS (AL)
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. MARCOS GUERRA COSTA (AGRTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO DA INAUGURAÇÃO DE UNIDADE PRONTO ATENDIMENTO - UPA. RISCO DE GRAVE LESÃO À SAÚDE PÚBLICA. DEMONSTRAÇÃO. HIPÓTE-

SE QUE JUSTIFICA A CONCESSÃO DA CONTRACAUTELA POLÍTICA. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

- Ação civil pública proposta pelo MPF em face do Município de Palmeira dos Índios/AL e da União, no intuito de obter provimento jurisdicional que proibisse a transferência da gestão da Unidade de Pronto Atendimento a uma organização social, sob o argumento da inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98.

- Tutela antecipada na qual o Juízo determinou que se suspendesse a inauguração da UPA, bem como a realização de qualquer medida que desse continuidade à transferência da gestão da Unidade de Pronto Atendimento a qualquer entidade privada.

- Instalação de unidade cuja importância rendeu ensejo até à propositura de uma ação civil pública precedente, por parte do Ministério Público do Estado de Alagoas, que tinha por escopo, precisamente, compelir o Município de Palmeira dos Índios a colocá-la em funcionamento.

- Modelo praticado em diversos Estados brasileiros, a exemplo de Pernambuco, onde uma das unidades da capital, no bairro da Imbiribeira – também gerida pelo Instituto Pernambucano de Assistência e Saúde, encarregado da UPA de Palmeira dos Índios/AL – foi recomendada à Organização Nacional de Acreditação (ONA) como instituição de excelência em atendimento.

- Cotejo de informações que não deixa dúvidas do impacto positivo produzido no âmbito municipal, reduzindo, significativamente, a sobrecarga da rede hospitalar ali existente, com o atendimento de uma média de 8.000 pessoas por mês.

- Risco de grave lesão à saúde pública que resulta transparente, razão pela qual a suspensão da tutela antecipada é medida que se impõe, parecendo temerário, a esta altura, qualquer movi-

mento no sentido de conduzir o Município à situação anterior, na qual “a tensão era tanta que os pacientes chegavam a agredir funcionários dos órgãos”, tal qual relatou a Promotora de Justiça da comarca.

- Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que pas- sam a integrar o presente julgado.

Recife, 11 de junho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - Relator Presidente

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS (Presidente):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão com que suspendi a tutela antecipada por meio da qual o il. Juízo da 8ª Vara Federal de Alagoas, nos autos da Ação Civil Pública nº 08000049-94.2014.4.05.8001, determinou, dentre outras providências, que se suspendesse a inauguração da Unidade de Pronto Atendimento do Município de Palmeira dos Índios/AL, então prevista para o dia 28 de março de 2014.

O recorrente se insurge contra a medida adotada por esta presidência, sob o argumento de que a contracautela política somente teria lugar diante da perspectiva de grave dano, “*que não é outro senão aquele que, pela potencialidade de produzir o caos, exige um remédio amargo para manter a normalidade política*”.

Alerta que a recorrida, uma vez concluída a obra, passou cerca de três anos sem adotar qualquer medida para fazer funcionar a UPA, fato esse que, aliás, não acarretou qualquer sintoma de caos no âmbito da saúde pública, apesar dessa terrível mora.

Ressalta, ainda, não haver qualquer impedimento a que a UPA funcione através de uma gestão levada a efeito pela Administração Direta, a qual poderia, diante das circunstâncias e pelo período necessário à realização de concurso público para o recrutamento de servidores, valer-se do regime especial de contratação temporária, albergado no art. 37, IX, da CF/88.

Chama a atenção, por fim, para a existência de dano reverso, caso a gestão da Unidade de Pronto Atendimento seja realizada pelo IPAS – Instituto Pernambucano de Assistência à Saúde –, que já deu mostras de total irresponsabilidade com a saúde pública, tendo sido afastado, no Estado do Mato Grosso, da gerência de vários hospitais públicos em razão da utilização de medicamentos com prazo de validade vencido.

Requer, por conseguinte, a reconsideração do *decisum* ou, quando não, a apreciação do recurso pelo Pleno desta Corte, com o seu consequente provimento.

O agravante ainda trouxe aos autos vultosa documentação, no intuito de exemplificar as inúmeras mazelas atribuídas a organizações sociais encarregadas da gestão de unidades de pronto atendimento.

Em razão da juntada dos novos documentos, determinei a abertura de vista ao agravado, em respeito à cláusula constitucional do contraditório.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS (Relator Presidente):

O Ministério Público Federal propôs ação civil pública em face do Município de Palmeira dos Índios/AL e da União, no intuito de obter provimento jurisdicional que proibisse a transferência da gestão da Unidade de Pronto Atendimento a uma organização social, sob o argumento da inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98.

Segundo consta dos autos, o município, no exercício de ação discricionária de governo, optou pelo contrato de gestão com uma organização social, uma vez que se trataria do meio mais adequa-

do ao atendimento do interesse público, com ênfase na eficiência e na economia. Essa escolha baseou-se na Lei Municipal nº 1.868/2011, que mantém identidade com a referida Lei nº 9.637/98.

Eleita a modalidade de gestão, a municipalidade deu início ao procedimento licitatório com a finalidade de escolha da entidade que iria promover a gestão do funcionamento da UPA.

Nesse ínterim, foi o município instado, pelo Ministério Público Federal, a apresentar uma série de documentos, inclusive a cópia do procedimento licitatório, ocasião em que a digna representante do *Parquet* recomendou a suspensão do curso do procedimento de escolha da entidade que iria gerir a UPA, em razão da suposta inconstitucionalidade da já citada Lei Federal nº 9.637/98.

Conquanto tenha apresentado todos os documentos requisitados, o ente federativo informou ao MPF que não atenderia à recomendação, por considerar perfeitamente constitucional a providência de se delegar a gestão a uma organização social, quando nem mesmo se tratava de privatização de entidade de saúde pública em funcionamento, mas de utilização de prédio público nunca utilizado, para fins de funcionamento de unidade de atendimento a ser executada por entidade sem fins lucrativos, escolhida por meio de procedimento licitatório e submetida a fiscalização.

Com o prosseguimento da licitação, sagrou-se vencedor o Instituto Pernambucano de Assistência e Saúde – IPAS –, sendo o contrato firmado em 10 de fevereiro de 2014 e publicado no dia 17 do mesmo mês.

Concluídas as providências necessárias ao funcionamento da Unidade de Pronto Atendimento, foi marcada a inauguração para o dia 28 de março de 2014, o que acabou não ocorrendo, por força da decisão proferida na Ação Civil Pública nº 08000049-94.2014.4.05.8001, cujo dispositivo se acha vazado nos seguintes termos:

21. Isto posto, DEFIRO PARCIALMENTE a liminar requerida pelo Ministério Público Federal nos seguintes termos:

Determino que o Município de Palmeira dos Índios/AL se abstenha de realizar qualquer medida que dê continuidade à transferência da gestão da Unidade de Pronto Atendimento a qualquer entidade privada;

Determino a **SUSPENSÃO** do contrato de gestão firmado entre o Município de Palmeira dos Índios e a organização social IPAS – Instituto Pernambucano de Assistência e Saúde – para organização e funcionamento da UPA de Palmeira dos Índios;

SUSPENDO IMEDIATAMENTE a inauguração da UPA, prevista para o dia 28 de março de 2014, devendo os oficiais de justiça garantirem com os meios legais essa medida, fazendo uso de força policial se for o caso;

Determino que a União se abstenha de realizar repasses para a manutenção e funcionamento da Unidade Pronto Atendimento até que a situação seja regularizada;

Imponho multa diária ao Município de Palmeira dos Índios e, pessoalmente, ao seu prefeito, em caso de descumprimento de qualquer das medidas acima discriminadas, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Não satisfeito, o município requereu a esta Presidência a suspensão da tutela antecipada acima transcrita, sob o argumento de que o ato judicial, ao impedir o funcionamento da unidade, acarretaria grave lesão à ordem e à saúde pública, tanto no âmbito municipal quanto na região circunvizinha.

Argumentou que a opção pelo modelo de gestão questionado pelo Procurador da República se deu em atenção a contingências de ordem econômica, dada a inexistência de condições financeiras para gerir diretamente a UPA, tampouco limite de gasto com pessoal capaz de suportar a nomeação de servidores efetivos para colocá-la em funcionamento. Por outro lado, elucidou que o gerenciamento por entidade pertencente ao chamado “terceiro setor” seria muito mais barato, considerando que essas entidades são desobrigadas de pagar o mesmo valor da remuneração dos servidores municipais; gozam de isenção patronal junto à Previdência Social; não sofrem com a burocracia inerente às licitações, que oneram a aquisição de insumos e material permanente.

Sustentou, por conseguinte, que o perigo da demora, na verdade, militaria em desfavor do pedido de antecipação de tutela, sendo inequívoco que a decisão judicial está sacrificando a população palmeirense com mais um longo período sem o atendimento na unidade.

Acolhendo essas ponderações, deferi o pedido de suspensão, destacando, na oportunidade, entender que a população palmeirense teria muito a perder com a protelação, por tempo indefinido, do início das atividades da Unidade de Pronto Atendimento, aperfeiçoando-se, dessarte, o risco de grave lesão à saúde pública a ensejar a contracautela política.

Feito esse necessário retrospecto, cumpre examinar-se o inconformismo do douto representante do *Parquet*, manifestado pelo agravo regimental ora em julgamento, o qual, embora calcado numa expressiva linha de argumentação, não logrou alterar minha visão sobre a questão posta à apreciação, como passo a demonstrar.

Inicialmente, ao contrário do que pretende o agravante, não desconheço quão excepcional deve ser a intervenção do Presidente do Tribunal por meio das suspensões de liminares. Na verdade, sempre tenho assentado que a medida suspensiva de que ora se trata, prevista – dentre outros dispositivos – no art. 4º da Lei nº 8.437/92, está adstrita à análise da ocorrência de aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos consagrados naqueles preceitos normativos, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

O legislador, à evidência, valeu-se do adjetivo “grave” justamente como forma de sublinhar a excepcionalidade da tutela suspensiva almejada, de modo que somente uma avaliação efetiva acerca da gravidade da lesão pode autorizar a concessão legítima da providência reclamada. Nesse sentido, elucidativo é o voto do ex-Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, no julgamento do AgR-gSS 432-DF, DJU 12.2.1993:

(...) é medida excepcional de contracautela, destinada à salvaguarda de relevantes interesses públicos sob risco iminente, na hipótese de execução, ainda que provisória, da ordem judicial. (...) O que a singulariza é, precisamente, que esses requisitos do *periculum in mora*, na suspensão de segurança, são qualificados. Não é qualquer risco que a justifica, não é qualquer possibilidade, não é, nem mesmo, a probabilidade de um risco qualquer: é apenas o risco de grave dano a interesses públicos relevantíssimos. (...)

Assentada essa premissa, continuo a ver a necessidade de suspensão da tutela antecipada concedida nos autos da ação civil pública, uma vez que o município logrou êxito em demonstrar que esse ato judicial, efetivamente, produziria grave lesão à saúde pública, ao inviabilizar a prestação de um serviço essencial à coletividade local, como é o caso do início das atividades da Unidade de Pronto Atendimento - UPA.

Vale ressaltar que a instalação da multicitada unidade, de tão importante para comunidade, rendeu ensejo até à propositura de uma ação civil pública precedente, por parte do Ministério Público do Estado de Alagoas, cujo objeto era, precisamente, compelir o Município de Palmeira dos Índios a colocar em funcionamento todos os serviços disponíveis e planejados para a UPA.

Nessa mesma demanda, que tramitou na 3ª Vara da Comarca de Palmeira dos Índios/AL, foi firmado termo de acordo por meio do qual o ente federativo comprometeu-se a pôr a unidade em operação até o dia 12 de abril de 2014, sob pena de pagar multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devida desde 27 de fevereiro de 2013 até a data em que a UPA efetivamente entrasse em funcionamento.

Assim, antes de acudir à presidência deste TRF, o município se encontrava em situação embaraçosa, pois, conquanto estivesse obrigado a cumprir termo de acordo subscrito perante o Poder Judiciário alagoano, viu-se, subitamente, compelido a suspender o início dos trabalhos, por conduto de tutela antecipada emanada da Justiça Federal. Situação que, se prevalecesse, provocaria grande perplexidade naqueles que deixariam de ser beneficiados pelo serviço público em apreço, malgrado o impasse pudesse ser explicado de um ponto de vista técnico-processual.

O agravante insiste em que não haveria impedimento a que a gestão da UPA fosse levada a efeito pela Administração Direta, sugerindo que o agravado poderia, durante o período necessário à realização de concurso público, valer-se do regime especial de contratação temporária, de que cuida o art. 37, IX, da CF/88. Não se dá conta, no entanto, de que o modelo adotado pelo município é aquele praticado em diversos Estados brasileiros, como é o caso de Pernambuco, tal qual se extrai, apenas a título de exemplo, de notícia publicada quatro anos atrás:

Estado seleciona Organização Social para administrar UPA do Curado

A Secretaria Estadual de Saúde (SES) está selecionando a Organização Social que administrará a Unidade de Pronto Atendimento (UPA) do Curado, em Jaboatão dos Guararapes, com inauguração prevista para maio. A participação está aberta para entidades jurídicas de direito privado e sem fins lucrativos. O processo de seleção pública foi autorizado pelo vice-governador e secretário de Saúde, João Lyra Neto. A Organização Social que for selecionada vai assinar o contrato por um ano e receberá um teto anual de R\$ 10,3 milhões para gerir os serviços. A entidade terá a missão de administrar toda a estrutura física, os equipamentos e os recursos humanos da UPA, que funcionará 24 horas por dia.

A organização também será avaliada trimestralmente pela SES e terá que cumprir metas quantitativas e qualitativas. (...)

Responsável pelo atendimento a pacientes de baixa e média complexidade, a UPA do Curado contará com cerca de 150 funcionários. A expectativa é que a unidade atenderá a uma média de até 500 pacientes por dia, com uma resolutividade de 95% dos caos. O edital para seleção de OS para as UPAs do Ibura e Casa Amarela deverá ser publicado no Diário Oficial até o fim deste mês.

CRONOGRAMA

Das 12 UPAs previstas para o Estado, três foram inauguradas e prestam um importante serviço aos pacientes de Olinda, Paulista e Igarassu. As próximas unidades a serem entregues à população são as da Imbiribeira, Caxangá e São Lourenço da Mata, todas previstas para o fim deste mês. As OSs que administram essas UPAs já foram selecionadas: **Instituto Pernambucano de Assistência à Saúde (UPA da Imbiribeira)**, Fundação Manuel da Silva Almeida (Caxangá) e Professor Martiniano Fernandes/Imp Hospitalar (São Lourenço da Mata). Em abril, ficará pronta a UPA dos Torrões/Recife, gerida pela Irmandade da Santa Casa de Misericórdia do Recife.

(Disponível em: <http://gov-pe.jusbrasil.com.br/politica/4637617/estado-seleciona-organizacao-social-para-administrar-upa-do-curado>>)

Da leitura do texto acima, depreende-se que o Instituto Pernambucano de Assistência e Saúde – vitorioso no procedimento licitatório para a escolha da entidade encarregada da UPA de Palmeira dos Índios/AL – vem a ser **a organização social responsável pela unidade localizada no bairro da Imbiribeira, na cidade do Recife/PE**. Trabalho esse que, ao que tudo indica, vem sendo desempenhado com notável competência, conforme se lê abaixo:

UPA da Imbiribeira torna-se Unidade de Excelência

Certificado de Acreditação de Excelência é atribuído pela primeira vez a uma UPA brasileira

Reconhecida pelo Ministério da Saúde como referência em urgência e emergência para o Brasil, a Unidade de Pronto Atendimento (UPA) da Imbiribeira foi recomendada à Organização Nacional de Acreditação (ONA) como instituição de excelência em atendimento. Após uma semana de auditoria, realizada por três profissionais da empresa mineira DNV, a instituição certificadora **concluiu que a unidade de saúde preenche todos os requisitos para se tornar a primeira UPA do Brasil creditada em nível três pela ONA.** Com esse resultado, a população pernambucana ganha mais uma garantia de que a UPA da Imbiribeira oferece o padrão de assistência das melhores instituições de saúde do Brasil.

A ONA é uma entidade sem fins lucrativos que atua nacionalmente com o objetivo de avaliar e certificar a qualidade dos serviços de saúde oferecidos no País.

Em três anos de atividade, a UPA da Imbiribeira já foi reconhecida pela instituição pela segurança oferecida aos usuários e profissionais, e pela prestação de serviços de saúde à comunidade. Desta vez, a certificação atribui à UPA conquista pioneira. **‘A integração dos gestores e o trabalho de toda a equipe com foco em um atendimento de qualidade são diferenciais da unidade. Esse constante trabalho de aperfeiçoamento, de integração, é o que resulta em um nível de excelência que nunca tinha**

sido atribuído a uma UPA antes’, afirma a médica e auditora da DNV, Eliana Quintão.

Única unidade brasileira com certificação de risco ISO 31000, a UPA da Imbiribeira atende cerca de 400 pessoas, diariamente, em Clínica Médica, Ortopedia e Pediatria. ‘Estar entre as 100 melhores empresas de saúde do Brasil é um grande orgulho para nossa equipe que trabalha diariamente para promover uma assistência à saúde segura e de qualidade para a população pernambucana,’ comemora a coordenadora geral da unidade, Cristiana Melo.

(Disponível em: <http://www.upaimbpe.org/2013/07/upa-da-imiribeira-torna-se-unidade-de-excelencia/>)

No mesmo sentido:

UPA Imbiribeira continua sendo uma das melhores empresas para se trabalhar em Pernambuco

Pela segunda vez, a UPA Imbiribeira é eleita uma das melhores empresas para se trabalhar em Pernambuco, conforme pesquisa do Instituto Great Place to Work (GPTW). O resultado do estudo foi divulgado ontem (25/9), em uma cerimônia realizada no JCPM Trade Center, na Zona Sul do Recife. O evento, que ocorre todos os anos, é promovido em parceria com a Associação Brasileira de Recursos Humanos (ABRH) e o Jornal do Comercio.

Essa é a segunda vez, apenas neste ano, que a UPA Imbiribeira é reconhecida. **Em junho, a Det Norske Veritas (DNV) – fundação norueguesa, autônoma e independente, autorizada a auditar instituições de saúde – recomendou à Organização Nacional de Acreditação (ONA) certificar a unidade com o nível de excelência de qualidade.**

Gerida pelo Instituto Pernambucano de Assistência e Saúde, a UPA Imbiribeira também possui a certificação ISO 31000. O título, reconhecido mundialmente, estabelece princípios e diretrizes para o gerenciamento de riscos, o que aumenta a segurança dos procedimentos realizados na unidade.

(Disponível em: <http://www.upaimbpe.org/2013/09/upa-imiribeira-continua-sendo-uma-das-melhores-empresas-para-se-trabalharem-pernambuco/>)

No tocante, propriamente, à UPA instalada em Palmeira dos Índios, trago a lume notícia obtida no sítio do Ministério Público do Estado de Alagoas, na qual se afirma que a inauguração da unidade foi recebida com grande satisfação por parte da Promotora de Justiça em atuação na comarca:

MPE/AL comemora inauguração de UPA em Palmeira dos Índios

A Promotoria de Justiça de Palmeira dos Índios comemora a inauguração da Unidade de Pronto-Atendimento (UPA) do município, que foi entregue à população nesta segunda-feira (7). Depois de muita insistência da promotora Salete Adorno, **a unidade atenderá cerca de 8.000 pessoas por mês, o que amenizará as dificuldades de urgência na cidade. Servidores da área de saúde e equipamentos já estão disponíveis para o atendimento dos pacientes.**

Segundo a Secretária Municipal de Saúde, Verônica Medeiros, a UPA ficará aberta 24 horas por dia, sete dias por semana, de modo a atender diariamente cerca de 250 a 300 casos de clínica médica e pediatria. “Vamos garantir a estabilização do paciente antes de encaminhá-lo para procedimentos médicos mais complexos. Por exemplo, alguém que sofre fratura exposta, terá prontamente hidratação, limpeza e medicação com o objetivo de impedir o agravamento do machucado. Para cirurgias simples, adquirimos 22 leitos de retaguarda no Hospital Regional Santa Rita. Já os casos mais delicados serão levados ao Hospital Geral do Estado”, explicou a Secretária.

Para a Promotora de Justiça Salete Adorno, os serviços que a UPA passa a ofertar a partir de agora alivia a sobrecarga dos hospitais do município. **“A tensão era tanta que os pacientes chegavam a agredir funcionários dos órgãos. Com a nova unidade, a situação será normalizada nos atendimentos de emergência, como já pudemos ver num caso bastante simbólico.** Durante o evento de inauguração da UPA, um dos convidados sofreu um acidente e torceu o pé. Ele foi atendido prontamente por uma das equipes já disponíveis para a população”, disse a Adorno. Com a inauguração da UPA, o Ministério Público Estadual de Alagoas conclui um procedimento iniciado em fevereiro de 2013, quando foi ajuizada

uma ação civil pública com pedido de liminar, para cumprimento de obrigação de fazer, em desfavor de Estado de Alagoas, o Município de Palmeira dos Índios e a Associação Beneficente de Palmeira dos Índios, mais conhecida como Hospital Regional Santa Rita. No entanto, o trabalho dos promotores de Justiça e do Ministério Público Federal em Alagoas prossegue com a fiscalização dos recursos municipais, estaduais e federais destinados à gestão da unidade.

http://www.mp.al.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1425:mpeal-comemora-inauguracao-de-upa-em-palmeira-dos-indios&catid=19:noticias-saude&Itemid=6

O cotejo dessas informações não deixa quaisquer dúvidas acerca do impacto positivo que a instalação da UPA produziu no âmbito municipal, reduzindo, significativamente, a sobrecarga da rede hospitalar ali existente, com o atendimento de uma média de 8.000 pessoas por mês. A providência, portanto, vai ao encontro do interesse público, suprimindo a demanda de toda uma população carente.

Sendo esse o quadro, o risco de grave lesão à saúde pública resulta transparente, razão pela qual a suspensão da tutela antecipada é medida que se impõe pelas circunstâncias acima narradas, parecendo-me temerário, a esta altura, qualquer movimento no sentido de conduzir o município à situação anterior, na qual “*a tensão era tanta que os pacientes chegavam a agredir funcionários dos órgãos*”, tal qual relatou a Promotora de Justiça Salete Adorno, no texto supracitado.

Por oportuno, enfatizo que, ao menos num primeiro momento, não me impressiona o argumento, sustentado pelo Ministério Público Federal, no sentido de que afrontaria a Constituição da República a terceirização da gestão de unidades hospitalares. É que, como bem demonstrado pelo município requerente, a questão ainda está sendo objeto de discussão em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI-1923), ocasião em que o eg. STF, por maioria, indeferiu a medida cautelar ali pleiteada.

Ademais, a apreciação, em tempo exíguo, da medida de cautela política não me permite estender-me sobre questões

que envolvem as modificações introduzidas na forma de administração pública, em que cada vez mais se reconhece que esta atende ao disposto no art. 175 da CF/88, quando exercita o controle de sua atividade sob o ângulo do resultado, como sustenta o administrativista brasileiro DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, sendo certo que, como bem salienta o requerente, os municípios teriam muito a perder com a protelação, por tempo indefinido, do início das atividades da Unidade de Pronto Atendimento, aperfeiçoando-se, dessarte, o risco de grave lesão à saúde pública a ensejar o pedido de suspensão.

Finalmente, resta enfrentar a alegação do agravante segundo a qual a suspensão da tutela antecipada estaria beneficiando uma instituição que já deu mostras de total irresponsabilidade com a saúde pública, tendo sido afastada, no Estado do Mato Grosso, da gerência de vários hospitais públicos, em razão de estar utilizando medicamentos com prazo de validade vencido.

Conquanto se trate de séria acusação, sua discussão nos autos de uma suspensão de liminar é pretensão que se revela inviável, pois refoge aos vetores metajurídicos que orientam a decisão a ser tomada em processos desse jaez.

Sobremais, não se pode perder de vista que a ação civil pública foi proposta pelo MPF no intuito de rechaçar, apenas, um modelo de gestão, a pretexto da impossibilidade de uma organização social substituir o Estado na prestação de serviços de saúde em unidades públicas. Não se cuida, por conseguinte, de demanda voltada à condenação de atos concretos de malversação de recursos públicos.

Assim, o fato ora noticiado pelo recorrente, ocorrido no Estado do Mato Grosso, por desbordar da causa de pedir deduzida na demanda originária, traduz inovação na fundamentação, não podendo, de consequência, servir de supedâneo à decisão desta Corte.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 24.424-CE

Relator

p/ Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO)

Apelantes: ESTADO DO CEARÁ E UNIÃO

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Parte A.: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Parte R.: MUNICÍPIO DE SOBRAL (CE)

Advs./Procs.: DRS. GIOVANA LOPES DO NASCIMENTO SILVA E ANTÔNIO LOURENÇO TOMÁS ARCANJO E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. POSSIBILIDADE. § 5º DO ART. 5º DA LEI 7.347/85. INOCORRÊNCIA DE VETO. PLENO VI-GOR.

- O Ministério Público é órgão uno e indivisível, antes de ser evitada, a atuação conjunta deve ser estimulada. As divisões existentes na Instituição não obstam trabalhos coligados.

- É possível o litisconsórcio facultativo entre órgãos do Ministério Público federal e estadual/distrital.

- Precedente (STJ, 1ª Turma, REsp nº 382.659/RS, Humberto Gomes de Barros, 19.12.2003, p. 322).

- O Sistema Único de Saúde - SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitam em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

- Ação objetivando a condenação da entidade

pública ao estabelecimento de serviço médico de atendimento de urgência.

- O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que legitima a pretensão quando configurada a necessidade do recorrido.

- A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é a assistência médica. Precedentes: REsp 878.080 / SC; Segunda Turma; DJ 20.11.2006 p. 296; REsp 772.264 / RJ; Segunda Turma; DJ 09.05.2006 p. 207; REsp 656.979 / RS, DJ 07.03.2005. 5. Agravo egimental desprovido. (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp nº 1.028.835/DF, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 15.12.2008)

- RESP 1.041.197, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU de 16/09/2009: “ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OPOINIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional. 2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não realização do devido cotejo analítico. 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a

realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 9. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. 5. O indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os

quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido". (Grifei)

- Preliminar de ilegitimidade ativa do MPF rejeitada e no mérito negar provimento às apelações e à remessa oficial.

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, por maioria, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa do MPF e negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do voto condutor e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 1º de abril de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Cuida-se de apelações cíveis interpostas, pela União e pelo Estado do Ceará, contra sentença, fls. 1690/1719, que, nos autos de ação civil pública em epígrafe, ajuizada pelo Ministério Público Federal em litisconsórcio com o Ministério Público do Estado do Ceará, confirmou a tutela antecipada concedida e julgou procedente o pedido autoral, determinando que os demandados (União, Estado do Ceará e Município de Sobral) adotassem todas as medidas necessárias para a efetiva instalação e funcionamento de 30 leitos de UTI na Santa Casa de Misericórdia de Sobral/CE (fl. 1718).

Nas razões recursais (fls. 1726/1762), em sede preliminar, o Estado do Ceará aduz sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que a execução das ações de saúde relacionadas aos leitos de UTI caberia ao Município de Sobral; nesse passo, ressalta a impossibilidade de o Poder Judiciário interferir na questão, ventilada nesta ação, sem que haja ofensa ao princípio da harmonia e independência entre os Poderes. No mérito, alega que as normas constitucionais relacionadas à saúde seriam de caráter programático, cabendo ao Poder Executivo implementar as políticas públicas, na medida de seu poder discricionário. Assevera não ser razoável que o Poder Judiciário, por não possuir conhecimento global dos recursos financeiros e orçamentários, procedesse à imposição do dever de fornecer os leitos de UTI, questão de prioridade somente aferível e reservada pelo administrador que está na gerência direta do sistema de saúde. Requer o recebimento do apelo nos efeitos suspensivo e devolutivo.

Por seu turno (fls. 1769/1789), a União alega a sua ilegitimidade passiva para a causa, por ser destituída de capacidade para proceder à execução das políticas públicas relativas à saúde, atos de gestão e serviços, atribuições que seriam do Estado-membro e do Município, sendo seu, apenas, o dever de cooperação financeira do Sistema Único de Saúde. Também, ainda em prefacial, alega a incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar a demanda e, por conseguinte, a nulidade de todos os atos decisórios praticados, determinando-se a remessa dos autos para a Justiça Estadual. Quanto ao mérito da causa, assevera incompatibilidade da pretensão dos autores com o ordenamento jurídico nacional; diz consistirem as limitações orçamentárias e a escassez de recursos financeiros em obstáculos à efetivação das políticas públicas relacionadas à saúde, sujeitas à discricionariedade da Administração Pública. Aduz, por fim, que o art. 196 da Constituição Federal é norma de eficácia limitada de caráter programático, a impossibilitar a intervenção do Poder Judiciário no mérito administrativo sem afrontar o princípio da separação de poderes. Postulou, igualmente, a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Foram apresentadas contrarrazões, pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado do Ceará, respectiva-

mente, às fls. 1793/1823 e 1826/1836, pela manutenção da sentença.

O representante da Procuradoria Regional da República ofereceu parecer, fls. 1847/1865, pela rejeição das preliminares e improvidamento do mérito recursal.

É o relatório.

VOTO CONDUTOR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Relator Convocado):

Inicialmente, entendo que deve ser apreciada a questão relativa à ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal ou da viabilidade processual e litisconsórcio ativo entre o MPF e o MPE.

A possibilidade de litisconsórcio entre Ministérios Públicos de esferas federativas diversas vem expressamente reconhecida pelo § 5º da Lei nº 7.347/85. Tal regramento foi incluído pelo Código de Defesa do Consumidor, que trazia previsão análoga em seu art. 82, § 2º, que, todavia, foi vetada sob o argumento de que a divisão de atribuições dos diversos Ministérios Públicos, realizada pelo art. 128, CF, impediria a atuação autônoma de dois Ministérios Públicos distintos na mesma demanda. Contudo, tal veto não atingiu a norma do § 5º do art. 5º da LACP, em razão da interatividade existentes entre este Código e a Lei de Ação Civil Pública (art. 21).

A CRFB atribuiu ao *Parquet* a função de tutelar os interesses difusos e coletivos. Essa atribuição diz respeito a todos os Ministérios Públicos previstos pelo art. 128, CF, mas, em princípio, estaria adstrita aos limites de sua respectiva esfera federativa (Estadual ou Federal). O § 5º do art. 5º da Lei 7.347/85, no entanto, veio excepcionar essa limitação e possibilitar a propositura de ações civis públicas por diversos Ministérios Públicos em litisconsórcio. Neste sentido, já decidiu o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. POSSIBILIDADE. § 5º DO ART. 5º DA LEI 7.347/85. INOCORRÊNCIA DE VETO. PLENO VIGOR.

1. O veto presidencial aos arts. 82, § 3º, e 92, parágrafo único, do CDC, não atingiu o § 5º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. Não há veto implícito.

2. Ainda que o dispositivo não estivesse em vigor, o litisconsórcio facultativo seria possível sempre que as circunstâncias do caso o recomendassem (CPC, art. 46). O litisconsórcio é instrumento de Economia Processual.

3. O Ministério Público é órgão uno e indivisível, antes de ser evitada, a atuação conjunta deve ser estimulada. As divisões existentes na Instituição não obstam trabalhos coligados.

4. É possível o litisconsórcio facultativo entre órgãos do Ministério Público federal e estadual/distrital.

5. Recurso provido.

(STJ, 1ª Turma, REsp nº 382.659/RS, Humberto Gomes de Barros, 19.12.2003, p. 322)

No caso dos autos, identifica-se, ainda, a legitimidade do MPF ante o disposto no art. 129, III, da CRFB, pois o conteúdo da demanda é relativo à ação civil pública proposta em face do Estado do Ceará em virtude do não cumprimento, durante os anos de 2002 até 2007, apesar das necessidades prementes da população residente na região do Município de Sobral cerca de um milhão de pessoas não possuem um único leito de UTI neonatal e pediátrica, inclusive da obrigação estatuída no art. 198, § 2º, II, da CRFB.

Além disso, o serviço almejado pelos autores estão contidos nas Portarias MS/GM nº 3.432, 12/08/98 que estabelece critérios para implantação das unidades de tratamento intensivo e a Portaria nº 1.101/GM, de 12/06/2002 que estabelece parâmetros de cobertura assistencial no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, ambas constituem atos normativos cogentes na fixação de critérios de eficiência (artigo 37, *caput*, da CF/88), estabelecendo, desarte, a existência do serviço público que não foi criado pelos réus, apesar de sua obrigação jurídica administrativa evidente, em face dos atos normativos indicados.

Feitas estas considerações, observa-se que o mérito recursal cinge-se à verificação da posição a ser adotada pela União na lide em questão e, por conseguinte, do órgão jurisdicional competente para processar e julgar a referida ação.

Verifica-se que, ajuizada a ação pelos Ministério Público Estadual (CE) e Ministério Público Federal contra a União Federal e Estado do Alagoas e Município de Sobral.

Assim, verifica-se que a causa gira em torno da destinação de recursos para manutenção dos serviços de saúde.

Para definição das questões postas pelas partes em razão da decisão judicial, alguns pontos precisam ser definidos.

Atualmente, a relação jurídica processual está configurada quando todos os interessados ou sujeitos dessa relação jurídica tiverem sido chamados para compor o processo.

Compor o processo, pode coincidir de num pólo se encontrar interesses convergentes com relação a alguns sujeitos e no outro pólo outros interesses que convergem entre os sujeitos aí integrantes. Mas, isso não significa que a mudança de um desses sujeitos para um outro pólo vá, necessariamente, gerar um conflito entre eles. Repito. O conflito existe mesmo os conflitantes estando num mesmo pólo.

O que vai definir o conflito e as responsabilidades dos sujeitos conflitantes é a sentença final. Essa sim. Vai dizer em que consiste as responsabilidades de cada um dos litigantes, no sentido de ser solidária, subsidiária, parcial, total ou ainda se realmente é responsável por algum efeito da sentença.

Na ação civil pública ou outro processo coletivo. A pluralidade de sujeitos em ações coletivas pode levar a que muitos deles com interesses mesmo conflitantes estejam num mesmo pólo da relação jurídica processual. Isso não implica em se reconhecer qualquer defeito, nem em se afirmar que não está havendo conflito entre as partes quando ambas estão num mesmo pólo da relação jurídica processual ou vice-versa, quando se encontrarem em pólos diferentes é porque está configurado o conflito. Nada disso é verdadeiro. Verdadeiro é o que resta definido na sentença. Essa situação muitas vezes se dá em processos instaurados na defesa de direitos individuais como por exemplo nos casos em que existam co-devedores, mesmo estando no mesmo polo da relação jurídica processual os interesses sejam conflitantes porque um alega existir uma obrigação solidária, outro diz que a obrigação é

subsidiária, o que é somente de parte da dívida. Nesse sentido o precedente abaixo desta Corte Federal:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSÍVEL NÃO CUMPRIMENTO PELO ESTADO DA OBRIGAÇÃO ESTATUÍDA NO ART. 198, § 2º, II, DA CRFB. AÇÃO AJUIZADA CONTRA O ESTADO E A UNIÃO. INTERESSE DO ENTE FEDERAL NA PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. MIGRAÇÃO PARA O POLO ATIVO NA CONDIÇÃO DE ASSISTENTE LITISCONSORCIAL. EXISTÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Agravo de instrumento interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL-AL contra a decisão que, em sede de Ação Civil Pública, proposta pelo Agravante e o Ministério Público de Alagoas contra o Estado de Alagoas e a União Federal, transferiu a União Federal para o polo ativo da lide e reconheceu a incompetência do referido Juízo para processar e julgar a causa, ao fundamento de que o interesse da União na demanda conduz à hipótese prevista no art. 102, I, *f*, da CRFB, que atrai a competência para processar e julgar a causa para o STF - Supremo Tribunal Federal.

2. A possibilidade de litisconsórcio entre Ministérios Públicos de esferas federativas diversas vem expressamente reconhecida pelo § 5º da Lei nº 7.347/85. Tal regramento foi incluído pelo Código de Defesa do Consumidor, que trazia previsão análoga em seu art. 82, § 2º, que, todavia, foi vetada sob o argumento de que a divisão de atribuições dos diversos Ministérios Públicos, realizada pelo art. 128, CF, impediria a atuação autônoma de dois Ministérios Públicos distintos na mesma demanda. Contudo, tal veto não atingiu a norma do § 5º do art. 5º da LACP, em razão da interatividade existentes entre este Código e a Lei de Ação Civil Pública (art. 21). Identifica-se, ainda, a legitimidade do MPF ante o disposto no art. 129, III, da CRFB, pois o conteúdo da demanda é relativo à ação civil pública proposta em face do Estado de Alagoas em virtude do não cumprimento, durante os anos de 2000, 2001, 2004, 2005 e 2006 da obrigação estatuída no art. 198, § 2º, II, da CRFB.

3. A ação ajuizada tem como pedido a condenação do Estado de Alagoas a incluir no ano de 2010 a aplicação em ações e serviços públicos em saúde no percentual de

12%, calculado na forma preconizada na Resolução nº 322/2003 do Conselho Nacional de Saúde. No que tange à União, a condenação para que esta condicione a entrega do valor de R\$ 125.417.097,00 ao Estado de Alagoas (arts. 157 e 159 da CRFB) ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos I e II, da CFRB, nos exatos termos do art. 160, parágrafo único, II, da Carta Magna. A causa gira em torno da destinação de recursos para manutenção dos serviços de saúde. Tendo a União manifestado interesse em ingressar como assistente litisconsorcial.

4. O fato de ter a União requerido o seu ingresso no feito na condição de litisconsorte ativo, ao lado do Ministério Público e ter sido inicialmente apontada como litisconsorte passiva na inicial, não implica em fazer gerar um conflito entre ela e o Estado de Alagoas. O conflito pode existir independentemente de estar a União no polo ativo ou passivo, ao lado dos Autores ou do Estado membro Demandado. Não é o polo da Demanda em que a União vai participar que vai definir o conflito entre ela e o Estado de Alagoas. Na verdade, o conflito existe pelo fato dos interesses entre essas entidades públicas poderem ser divergentes, independentemente do polo da relação jurídica em que se encontram.

5. O art. 6º, § 3º, da Lei da Ação Popular, desde sua edição, já prevê a possibilidade de que “A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”. O mesmo pode-se dizer com relação a Ação Civil Pública ou outro processo coletivo. A pluralidade de sujeitos em ações coletivas pode levar a que muitos deles com interesses mesmo conflitantes estejam num mesmo polo da relação jurídica processual. Isso não implica em se reconhecer qualquer defeito, nem em se afirmar que não está havendo conflito entre as partes quando ambas estão num mesmo polo da relação jurídica processual ou vice-versa. Verdadeiro é o que resta definido na sentença.

6. A União Federal tem interesse jurídico na presente Demanda em razão da complexidade das relações jurídicas relacionadas com o Sistema Único de Saúde - SUS, no Brasil, pois enquanto a União é responsável por repasses

de verbas públicas e convênios nessa área, aos Estados e Municípios há também parcela de responsabilidades quanto à destinação de percentuais orçamentários e execução de serviços de saúde por força dos repasses do SUS. Há também o dever de acompanhamento dessa área de interesse público no Brasil, pois, como afirmado na própria Demanda, a União só pode fazer repasse de verbas e firmar convênios com Estados, se estes estiverem cumprindo seus orçamentos e a destinações de verbas para a área de saúde.

7. Admitida a assistência litisconsorcial da União Federal, e tendo em vista que a causa gira em torno da destinação de recursos repassados para aplicação na saúde, em virtude de mandamento constitucional, a justiça federal não é competente para julgamento da causa, tendo em vista a existência de conflito federativo, a teor do art. 102, inciso I, f, da CRFB. O conflito entre o Estado de Alagoas e a União Federal se configura na hipótese em razão da possibilidade de descumprimento de norma constitucional, conforme alegado na inaugural, quando então a União pode, em tese, intervir no Estado, deixar de proceder a repasses voluntários, firmar convênios com o Estado, além de outras possibilidades de restrições ao pleno exercício dos direitos dessas entidades públicas. Compete, portanto, ao STF o processamento e o julgamento da presente ação.

8. Agravo de instrumento não provido. AGTR-105110-AL 14

Portanto, impende asseverar que a decisão recorrida carece de reparo. É que, conforme previsto na Lei 7.347/1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, o Ministério Público Estadual está legitimado para agir em conjunto com o Ministério Público Federal na defesa de interesses públicos e individuais homogêneos.

Com efeito:

Lei nº 7.347/1985

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

(...)

§ 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

Cito, ainda, precedentes neste sentido:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. POSSIBILIDADE. § 5º DO ART. 5º DA LEI 7.347/85. INOCORRÊNCIA DE VETO. PLENO VIGOR.

1. O veto presidencial aos arts. 82, § 3º, e 92, parágrafo único, do CDC, não atingiu o § 5º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. Não há veto implícito.

2. Ainda que o dispositivo não estivesse em vigor, o litisconsórcio facultativo seria possível sempre que as circunstâncias do caso o recomendassem (CPC, art. 46). O litisconsórcio é instrumento de Economia Processual.

3. O Ministério Público é órgão uno e indivisível, antes de ser evitada, a atuação conjunta deve ser estimulada. As divisões existentes na Instituição não obstam trabalhos coligados.

4. É possível o litisconsórcio facultativo entre órgãos do Ministério Público federal e estadual/distrital.

5. Recurso provido.

(RESP 200101425645, HUMBERTO GOMES DE BARROS, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA: 19/12/2003 PG: 00322. DTPB:.)

Importante transcrever o precedente abaixo originário desta Corte Federal:

AGRAVO EM SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 6.553 SE (2006.05.00.008567-8/01)

REQTE : MUNICÍPIO DE ARACAJU - SE

ADV/PROC : LUIZ CARLOS OLIVEIRA DE SANTANA

REQDO : ESTADO DE SERGIPE

AGRVTE : ESTADO DE SERGIPE

ORIGEM: 3ª VARA FEDERAL DE SERGIPE (COMPETENTE P/ EXECUÇÕES PENAIS) - SE

RELATOR: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - PRESIDÊNCIA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AGRAVO. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA QUE DEFERIU PEDIDO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO DA 3ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SERGIPE. LEI Nº 4.348/64. LESÃO À SAÚDE, À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICA

CAS. FUMAÇA DO BOM DIREITO. ARTS. 5º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO À SAÚDE. FUNDAMENTALIDADE. ARTS. 30 E 198 DA CARTA MAGNA. COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. REDE REGIONALIZADA E HIERARQUIZADA. ÊNFASE NA DESCENTRALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PARA OS MUNICÍPIOS. VONTADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE. MUNICIPALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE. LEI Nº 8.080, DE 19/09/90. PLANEJAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. ASCENDENTE, DO NÍVEL LOCAL ATÉ O FEDERAL. ENTES MENORES. CAPACIDADE DE REALIZAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES DA ESFERA FEDERAL PARA OS ESTADOS E, MAIS PARTICULARMENTE, PARA OS MUNICÍPIOS. MAIOR APTIDÃO A RESPONDER ÀS PRECISÕES SOCIAIS. COMPETÊNCIA PRECÍPUA DO MUNICÍPIO, EXECUÇÃO DAS AÇÕES DE SAÚDE. NORMA OPERACIONAL BÁSICA DO SUS - NOB 1/96. MUNICÍPIO DE ARACAJU. CONDIÇÃO DE GPMS - GESTÃO PLENA DO SISTEMA MUNICIPAL. RESPONSABILIDADES, ENTRE OUTRAS, GARANTIR O ATENDIMENTO EM SEU TERRITÓRIO PARA SUA POPULAÇÃO E A POPULAÇÃO REFERENCIADA. NORMA OPERACIONAL DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE - NOAS SUS 01/02. RESOLUÇÃO Nº 27/2002 DA COMISSÃO INTERGESTORES BIPARTITE. MUNICÍPIO REQUERENTE REFERÊNCIA ESTADUAL. COMPROMISSO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE ARACAJU, COM A CONCORDÂNCIA DO ESTADO DE SERGIPE, EM GARANTIR O ACESSO AMBULATORIAL DOS USUÁRIOS DO INTERIOR DO ESTADO AOS SERVIÇOS ALOCADOS EM ARACAJU, MEDIANTE AGENDAMENTO VIA CENTRAL DE MARCAÇÃO DE CONSULTAS E EXAMES. COMPLEXO REGULATÓRIO OPERACIONALIZADO PELO MUNICÍPIO. ATRIBUIÇÃO INERENTE. EXPERIÊNCIA PILOTO. ASSERTIVA DA UNIÃO. PERIGO DA DEMORA. RESIDENTES REFERENCIADOS. SERVIÇO DE MARCAÇÃO DE CONSULTAS, CIRURGIAS, EXAMES E TERAPIA, PRESTADO HÁ MAIS DE UM ANO. INTERRUPTÃO DO SERVIÇO AO CIDADÃO JÁ AGREGADO E QUE USUFRUI O SISTEMA. GRAVE COMPROMETIMENTO DO PROCESSO DE ORGANIZAÇÃO E INTEGRALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. MUNICÍPIO-POLO. VALORES E ESFORÇOS EMPREGADOS NA IM-

PLANTAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO ÚNICO. CONTRATOS FIRMADOS. CHAMAMENTO PÚBLICO. PROJETO INTEGRADO AO CARTÃO NACIONAL DE SAÚDE. INTERAÇÃO GESTOR FEDERAL. GARANTIA À SAÚDE. BREVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Percebe-se a presença do *fumus boni iuris* a partir da observação da nossa constituição e legislação, sobretudo quando considerados os princípios norteadores do Sistema Único de Saúde, a municipalização dos serviços de saúde e a descentralização e organização do SUS.

2. Nos termos da Norma Constitucional, arts. 5º, 6º e 196, o direito à saúde é marcado por sua “fundamentalidade”, considerando-se mesmo que sua garantia é expressão de resguardo da própria vida, maior bem de todos, do qual os demais direitos extraem sentido. Analisando o conceito de “fundamentalidade”, J J Gomes CANOTILHO concebe-o sob duas perspectivas: a “fundamentalidade formal”, correspondente à constitucionalização, à localização de direitos reputados fundamentais no ápice da pirâmide normativa, com as consequências, desse fato, derivadas – demarcação das possibilidades do ordenamento jurídico e vinculatividade dos poderes públicos –, e a “fundamentalidade material”, identificadora dos direitos fundamentais a partir do seu conteúdo “constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”, permissiva do reconhecimento de outros direitos não expressamente tipificados no rol constitucional, mas equiparáveis em dignidade e relevância aos direitos formalmente constitucionais (“norma de *fattispecie* aberta”). Em ambas as visões, exsurge a magnitude da essencialidade, embora seja patente a maior significância compreensiva da segunda. “No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”. Os direitos fundamentais cumprem, nessa contextura, determinadas funções: exigem prestações do Estado, protegem diante do poder público e de terceiros, fomentam a paridade entre os indivíduos, designam os alicerces sobre os quais se constrói e se orienta o ordenamento jurídico (“eficácia irradiante”). Têm força, ao mesmo tempo, por assim dizer, de

princípio e de regra. Revelam pretensões subjetivas e correspondem a valores fundadores da ordem jurídica coletiva. Como assevera Gilmar Ferreira MENDES: “Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva”.

3. O Estado é obrigado a garantir a todos o acesso à saúde, prestando os correlatos serviços diretamente ou através de terceiros, sejam pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos (terceiro setor), eventualmente subsidiadas com recursos estatais, sejam particulares, que, desempenhando sua atividade profissional mediante remuneração, sejam ressarcidos pelo erário público, por sua atuação complementar integradora.

4. Dos arts. 30 e 198 da Constituição Federal percebe-se o desiderato do legislador constituinte de atribuir aos municípios a prestação do serviço de saúde da população, em ação integrada com a União e os Estados, constituindo, assim, uma rede regionalizada e hierarquizada. Apreende-se, portanto, a propensa municipalização dos serviços de saúde e a responsabilização dos municípios pela gestão de um sistema que atenda, com integralidade, à demanda dos municípios pela assistência à saúde.

5. Orientação de idêntica índole expediu a Lei nº 8.080/90, a qual trata das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, destacando que o Estado (em sentido amplo – União, Estados e Municípios) prestador das ações e serviços públicos de saúde deve observar os princípios da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; da integralidade de assistência; da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; da igualdade da assistência à saúde; do direito à informação; da divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização; da utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, da alocação de recursos e a orientação programática; da participação da comunidade; da descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, enfatizando-se a descentralização dos serviços para os municípios e a regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; da integração em nível executivo das ações

de saúde, meio ambiente e saneamento básico; da conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; da capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e da organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

6. O SUS materializa em grande medida as exigências relacionadas ao princípio da subsidiariedade – um dos preceitos basilares do processo de reformulação do Estado Administrante –, com a percepção de que os entes menores devem ser reconhecidos pela capacidade de realização, que não deve ser visto de modo cindido às entidades maiores. Destarte, estabeleceu-se um programa de transferência de atribuições da esfera federal para os Estados e, mais particularmente, para os Municípios, considerados esses mais aptos a responder às precisões sociais por maior proximidade delas. Representou, assim, o SUS, na forma em que concebido, uma das medidas do processo de descentralização das políticas públicas, sendo que, nesse conjunto interligado, ao Município compete precipuamente a execução das ações de saúde, em parceria com a União e os Estados, cabendo ao ente público federal, em particular, o financiamento do sistema, repassando recursos através do Ministério da Saúde. Esse o contexto em que a apreciação se impõe.

7. O município de Aracaju atingiu a condição de GPSM - Gestão Plena do Sistema Municipal. Por gestão entendase, a atividade e responsabilidade de comandar um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional) exercendo suas funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria”.

8. Assumir a gestão consiste em apropriar-se do comando do sistema. No caso da gestão municipal, o gestor deve prover aos seus munícipes os serviços de saúde por ele requeridos, com a devida cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, deslocando, assim, poder – gestão, atribuições e decisões – para o nível mais local do sistema.

9. As características da GPSM - Gestão Plena do Sistema Municipal residem na responsabilidade pela gestão de

todas as ações e serviços de saúde no município; subordinação à gestão municipal, todas as unidades e serviços de saúde; responsabilidade pela gestão da assistência (ambulatorial + hospitalar); execução das ações de epidemiologia e controle de doenças; controle, avaliação e auditoria dos serviços nos municípios; elaboração de PPI – Programação Pactuada e Integrada contendo referência intermunicipal; implementação de mecanismos garantia referência e administração da oferta de procedimentos de alto custo e complexidade. Inteligência da Norma Operacional Básica do SUS - NOB 1/96 (Portaria nº 2.203, de 5 de novembro de 1996).

10. Note-se que de acordo com o item 55, *g*, da Norma Operacional da Assistência a Saúde/SUS - NOAS-SUS 01/02, os municípios que se habilitam à Gestão Plena do Sistema Municipal (GPSM) – o caso do Município de Aracaju –, deverá, entre outras responsabilidades, garantir o atendimento em seu território para sua população e para a população referenciada por outros municípios, disponibilizando serviços necessários, conforme definido na PPI, assim como, a ele caberá a organização do encaminhamento das referências para garantir o acesso de sua população a serviços não disponíveis em seu território.

11. De acordo com a Resolução nº 27/2002 da Comissão Intergestores Bipartite – elaborada com participação do Estado de Sergipe – o Município de Aracaju é referência estadual, com 100% da capacidade instalada em serviços de alta complexidade e 80% da capacidade instalada em serviços de média complexidade situados no seu território. Nos termos da citada Resolução, a Secretaria Municipal de Aracaju se comprometeu a garantir o acesso ambulatorial dos usuários do interior do Estado aos serviços alocados em Aracaju, inclusive os de patologia clínica mediante agendamento via Central de Marcação de Consultas e Exames.

12. O Município de Aracaju não está assumindo a coordenação do sistema de referências intermunicipais, controlando e distribuindo os serviços do SUS em todo o território de Sergipe, mas tão somente, as atribuições outorgadas constitucionalmente e por força da legislação do Sistema Único de Saúde, incluindo-se as Resoluções das Comissões Intergestoras.

13. Como aduziu o próprio agravante em sua peça recursal, “os serviços, prédios e equipamentos de saúde que pertenciam ao Estado foram entregues ao Município”, a exceção do Hospital Governador João Alves Filho, do Centro de Referência da Mulher e do Hospital Garcia Moreno. Ora, se as diversas unidades de saúde do Estado foram transferidas para o Município de Aracaju, nada mais natural que esteja o mesmo prestando o serviço de saúde aos seus municípios e a população referenciada, eis que possui as instalações e os equipamentos necessários a sua prestação.

14. O complexo regulatório – central de marcação de consultas, exames, internações, assistência e urgência – operacionalizado pelo Município de Aracaju se insere nas suas atribuições. Destarte, o Município requerente não está se imiscuindo na competência do Estado de Sergipe, porquanto não há que se falar em violação do pacto federativo.

15. De acordo com a manifestação da União nos autos do mandado de segurança “A fim de regular a assistência à saúde, a NOAS 01/02 prevê, ainda, a implantação de complexos reguladores, cujos objetivos são organizar os dispositivos integrados de regulação do acesso à assistência, às urgências, internações, consultas e exames, permitindo disponibilizar aos cidadãos a alternativa assistencial mais adequada as suas necessidades. Assim, o Ministério da Saúde vem implementando uma política de regulação, controle e avaliação, auxiliando os municípios a instituir os complexos regulatórios previstos na NOASSUS, conforme o que foi realizado no Município de Aracaju. Segundo a SAS, as atribuições do complexo regulatório de Aracaju consistem em ‘articular e integrar a regulação da atenção pré-hospitalar, com regulação do acesso aos leitos hospitalares, às consultas especializadas e SADTs, na atenção à saúde de média e alta complexidade, além da articulação e integração com serviços de transportes não urgentes de usuários (...)’. Ressalte-se que a União, através do Ministério da Saúde, possui uma participação direta na implementação do complexo regulatório de Aracaju, através do custeio do desenvolvimento do projeto de informatização do SUS naquela cidade, representado pelo Projeto Cartão Nacional de Saúde, realizado por empresa contratada diretamente pelo Ministério da Saúde. (...) Além

disso, conforme ressalta a SAS, a implantação de complexos regulatórios como o de Aracaju constituem experiências pilotos coordenadas pelo Ministério da Saúde, em especial no que diz respeito à instalação de centrais informatizadas de leitos, consultas, exames e terapias especializadas, cuja finalidade é subsidiar o Gestor Federal do SUS no processo de definição conceitual, finalística e prática desta estratégia de regulação do acesso à assistência em saúde, fornecendo modelos que possam ser utilizados futuramente por todos os gestores do Sistema Único de Saúde. Observa-se que o objetivo do mandado de segurança é impedir o Município de Aracaju de assumir o controle e operação do Complexo Regulatório instituído em conjunto com a União, deixando de alimentar o novo sistema integrado ao Cartão Nacional de Saúde e voltando a utilizar somente a Central Estadual de Marcação”.

16. O perigo de demora, de outro lado, é manifesto, haja vista que os munícipes, assim como os residentes referenciados contam há mais de um ano com este serviço de marcação de consultas, cirurgias, exames e terapias, sistema implantado pelo Município de Aracaju conjuntamente com a União, consistindo, conforme afirmou a União, experiência piloto coordenada pelo Ministério da Saúde, em especial no que diz respeito à instalação de centrais informatizadas de leitos, consultas, exames e terapias especializadas, cuja finalidade é subsidiar o Gestor Federal do SUS.

17. A interrupção deste serviço ao cidadão já agregado e que usufrui o sistema, importará em grave comprometimento do processo de organização e integralização do Sistema Único de Saúde, além de causar grave lesão à saúde, na medida que tolherá a capacidade do Município de Aracaju, município-polo – habilitado na Gestão Plena do Sistema Municipal (GPSM) – de ofertar a totalidade dos serviços, com suficiência, para sua população e para a população de outros municípios a ele adstritos. O indeferimento do pedido, a evidência, produziria danosas consequências aos munícipes que dependem dos serviços de saúde hoje prestados pelo Município de Aracaju.

18. A execução da sentença recorrida importará, demais disso, grave lesão à ordem e à economia públicas, considerando os valores e esforços empregados na implantação do sistema de registro único, bem como o grande nú-

mero de prestadores de serviços (mais de 67, consoante o requerente), cujos contratos firmados com o município de Aracaju – decorrentes do chamamento público homologado em 2004 – estão em vigor.

19. Haverá necessidade de um novo sistema, com desenvolvimento de projeto de informatização adequado e integrado ao Cartão Nacional de Saúde e utilizável pelos demais gestores do Sistema Único de Saúde, inclusive, o gestor federal. Certamente, tal modificação demandará tempo, ao passo que a garantia à saúde do cidadão reclama brevidade, urgência. Justifica-se, assim, o acolhimento da suspensão de eficácia da sentença vergastada.

20. Pelo não provimento do agravo regimental.

Verifica-se, dos preceitos normativos supracitados, o desiderato do legislador constituinte de atribuir aos municípios a prestação do serviço de saúde da população, em ação integrada com a União e os Estados, constituindo, assim, uma rede regionalizada e hierarquizada. Apreende-se, portanto, a propensa municipalização dos serviços de saúde e a responsabilização dos municípios pela gestão de um sistema que atenda, com integralidade, à demanda dos municípios pela assistência à saúde.

Orientação de idêntica índole expediu a Lei nº 8.080/90, a qual trata das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, destacando que o Estado (em sentido amplo – União, Estados e Municípios) prestador das ações e serviços públicos de saúde deve observar os princípios da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; da integralidade de assistência; da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; da igualdade da assistência à saúde; do direito à informação; da divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização; da utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, da alocação de recursos e a orientação programática; da participação da comunidade; da descentralização político administrativa, com direção única em cada esfera de governo, enfatizando-se a descentralização dos serviços para os municípios (prevendo a Lei a competência da direção municipal do SUS – art. 18) e a regionalização e hierarquização da rede de serviços de

saúde; da integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; da conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; da capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e da organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Assim, a Lei nº 8.080, de 19.09.90, estabelece (com destaques apostos):

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Omissis

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência;
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Art. 8º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Omissis

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

- I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;
- II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;
- III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;
- IV - executar serviços:
 - a) de vigilância epidemiológica;
 - b) vigilância sanitária;
 - c) de alimentação e nutrição;
 - d) de saneamento básico; e
 - e) de saúde do trabalhador;

- V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;
- VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;
- VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;
- VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;
- IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;
- X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;
- XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;
- XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Omissis

Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

Observe-se que o SUS materializa em grande medida as exigências relacionadas ao princípio da subsidiariedade – um dos preceitos basilares do processo de reformulação do Estado Administrante –, com a percepção de que os entes menores devem ser reconhecidos pela capacidade de realização, que não deve ser visto de modo cindido às entidades maiores. Destarte, estabeleceu-se um programa de transferência de atribuições da esfera fe-

deral para os Estados e, mais particularmente, para os Municípios, considerados esses mais aptos a responder às precisões sociais por maior proximidade delas. Representou, assim, o SUS, na forma em que concebido, uma das medidas do processo de descentralização das políticas públicas, sendo que, nesse conjunto interligado, ao Município compete precipuamente a execução das ações de saúde, em parceria com a União e os Estados, cabendo ao ente público federal, em particular, o financiamento do sistema, repassando recursos através do Ministério da Saúde.

Esse o contexto em que a apreciação se impõe.

A propósito, a Norma Operacional Básica do SUS - NOB 1/96 (Portaria nº 2.203, de 5 de novembro de 1996), a qual procurou promover o pleno exercício, por parte do poder público municipal, da função de gestor, preconiza as bases do novo modelo de atenção à saúde, consignando que: “A composição harmônica, integrada e modernizada do SUS visa, fundamentalmente, atingir os dois propósitos essenciais à concretização dos ideais constitucionais e, portanto, do direito à saúde que são: a) a consolidação de vínculos entre diferentes segmentos sociais e o SUS; b) a criação de condições elementares e fundamentais para a eficiência e a eficácia gerenciais, com qualidade.

O primeiro propósito é possível porque, com a nova formulação dos sistemas municipais, tanto os segmentos sociais, minimamente agregados em si com sentimento comunitário – os munícipes –, quanto a instância de poder político-administrativo, historicamente reconhecida e legitimada – o poder municipal – apropriam-se de um conjunto de serviços bem definido capaz de desenvolver uma programação de atividades publicamente pactuada. Com isso, fica bem caracterizado o gestor responsável; as atividades são gerenciadas por pessoas perfeitamente identificáveis; e os resultados mais facilmente usufruídos pela população.

No caso examinado, em seu mérito, bem decidiu o juiz singular ao apreciar a questão em todos os seus termos:

A jurisprudência do STJ encontra-se pacificada no sentido de que as ações relativas à assistência à saúde pelo SUS (fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico, inclusive, no exterior) podem ser propostas em face de qualquer dos entes com-

ponentes da Federação Brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo todos legitimados passivos para responderem a elas, individualmente ou em conjunto:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRO-
CESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INS-
TRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO MÉ-
DICO NO EXTERIOR. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À
VIDA E À SAÚDE. DEVER DA UNIÃO. LEGITIMIDADE
PASSIVA.

1. O Sistema Único de Saúde - SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

2. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de doença grave.

3. O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que legítima a pretensão quando configurada a necessidade do recorrido.

4. A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no polo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles. Precedentes: REsp 878.080/SC; Segunda Turma; *DJ* 20.11.2006, p. 296; REsp 772.264/RJ; Segunda Turma; *DJ* 09.05.2006 p. 207; REsp 656.979/RS, *DJ* 07.03.2005.

5. Agravo Regimental desprovido.

(STJ, 1.^a Turma, AgRg no REsp n.º 1.028.835/DF, Relator Ministro Luiz Fux, *DJe* 15.12.2008)

São, portanto, tanto a UNIÃO como dos Estados membros da Federação e dos Municípios a obrigação de cumprir os desideratos jurídicos das políticas públicas de saúde, não podendo a divisão administrativa de atribuições estabelecida pela legislação decorrente da Lei nº 8.080/90 restringir essa responsabilidade, servindo ela, apenas, como parâmetro da repartição do ônus financeiro final dessa atuação, o qual, no entanto, deve ser resolvido

pelos entes federativos administrativamente ou em ação judicial própria, não podendo ser oposto como óbice à pretensão da população a seus direitos constitucionalmente garantidos como exigíveis deles de forma solidária.

A saúde está expressamente prevista no art.196, cabeça, da CF, como direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como através do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sendo uma responsabilidade comum da União, dos Estados, do DF e dos Municípios a concretização de tal direito.

Enquanto direito essencialmente vinculado à vida e à proteção da integridade físico-psíquica do ser humano, a saúde não pode ser interpretada apenas como um enunciado meramente programático, mas, sim, como um direito fundamental cuja efetivação é dever do Poder Público, pois a sua não concretização consiste em evidente afronta à dignidade da pessoa humana. Ainda que tal direito não estivesse expressamente previsto na CF/88, a sua estreita vinculação com o direito à vida, bem supremo do ser humano, o conduziria à situação de direito fundamental implícito, de modo que a sua efetivação também seria um dever do Estado, vez que a ação deste está vinculada pela imediata aplicabilidade das normas dos direitos fundamentais.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são solidariamente responsáveis pela efetivação do direito à saúde (art. 23, inciso II, da CF), o que implica não apenas na elaboração de políticas públicas e em uma consistente programação orçamentária para tal área, como também em uma atuação integrada entre tais entes, que não se encerra com o mero repasse de verbas. O Poder Público não se exime de tal responsabilidade quando investe ou repassa recursos para serem aplicados na área da saúde. Em sendo investida verba pública para tais fins e não havendo a efetivação do direito que se quer garantir, é notório que a política adotada não se coaduna com a realidade a ser enfrentada ou que tal política não foi concretizada como programada, sendo dever de todos os entes federados atentarem para tal fato e atuarem de modo a cumprir com as suas responsabilidades constitucionais.

A jurisprudência nacional possui reiteradas decisões no sentido de que o direito à saúde é líquido e certo, bem como de que a saúde é direito público subjetivo, não podendo ser reduzido a mera promessa constitucional vazia, sendo tal direito exigível em Juízo por não ser um mero enunciado programático. Dessa forma, vigora o entendimento de que é dever do Poder Público disponibilizar tratamento médico-hospitalar à população que dele necessitar, ou seja, oferecer o serviço essencial na esfera médica, o que inclui o fornecimento de medicamentos, sob pena de incidência em grave comportamento inconstitucional, ainda que por omissão, pelo não fornecimento de condições materiais de efetivação de tal direito fundamental. Nesse sentido: STF (AI-AgR nº 648.971/RS e RE nº 195.192/RS) e STJ (RMS nº 11.183/PR).

A alegação genérica de limitações orçamentárias vinculadas à reserva do possível, além de não provada concretamente quanto à eventual indisponibilidade de fundos para o atendimento da pretensão inicial, não é suficiente para obstar a concretização do direito constitucional em exame, sobretudo quando notório o fato de que o Poder Público possui verbas de grande vulto destinadas a gastos vinculados a interesses bem menos importantes do que a saúde da população (por exemplo, publicidade, eventos festivos etc.), os quais podem e devem ser, se for necessário, redirecionados para a satisfação de direitos essenciais da população.

Não se está, ressalte-se, diante de intromissão indevida do Poder Judiciário em esfera de atuação reservada aos demais Poderes, mas, ao contrário, de atuação judicial de natureza prestacional positiva calcada em relevante fundamento constitucional e na omissão ilegal do Poder Público em seu atendimento, sem que este tenha, concretamente, apresentado qualquer fundamento minimamente oponível à sua concretização.

A questão principal a ser examinada, em casos como o presente, diz respeito à legitimidade da atuação estatal do Poder Executivo/Legislativo em relação à opção quanto aos tratamentos médicos a serem disponibilizados à população, opção esta que se insere no âmbito da discricionariedade administrativa.

Essa constatação, contudo, não é, por si só, um atestado de imunidade jurisdicional ao conteúdo de referido ato administrativo,

pois a discricionariedade administrativa representa, apenas, a constatação de que determinado ato administrativo não tem seu conteúdo previamente vinculado de forma completa em lei, mas traz ao Estado-Administrador um âmbito possível, mais ou menos amplo e mais ou menos subjetivo, de escolhas no seu atuar.

Assim, os atos administrativos de conteúdo discricionário não são todos iguais quanto à liberdade de escolha do Estado-Administrador, nem deixam de se submeter a limites mínimos de vinculação impostos pela finalidade de realização do interesse público e respeito aos princípios constitucionais e legais que regem a atuação administrativa.

Nesse aspecto, as opções adotadas pelo Estado-Administrador no âmbito de sua margem de liberdade discricionária não se mostram de natureza absolutamente incontrastável, podendo e devendo o Poder Judiciário examinar a sua adequação aos dois parâmetros limitadores expostos no parágrafo anterior.

É verdade, no entanto, que essa atuação do Poder Judiciário deve ser exercida com parcimônia, em verdadeira autocontenção da interferência jurisdicional, pois o excesso nessa atuação poderia gerar um inversão dos papéis constitucionalmente reservados ao Estado-Administrador e ao Estado-Juiz, em desrespeito ao equilíbrio por freios e contrapesos estabelecido entre a arquitetura democrática do primeiro e a estabilidade institucional do segundo no sistema político brasileiro, fazendo com que a atuação contramajoritária deste no controle do primeiro exorbitasse ao âmbito da simples proteção dos direitos e garantias legal e constitucionalmente protegidos e passasse a constituir-se em substituição das escolhas livremente deixadas pela Constituição ao jogo democrático.

Essa postura de autocontenção judicial no estabelecimento dos limites da judicibilidade dos atos administrativos discricionários deve pautar-se pela razoabilidade das escolhas administrativas frente a parâmetros objetivamente existentes quanto às opções de atuação existentes e pela abstenção de interferência nas situações em que referidos parâmetros inexistirem (puro âmbito da subjetividade) e não houver elementos que indiquem desvio de finalidade no atuar do Estado-Administrador.

Não há, pois, ampla judiciabilidade dos atos administrativos discricionários, mas, também, não há imunidade total destes à tutela jurisdicional.

No caso em exame, a disponibilização de leitos para UTI de adultos, crianças e neonatais se encaixa perfeitamente na política pública implantada pelo SUS e viabiliza o controle jurisdicional ora vergastado.

Abaixo consta precedente desta Corte Federal em acórdão que confirmou liminar de minha lavra em situação algo semelhante de controle jurisdicional de política implantada e inviabilizada episodicamente sob a pueril alegação de discricionariedade administrativa.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES COMPONENTES DO SUS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PARÂMETROS PARA O CONTROLE JUDICIAL DAS RESPECTIVAS POLÍTICAS PÚBLICAS. ADEQUAÇÃO DO TRATAMENTO À DOENÇA. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO COM O RECURSO DOS DOCUMENTOS MÉDICOS QUE EMBASARAM A TUTELA ANTECIPATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DESSA QUESTÃO.

1. A jurisprudência do STJ encontra-se pacificada no sentido de que as ações relativas à assistência à saúde pelo SUS (fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico, inclusive, no exterior) podem ser propostas em face de qualquer dos entes componentes da Federação Brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo todos legitimados passivos para responderem a elas, individualmente ou em conjunto.

2. São, portanto, tanto a UNIÃO como o Estado de Alagoas legitimados passivos para a causa, não podendo a divisão administrativa de atribuições estabelecida pela legislação decorrente da Lei nº 8.080/90 restringir essa responsabilidade, servindo ela, apenas, como parâmetro da repartição do ônus financeiro final dessa atuação, o qual, no entanto, deve ser resolvido pelos entes federativos administrativamente ou em ação judicial própria, não podendo ser oposto como óbice à pretensão da população a seus direitos constitucionalmente garantidos como exigíveis deles de forma solidária.

3. A saúde está expressamente prevista no art. 196, cabeça, da CF, como direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como através do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sendo uma responsabilidade comum da União, dos Estados, do DF e dos Municípios a concretização de tal direito.

4. Enquanto direito essencialmente vinculado à vida e à proteção da integridade físico-psíquica do ser humano, a saúde não pode ser interpretada apenas como um enunciado meramente programático, mas, sim, como um direito fundamental cuja efetivação é dever do Poder Público, pois a sua não concretização consiste em evidente afronta à dignidade da pessoa humana. Ainda que tal direito não estivesse expressamente previsto na CF/88, a sua estreita vinculação com o direito à vida, bem supremo do ser humano, o conduziria à situação de direito fundamental implícito, de modo que a sua efetivação também seria um dever do Estado, vez que a ação deste está vinculada pela imediata aplicabilidade das normas dos direitos fundamentais.

5. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são solidariamente responsáveis pela efetivação do direito à saúde (art. 23, inciso II, da CF), o que implica não apenas na elaboração de políticas públicas e em uma consistente programação orçamentária para tal área, como também em uma atuação integrada entre tais entes, que não se encerra com o mero repasse de verbas. O Poder Público não se exime de tal responsabilidade quando investe ou repassa recursos para serem aplicados na área da saúde. Em sendo investida verba pública para tais fins e não havendo a efetivação do direito que se quer garantir, é notório que a política adotada não se coaduna com a realidade a ser enfrentada ou que tal política não foi concretizada como programada, sendo dever de todos os entes federados atentarem para tal fato e atuarem de modo a cumprir com as suas responsabilidades constitucionais.

6. A jurisprudência nacional possui reiteradas decisões no sentido de que o direito à saúde é líquido e certo, bem como de que a saúde é direito público subjetivo, não podendo ser reduzido a mera promessa constitucional vazia, sendo tal direito exigível em Juízo por não ser um mero enunciado programático. Dessa forma, vigora o entendi-

mento de que é dever do Poder Público disponibilizar tratamento médico-hospitalar à população que dele necessitar, ou seja, oferecer o serviço essencial na esfera médica, o que inclui o fornecimento de medicamentos, sob pena de incidência em grave comportamento inconstitucional, ainda que por omissão, pelo não fornecimento de condições materiais de efetivação de tal direito fundamental.

7. Nesse sentido: STF (AI-AgR nº 648.971/RS e RE nº 195.192/RS) e STJ (RMS nº 11.183/PR).

8. A alegação genérica de limitações orçamentárias vinculadas à reserva do possível, além de não provada concretamente quanto à eventual indisponibilidade de fundos para o atendimento da pretensão inicial, não é suficiente para obstar a concretização do direito constitucional em exame, sobretudo quando notório o fato de que o Poder Público possui verbas de grande vulto destinadas a gastos vinculados a interesses bem menos importantes do que a saúde da população (por exemplo, publicidade, eventos festivos etc.), os quais podem e devem ser, se for necessário, redirecionados para a satisfação de direitos essenciais da população.

9. Não se está, ressalte-se, diante de intromissão indevida do Poder Judiciário em esfera de atuação reservada aos demais Poderes, mas, ao contrário, de atuação judicial de natureza prestacional positiva calcada em relevante fundamento constitucional e na omissão ilegal do Poder Público em seu atendimento, sem que este tenha, concretamente, apresentado qualquer fundamento minimamente oponível à sua concretização.

10. A questão principal a ser examinada, em casos como o presente, diz respeito à legitimidade da atuação estatal do Poder Executivo/Legislativo em relação à opção quanto aos tratamentos médicos a serem disponibilizados à população, opção esta que se insere no âmbito da discricionariedade administrativa.

11. Essa constatação, contudo, não é, por si só, um atestado de imunidade jurisdicional ao conteúdo de referido ato administrativo, pois a discricionariedade administrativa representa, apenas, a constatação de que determinado ato administrativo não tem seu conteúdo previamente vinculado de forma completa em lei, mas traz ao Estado-Administrador um âmbito possível, mais ou menos amplo e mais ou menos subjetivo, de escolhas no seu atuar.

12. Assim, os atos administrativos de conteúdo discricionário não são todos iguais quanto à liberdade de escolha do Estado-Administrador, nem deixam de se submeter a limites mínimos de vinculação impostos pela finalidade de realização do interesse público e respeito aos princípios constitucionais e legais que regem a atuação administrativa.

13. Nesse aspecto, as opções adotadas pelo Estado-Administrador no âmbito de sua margem de liberdade discricionária não se mostram de natureza absolutamente incontestável, podendo e devendo o Poder Judiciário examinar a sua adequação aos dois parâmetros limitadores expostos no parágrafo anterior.

14. É verdade, no entanto, que essa atuação do Poder Judiciário deve ser exercida com parcimônia, em verdadeira autocontenção da interferência jurisdicional, pois o excesso nessa atuação poderia gerar um inversão dos papéis constitucionalmente reservados ao Estado-Administrador e ao Estado-Juiz, em desrespeito ao equilíbrio por freios e contrapesos estabelecido entre a arquitetura democrática do primeiro e a estabilidade institucional do segundo no sistema político brasileiro, fazendo com que a atuação contra-majoritária deste no controle do primeiro exorbitasse ao âmbito da simples proteção dos direitos e garantias legal e constitucionalmente protegidos e passasse a constituir-se em substituição das escolhas livremente deixadas pela Constituição ao jogo democrático.

15. Essa postura de autocontenção judicial no estabelecimento dos limites da judicibilidade dos atos administrativos discricionários deve pautar-se pela razoabilidade das escolhas administrativas frente a parâmetros objetivamente existentes quanto às opções de atuação existentes e pela abstenção de interferência nas situações em que referidos parâmetros inexistirem (puro âmbito da subjetividade) e não houver elementos que indiquem desvio de finalidade no atuar do Estado-Administrador.

16. Não há, pois, ampla judicibilidade dos atos administrativos discricionários, mas, também, não há imunidade total destes à tutela jurisdicional.

17. No caso em exame, no qual se está diante da questão da legitimidade da opção estatal de ofertar determinados tratamentos médicos à população e não, outros, a verifica-

ção deve balizar-se no conhecimento técnico-científico atual enquanto oficialmente reconhecido não apenas pelo órgão fiscalizador brasileiro em matéria de medicamentos (AN-VISA) como, também, por órgãos contrapartes de reconhecida reputação internacional, tais como a FDA (*Food and Drug Administration*) americana e a EMA (*European Medicines Agency*) europeia.

18. Contudo, no caso concreto, em análise, não trouxe a agravante, aos autos deste recurso, cópia dos documentos médicos nos quais se baseou a decisão agravada para conceder a tutela antecipada, nem qualquer outro elemento médico que permitisse concluir por eventual descompasso entre a doença que afeta o autor e as indicações do conhecimento médico reconhecido para seu tratamento, o que inviabiliza o reexame por este Juízo recursal dessa questão.

19. Não provimento do agravo de instrumento.

Em face do exposto, reconheço a legitimidade ativa do MPF e nego provimento às apelações e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 27.684-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES

Apelantes: GRENDENE S/A E FAZENDA NACIONAL

Apelados: OS MESMOS

Advs./Procs.: DRS. DANILO KNIJNIK E OUTROS

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS INCIDENTES SOBRE VALORES PAGOS A TÍTULO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA A EMPREGADOS, PRÓPRIOS DA EMPRESA OU POR ELA CONVENIADA. ARTIGO 28, § 9º, Q, DA LEI 8.212/91. ARTIGO 458, § 2º, IV, DA CLT. CONSONÂNCIA AOS REQUISITOS LEGAIS. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NO SENTIDO DE CONSIDERAR, PARA

FINS FISCAIS, CADA ESTABELECIMENTO COMERCIAL OU INDUSTRIAL COMO PESSOA JURÍDICA AUTÔNOMA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO PARA 3% (TRÊS POR CENTO) DO VALOR DA CAUSA. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA NOS DEMAIS TERMOS. APELAÇÃO DO PARTICULAR PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DA FAZENDA NACIONAL IMPROVIDA.

- Insurge-se a apelante ante sentença que julgou procedente a pretensão autoral, com a posterior anulação do lançamento fiscal objeto NFLD n° 35.612.864-4 e conseqüente declaração de inexistência dos créditos tributários relacionados às contribuições previdenciárias incidentes sobre valores pagos a título de assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniada, previstos na aludida NFLD n° 35.612.864-4. Outrossim, determinou o MM. Juiz a quo pela liberação, em favor da parte autora, do montante depositado para fins de admissibilidade do recurso administrativo, nos termos do comprovante de recolhimento juntado à fl. 2617. Determinou, ainda, que a União repetisse o indébito tributário, com juros e correção monetária, em caso do depósito ter sido convertido em renda. Ao fim, condenou a União a restituir o pagamento das custas recolhidas, bem como ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

- A empresa argumentou, em suma, pela majoração dos honorários advocatícios para o valor de, pelo menos, 10% do valor da demanda que é de R\$ 534.161,42 (quinhentos e trinta e quatro mil, cento e sessenta e um reais e quarenta e dois centavos), com fulcro no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

- A Fazenda Nacional interpôs apelação, aduzindo que a verba paga a título de planos de saúde possui natureza remuneratória, fora do alcance da dispensa legal para incidência de contribuições previdenciárias, de modo a persistir o lançamento.

- Os referidos honorários devem guardar consonância com os critérios de razoabilidade e equidade, dentro dos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido o direito de aumento da verba honorária. Assim, impõe-se o aumento dos honorários advocatícios para 3% do valor da causa, isto é para R\$ 16.024,84 (dezesseis mil vinte e quatro reais e oitenta e quatro centavos).

- A assistência médica prestada por serviço médico ou odontológico, seja proveniente da própria empresa ou por ela conveniado, não detém natureza remuneratória. Para isso, cite-se a isenção tributária plasmada no artigo 28, § 9º, q, da Lei 8.212/91, em que coloca como único requisito a abrangência da totalidade de empregados e dirigentes da empresa.

- Apelação do particular parcialmente provida.

- Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do particular e negar provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial, 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, 15 de julho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Insurge-se a apelante GRENDENE/SA ante sentença de fls. 2772/2779, da lavra do Dr. Júlio Rodrigues Coelho Neto, Juiz Federal da 18ª Vara do Ceará, que julgou procedente a pretensão autoral, com a posterior anulação do lançamento fiscal objeto NFLD nº 35.612.864-4 e consequente declaração de inexigibilidade dos créditos tributários relacionados às contribuições previdenciárias incidentes sobre valores pagos a título de assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniada, previstos na aludida NFLD nº 35.612.864-4. Outrossim, determinou o MM. Juiz *a quo* pela liberação, em favor da parte autora, do montante depositado para fins de admissibilidade do recurso administrativo, nos termos do comprovante de recolhimento juntado à fl. 2617. Determinou, ainda, que a União repetisse o indébito tributário, com juros e correção monetária, em caso do depósito ter sido convertido em renda. Ao fim, condenou a União a restituir o pagamento das custas recolhidas à fl. 2652, bem como ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

A empresa GRENDENE/SA argumentou, em suma, pela majoração dos honorários advocatícios para o valor de, pelo menos, 10% do valor da demanda que é de R\$ 534.161,42 (quinhentos e trinta e quatro mil, cento e sessenta e um reais e quarenta e dois centavos), com fulcro no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil (fls. 2779/2805).

Nas contrarrazões, a Fazenda Nacional, em síntese, pugnou pelo improvimento da apelação interposta pela GRENDENE/SA, por considerar que o *decisum* vergastado fixou um *quantum* razoável, em consonância com o princípio da equidade (fls. 2813/2817).

A Fazenda Nacional interpôs apelação, aduzindo (fls. 2818/2826):

- 1) que a verba paga a título de planos de saúde possui natureza remuneratória, fora do alcance da dispensa legal para incidência de contribuições previdenciárias, de modo a persistir o lançamento;

2) Além disso, assevera assistir razão à tese da parte autora de se observar cada filial de forma isolada, pois os estabelecimentos são partes de um todo, a saber, a sociedade empresária. Menciona, nesse sentido, que a legislação faz expressa referência à empresa, considerada em sua totalidade;

3) Ao final, sustentou que não houve a decadência dos créditos lançados, já que o lançamento de ofício se iniciou com o mandado de procedimento fiscal e termo de intimação, e não com a efetiva notificação fiscal de lançamento de débito.

Nas contrarrazões, alegou a GRENDENE/SA, com base em jurisprudência do STJ, que a empresa, para fins previdenciário-tributários, é cada estabelecimento com registro próprio e individualizado no CNPJ. Ademais, aduziu que, consoante se verificou *in casu*, cada um dos estabelecimentos oferecia serviço próprio ou conveniado de assistência médica ou odontológica à totalidade dos empregados e dirigentes, de modo a incidir a isenção prevista no art. 28, § 9º, q, da Lei nº 8.212/91. Mencionou, também, que o prazo de carência para que os empregados da empresa façam jus ao convênio-saúde não afasta a isenção prevista no aludido dispositivo. Ao fim, requereu pelo improvimento da apelação interposta pela União Federal/Fazenda Nacional (fls. 2845/2869).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Após detida análise dos autos, percebo que assiste razão ao pleito da Apelante GRENDENE/SA no tocante à majoração do valor dos honorários advocatícios fixados pelo MM. Juízo *a quo*.

Como é cediço, os referidos honorários devem guardar consonância com os critérios de razoabilidade e equidade, dentro dos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Assim, em face do valor ora em análise – R\$ 534.161,42 (quinhentos e trinta e quatro mil, cento e sessenta e um reais e quarenta e dois centavos) – mostra-se em afronta aos critérios plasmados no diploma legal referido a fixação dos honorários advocatícios em, apenas, R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Valor este, saliente-se, irrisório.

Dessa forma, à guisa de precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, majoro os honorários advocatícios para 3% do valor da causa, isto é, R\$ 16.024,84 (dezesesseis mil vinte e quatro reais e oitenta e quatro centavos).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE DE REVISÃO QUANDO IRRISÓRIOS OU EXORBITANTES E VERIFICÁVEIS DE PLANO. VALOR ÍNFIMO (R\$ 1.000,00), EM CAUSA DE APROXIMADAMENTE R\$ 2.000.000,00. HONORÁRIOS FIXADOS EM 5% SOBRE O VALOR DA CAUSA. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO, CONFORME PRECEDENTES.

1. Esta Corte Superior já orientara ser inviável a modificação da verba honorária dos Advogados, em sede de recurso especial, por demandar, em tese, a averiguação e avaliação do contexto fático-probatório dos autos, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ.

2. Esse entendimento é relativizado, sendo o teor da referida súmula objeto de mitigação, quando evidenciado nos autos que a verba honorária foi arbitrada em valores excessivos ou ínfimos, sem que para isso se faça necessário o reexame de provas ou qualquer avaliação quanto ao mérito da lide. Precedentes desta Corte: REsp 1.188.548/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, *DJe* 14.08.12; AgRg no REsp 1.225.273/PR, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, *DJe* 06.09.11; REsp 1.252.329/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, *DJe* 24.06.11; AgRg no Ag 1.209.161/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, *DJe* 01.06.11; AgRg 1.198.911/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, *DJe* 03.05.10.

3. In casu, os honorários advocatícios foram fixados pelo Tribunal a quo em R\$ 1.000,00, o que se mostra manifestamente irrisório, tendo em vista, sobretudo, o valor em disputa – cerca de R\$ 2.000.000,00 – pelo que aquela retribuição não é compatível com a dignidade do trabalho profissional advocatício; portanto, não é o caso de aplicar-se o art. 20, § 4º, do CPC, devendo os honorários serem majorados para 5% do valor da causa.

4. O exercício da Advocacia envolve o desenvolvimento de elaborações intelectuais frequentemente refinadas, que não

se expressam apenas na rapidez ou na facilidade com que o causídico o desempenha, cumprindo frisar que, em tal caso, essa desenvoltura (análise jurídica da situação e na produção da peça que a conterá) se deve ao acúmulo de conhecimento profissional especializado, acumulado em anos e anos de atividade; creio que todos devemos reconhecer (e talvez até mesmo proclamar) essa realidade da profissão advocatícia privada ou pública, sublinhando que sem ela a jurisdição restaria enormemente empecida e (talvez) até severamente comprometida.

5. Agravo regimental da Fazenda Nacional desprovido. (AgRg no AgRg no AREsp 215.208/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 12/04/2013)

Passo à análise da apelação interposta pela Fazenda Nacional.

De início, observo que logrou êxito o MM. Juiz sentenciante referente ao acolhimento do pedido autoral, para anular o lançamento fiscal objeto da NFLD n° 35.612.864-4, com a posterior declaração de inexigibilidade dos créditos tributários relacionados às contribuições ora em comento.

Com efeito, não apresenta caráter remuneratório a assistência médica prestada por serviço médico ou odontológico, seja proveniente da própria empresa ou por ela conveniado. Para isso, cite-se a isenção tributária plasmada no artigo 28, § 9º, q, da Lei 8.212/91, em que coloca como único requisito a abrangência da totalidade de empregados e dirigentes da empresa.

Entretanto, consoante analisou o MM. Juiz sentenciante, não conseguiu a Fazenda Nacional refutar esse aspecto, arguindo, apenas, a suposta prestação diferenciada entre os serviços prestados por um convênio ou pela própria empresa. Descabe, porém, essa alegação, na medida em que o próprio dispositivo expõe a possibilidade da isenção por serviço prestado pela própria empresa ou por ela conveniado.

Nessa esteira, também, como bem apontou o Juiz *a quo*, merece a leitura do artigo 458, § 2º, IV, da CLT, que também expõe a ideia de não considerar como salário os valores pagos pelo empregador a título dos serviços multirreferidos.

Sob esse prisma, colacionam-se jurisprudências do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região acerca do assunto debatido:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. PRIMEIROS 15 (QUINZE) DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA/ACIDENTE. 1/3 FÉRIAS. FÉRIAS INDENIZADAS. AVISO PRÉVIO E SEUS ACESSÓRIOS. VALE-TRANSPORTE. ASSISTÊNCIA MÉDICA, HOSPITALAR E ODONTOLÓGICA. NÃO INCIDÊNCIA. FÉRIAS. SALÁRIO-MATERNIDADE. HORAS EXTRAS. ADICIONAIS NOTURNO, DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. VALE-ALIMENTAÇÃO EM PECÚNIA. INCIDÊNCIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DEMANDA INTERPOSTA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LC 118/05.

- Decisão proferida pelo STF, em sede de repercussão geral (RE 566.621/RS; *DJ*, 11/10/11), determinando a aplicação da nova regra instituída pela LC 118/05 (prazo prescricional quinquenal) às demandas interpostas a partir da sua vigência (09 de junho de 2005).

- A presente demanda foi interposta em 2010.

- Não é cabível a incidência da contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 (quinze) dias do auxílio-doença pago pelo empregador ao empregado, vez que citada verba tem caráter indenizatório, ou seja, não salarial, já que não constitui contraprestação laboral (art. 28, parágrafo 9º, *n*, e art. 60, parágrafo 3º).

- O auxílio-acidente também tem natureza indenizatória, motivo pelo qual também não é cabível a incidência da contribuição previdenciária patronal.

- Segundo entendimento sedimentado do STJ, as férias gozadas têm natureza remuneratória, motivo pelo qual sobre dita verba deverá incidir a contribuição previdenciária.

- De acordo com o STF, não deverá incidir contribuição previdenciária sobre o adicional de 1/3 de férias, por não se incorporar à remuneração do servidor ou do empregado celetista para fins de aposentadoria.

- “A Primeira Seção, ao apreciar a Petição 7.296/PE (Rel. Min. Eliana Calmon), acolheu o Incidente de Uniformização de Jurisprudência para afastar a cobrança de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias”. (STJ. 1ª Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. AGA 1.358.108. *DJ*, 11/02/11).

- O abono de férias, correspondente ao montante pago a título de férias não gozadas, também tem caráter indenizatório, com base no art. 28, parágrafo 9º, *d*, da Lei 8.212/91, pois se presta a ressarcir o empregado por não ter usufruído de seu direito ao descanso anual.

- “Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial”. (STJ. 2ª Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. REsp 1.198.964. *DJ*, 04/10/10). Deverá ser excluída a incidência da contribuição previdenciária sobre as férias e a gratificação natalina (13º salário) proporcional ao aviso prévio, vez que as verbas acessórias seguem a regra da verba principal.

- Diante do fato de que o caso dos autos trata de verbas percebidas por empregados sujeitos ao regime geral da previdência social, é cabível a incidência da contribuição previdenciária sobre horas extras, vez que ditas verbas representam parcela importante no salário dos empregados, a este se incorporando por ocasião da aposentadoria.

- “É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que tanto os adicionais noturnos quanto as horas extras prestadas com habitualidade têm sua remuneração incorporada ao salário, motivo pelo qual incide sobre as verbas a contribuição previdenciária.” (STJ. 6ª Turma. Rel. Min. Sebastião Reis Junior. EDcl no AgRg no REsp 503.642/SC. *DJ*, 28/02/12).

- De acordo com decisão proferida pelo STF (RE 478.410/SP), a verba de vale-transporte não tem caráter salarial, seja paga em moeda ou em espécie, motivo pelo qual não deve incidir contribuição previdenciária (art. 28, parágrafo 9º, *f*, Lei 8.212/91).

- O auxílio alimentação, se pago em pecúnia e de forma habitual, dita verba integra o salário e, por conseguinte, tem natureza remuneratória, motivo pelo qual deverá integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária.

- Os valores pagos a título de assistência médica, hospitalar e odontológica, seja prestado diretamente ou através de plano de saúde, não integram o salário, motivo pelo qual também não compõem o salário de contribuição, com base no art. 458, parágrafo 2º, IV, da CLT e art. 28, parágrafo 9º, *q*, da Lei 8.212/91.

- Tomando por base o art. 28, I, Lei 8.212/91, a remuneração é integrada por qualquer rendimento pago durante um mês, sobre qualquer forma, destinados a retribuir o trabalho. Portanto, sendo os adicionais (noturno, de insalubridade e de periculosidade) verbas pagas com habitualidade e em contraprestação ao trabalho realizado por empregado em situações adversas integram a base de cálculo da contribuição previdenciária.

- Súmula 60, TST, aplicável ao adicional noturno e, analogicamente, também aos adicionais de insalubridade e de periculosidade.

- Jurisprudência pacificada neste Tribunal e nos Tribunais Superiores.

- O salário maternidade integra o conceito de salário, sendo, portanto, devida a incidência da contribuição previdenciária (art. 28, parágrafo 2º, da Lei 8.212/91).

- A compensação das exações recolhidas indevidamente deverá ser feita com as contribuições sociais revertidas ao Fundo do Regime Geral da Previdência Social, após o trânsito em julgado da ação (art. 170-A, CTN).

- Remessa oficial parcialmente provida para determinar que a compensação seja realizada apenas com contribuições da mesma espécie. Apelação da Fazenda Nacional parcialmente provida para determinar a aplicação do prazo prescricional quinquenal e para declarar o cabimento da incidência da contribuição previdenciária sobre horas extras e vale-refeição. Recurso adesivo da empresa demandante não provido.

(APELREEX 00063320520104058100, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, TRF5 - Segunda Turma, *DJe* - Data: 25/10/2012 - Página: 247.)

MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. LC 118/2005. APLICAÇÃO ÀS AÇÕES AJUIZADAS APÓS SUA VIGÊNCIA. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PLANOS DE SAÚDE. INCIDÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE A COBERTURA ABRANGIA A TOTALIDADE DOS EMPREGADOS E DIRIGENTES DA EMPRESA. LEI 8.212/91, ART. 28, PARÁGRAFO 9º, Q.

I - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 566.621 - RS, declarou a inconstitucionalidade do art. 4º da LC 118/2005, estabelecendo que o prazo prescricional de cinco anos, a partir do recolhimento indevido (art. 3º)

aplica-se às ações ajuizadas após a vigência da citada lei (09 de junho de 2005).

II - Hipótese em que a ação foi proposta após tal data, razão pela qual a prescrição alcança os valores recolhidos há mais de cinco anos do ajuizamento da ação.

III - A Lei 8.212/91, art. 28, parágrafo 9º, alínea q, estabeleceu que as quantias pagas a título de serviços médicos seriam excluídas do conceito de remuneração, desde que a cobertura abrangesse a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa.

IV - Hipótese em que a impetrante não trouxe aos autos prova de que a assistência prestada por serviço médico alcançava a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa, não se desincumbindo de ônus que era seu, nos termos do art 333, I, CPC.

V - Apelação não provida.

(PROCESSO: 00060284220114058400, AC 538.443/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (CONVOCADO), Quarta Turma, JULGAMENTO: 03/07/2012, PUBLICAÇÃO: DJe 05/07/2012 - Página 714)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE VERBAS PAGAS A TÍTULO DE PLANO DE SAÚDE. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC.

- O valor relativo à assistência prestada por serviço médico próprio da empresa ou por ela conveniado, não integra o salário-de-contribuição, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa. Inteligência do art. 28, parágrafo 9º, q, da Lei nº 8.212/91.

- *In casu*, deveria a Impetrante ter juntado cópia do contrato de prestação de serviço, a título de plano de saúde, celebrado com a AMIL, donde se poderia verificar a abrangência dos serviços prestados, se à totalidade dos empregados e dirigentes, a ensejar o caráter não salarial das verbas pagas no custeio do referido convênio e a consequente inexigibilidade da contribuição previdenciária sobre tais verbas. Em sede de mandado de segurança é necessário que haja lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e

certo, ou seja, a direito comprovado de plano, não comportando a hipótese de dilação probatória.

- Extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Apelação prejudicada.

(PROCESSO: 00060292720114058400, APELREEX 22038/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO, Segunda Turma, JULGAMENTO: 08/05/2012, PUBLICAÇÃO: *DJe* 24/05/2012 - Página 324)

Ademais, não merece prosperar o argumento aduzido pela Fazenda Nacional no sentido de se considerar os estabelecimentos da GRENDENE S/A como parte de um todo, isto é, como sociedade empresária. Para isso, verifica-se que o entendimento jurisprudencial é em sentido diametralmente oposto, uma vez que cada estabelecimento comercial ou industrial, para fins fiscais, é considerado como pessoa jurídica autônoma, com CNPJ diferente e estatuto social próprio. Como se percebe *in verbis*:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO. IPI. INSUMOS ISENTOS, NÃO TRIBUTADOS OU TRIBUTADOS À ALÍQUOTA ZERO. ART. 166 DO CTN. TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO FINANCEIRO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CRÉDITOS ESCRITURAIS. SISTEMÁTICA DA NÃO CUMULATIVIDADE. APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS. COMPENSAÇÃO. ARTS. 73 E 74 DA LEI Nº 9.430/96. REDAÇÃO ORIGINAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA EM CARÁTER EXCEPCIONAL. ILEGÍTIMA OPOSIÇÃO DO FISCO. PRECEDENTES. LEGITIMIDADE. MATRIZ. FILIAL.

1. É firme a orientação da 1ª Seção do STJ no sentido da desnecessidade de comprovação da não transferência do ônus financeiro correspondente ao tributo, nas hipóteses de aproveitamento de créditos de IPI, como decorrência do mecanismo da não cumulatividade. Precedentes: REsp 640.773/SC, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, *DJ* de 30.05.2005 e REsp 502.260/PR, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 09.02.2004.

2. A orientação predominante fixa em cinco anos o prazo prescricional para o aproveitamento dos créditos escriturais. Precedentes: REsp 654.472/PR, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, *DJ* de 28.02.2005 e REsp 554.794/SC, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 11.10.2004.

3. Não se pode confundir as hipóteses de repetição de

indébito tributário com as de aproveitamento de créditos escriturais decorrentes do mecanismo da não cumulatividade. De fato, são distintas, seja quanto aos fundamentos, seja quanto ao modo de operacionalização, as hipóteses (a) em que o contribuinte busca recuperar quantias indevidamente recolhidas ao fisco e (b) aquelas em que, para dar cumprimento ao princípio constitucional da não cumulatividade, pode abater do valor do tributo a recolher as somas pagas nas etapas anteriores da cadeia produtiva.

4. No que diz respeito ao creditamento de valores de IPI, gerados nas sucessivas etapas da cadeia produtiva, a forma ordinária de operacionalizar o princípio da não cumulatividade é “efetivada pelo sistema de crédito, atribuído ao contribuinte, do imposto relativo a produtos entrados no seu estabelecimento, para ser abatido do que for devido pelos produtos dele saídos, num mesmo período” (RIPI - Decreto 2.637/98, art. 146), sendo que “quando, do confronto dos débitos e créditos, num período de apuração do imposto, resultar saldo credor, será este transferido para o período seguinte” (RIPI, art. 178, parágrafo único).

5. Somente com o advento da Lei 9.779/99 (art. 11) surgiu a possibilidade de utilização dos mencionados créditos cujo aproveitamento não seja possível na forma ordinária (abatimento do IPI devido na saída de mercadorias) para pagamento, na modalidade de compensação, de outros tributos federais, na forma dos arts. 73 e 74 da Lei 9.430/96. Tais dispositivos, originalmente, condicionavam a compensação a prévio requerimento do contribuinte à Secretaria da Receita Federal.

6. A compensação, portanto, é forma excepcional de utilização dos créditos de IPI decorrentes da sistemática da não cumulatividade, razão pela qual só é cabível nos limites fixados pela norma autorizadora específica.

7. No caso concreto, a ação foi ajuizada em 12.03.2002 – na vigência, portanto, da redação original da Lei 9.430/96, cujo art. 74 condicionava o aproveitamento dos créditos mediante compensação ao requerimento administrativo do contribuinte à Secretaria da Receita Federal. Não houve, ao que consta dos autos, qualquer requerimento administrativo no sentido de se compensar o IPI creditado, não podendo, desta forma, ser autorizada a compensação. Ressalva-se, entretanto, o direito da impetrante de proceder à compensação dos créditos na conformidade com a

legislação vigente (art. 11 da Lei 9.779/99, c/c art. 74 da Lei 9.430/96, com a redação da Lei 10.637/02).

8. A jurisprudência do STJ e do STF é no sentido de ser indevida a correção monetária dos créditos escriturais de IPI, relativos a operações de compra de matérias-primas e insumos empregados na fabricação de produto isento ou beneficiado com alíquota zero. Todavia, é devida a correção monetária de tais créditos quando o seu aproveitamento, pelo contribuinte, sofre demora em virtude de resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco. É forma de se evitar o enriquecimento sem causa e de dar integral cumprimento ao princípio da não cumulatividade. Precedentes do STJ e do STF. Precedentes: REsp 640.773/SC, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, *DJ* de 30.05.2005 e EREsp 468.926/SC, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 13.04.2005.

9. “Em se tratando de tributo cujo fato gerador operou-se de forma individualizada, tanto na matriz, quanto nas filiais, não se outorga àquela legitimidade para demandar, isoladamente, em juízo, em nome destas. **Os estabelecimentos comerciais e industriais, para fins fiscais, são considerados pessoas jurídicas autônomas, com CNPJ diferentes e estatutos sociais próprios**”. (REsp 711.352/RS, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, *DJ* de 26.09.2005).

10. Recursos especiais desprovidos.

(RESP 200400907454, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, *DJ* DATA: 05/10/2006 PG: 00241 DTPB:.)

Por fim, não há o que se debater acerca da decadência da constituição do crédito tributário em relação às contribuições anteriores a novembro de 1999, já que, consoante o parágrafo único do artigo 173 do CTN, o prazo decadencial se inicia a partir da notificação do sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. *In casu*, isso se verificou a partir do Mandado de Procedimento Fiscal e o Termo de Intimação para Apresentação de Documento - TIAD, às fls. 105/106, com a devida notificação da empresa acerca do início da ação fiscal, em 24/11/2004. Conta-se, pois, a partir disso, o início do prazo decadencial de 5 anos – que, frise-se, já transcorreu, para os créditos anteriores a novembro de 1999.

Destarte, reformo parte da sentença apenas para majorar os honorários advocatícios para 3% (três por cento) do valor da causa.

Assim, com estas considerações, dou parcial provimento à apelação do particular e nego provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 29.081-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Apelada: MARIA DOS ANJOS DA SILVA NOVO
Advs./Procs.: DRS. MARCOS ANTÔNIO INÁCIO DA SILVA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OBRIGATÓRIA. APELAÇÃO. PENSÃO POR MORTE. FALECIMENTO DO ESPOSO. PERCEPÇÃO ANTERIOR DE LOAS. DE CUJUS TRABALHADOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. CARÊNCIA. EXEGESE DA LEI 8.213/91. JUROS DE MORA. PRECEDENTES.

- Ao cônjuge e a(o) companheira(o) na condição de beneficiário do Regime Geral da Previdência Social, como dependente do segurado, é cabível a concessão de pensão por morte, sendo dispensável a comprovação da dependência econômica, que, neste caso, é presumida. Exegese do § 4º do art. 16 da Lei nº 8.213/91.

- Na hipótese vertente, restou comprovada a condição rurícola do instituidor do benefício, e de cônjuge da postulante, através de prova testemunhal e documentos, tais como: Certidão de

Casamento ocorrido em 1980, na qual consta a profissão do esposo da autora como “agricultor” (fl. 12), condição esta que passa para a requerente, conforme entendimento do e. STJ e da Súmula nº 6 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais; registro de nascimento dos filhos do de cujus, nos quais consta a profissão deste como agricultor (fls. 17 a 19); declaração de exercício de atividade rural, passada pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Teixeira (fl. 15); ficha de requerimento de matrícula do filho do de cujus, na qual este é qualificado como agricultor (fl. 35).

- O fato de receber anteriormente o de cujus amparo social, não consiste em um impedimento para que seja reconhecido o direito à pensão por morte a seus dependentes, pois, no caso sub examine, na época da concessão do amparo, faria jus o demandante à percepção da aposentadoria por invalidez na qualidade de trabalhador rural. Nesse sentido vem se posicionando a jurisprudência majoritária deste e. Tribunal.

- Direito reconhecido à parte autora ao benefício de pensão por morte, desde o seu requerimento administrativo, nos termos da Lei nº 8.213/91.

- Juros de mora a partir da citação, conforme a Súmula nº 204 do STJ, fixados de acordo com os índices da caderneta de poupança. Correção monetária mantida segundo o Manual de Cálculos do Conselho da Justiça Federal.

- Verba honorária mantida em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, de acordo com o § 4º do art. 20 do CPC, porém, devendo ser observado o teor da Súmula nº 111 do c. Superior Tribunal de Justiça.

- Apelação e remessa obrigatória parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade dar parcial provimento à apelação e à remessa obrigatória nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 13 de março de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de apelação cível interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, contra sentença do MM. Juiz Federal da 14ª Vara Federal de Patos, a de julgar procedente o pedido de pensão por morte face ao falecimento do cônjuge da postulante, segurado especial. Condenou, ainda, a autarquia previdenciária ao pagamento dos atrasados desde a data do requerimento (13/03/2006), com DIP em 01/02/2013, respeitada prescrição quinquenal, com correção monetária e juros de mora na forma prevista pelo Manual de Orientação e Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, conforme resolução do CJF de nº 134, de 21/12/2010.

Nas razões recursais postula o INSS, em apertada síntese, a reforma da sentença de primeiro grau, alegando não haver comprovação a respeito da condição de rural do falecido. Caso assim não se entenda, requer a aplicação da Súmula nº 111 do STJ no que diz respeito à verba honorária.

Contrarrazões apresentadas.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A matéria trazida a deslinde, através do processo *sub examine*, consiste na verificação do direito da autora, Maria dos Anjos da Silva Novo, à percepção do benefício de pensão por morte, em face do óbito de seu cônjuge, Jurandi Arruda Novo, agricultor.

É certo que o art. 16 da Lei nº 8.213/91 disciplinou, no inciso I, a figura do cônjuge como beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado. E, no § 4º, estabeleceu que a dependência econômica das pessoas elencadas no inciso I é presumida, dispensando, pois, comprovação.

O mesmo diploma legal, no seu artigo 74, com a atual redação, vigente à época do falecimento do ex-segurado, prevê que “a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; do requerimento, quando requerida após esta data e da decisão judicial, no caso de morte presumida”. E o artigo 26, também da Lei nº 8.213/1991, relaciona as espécies de benefícios que independem de carência, arrolando, no inciso I, a pensão por morte.

Passando à análise dos documentos apresentados com a exordial, verifica-se que a qualidade de cônjuge da requerente restou comprovada através da certidão de casamento de fl. 12.

Condição *sine qua non* para a propositura da presente ação é a prova da qualidade de segurado especial do falecido, necessária a embasar o interesse do autor a postular em juízo o benefício previdenciário em comento. E para tal fim a postulante juntou à petição inicial a seguinte documentação: Certidão de Casamento ocorrido em 1980, na qual consta a profissão do esposo da autora como “agricultor” (fl. 12), condição esta que passa para a requerente, conforme entendimento do e. STJ e da Súmula nº 6 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais; registro de nascimento dos filhos do *de cujus*, nos quais consta a profissão do mesmo como agricultor (fls. 17 a 19); declaração de exercício de atividade rural, dada pelo Sindicato

dos Trabalhadores Rurais de Teixeira (fl. 15); ficha de requerimento de matrícula do filho do *de cuius*, na qual este é qualificado como agricultor, fl. 35.

Neste processo, inclusive, houve a oitiva de testemunhas, as quais foram bastante coerentes, e em consonância com o depoimento da autora.

Vale reproduzir ementa da lavra do Exmo. Sr. Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, a qual se reporta à questão atinente à prova testemunhal.

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA POR IDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL E PROVA TESTEMUNHAL. VALIDADE. TERMO INICIAL DA CONDENAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. O art. 202, I, da Constituição Federal e o art. 48, parágrafo 1º, da Lei nº 8.213/91, asseguram ao trabalhador rural o direito à aposentadoria por idade ao completar 60 (sessenta) anos, se homem, e 55 (cinquenta e cinco), se mulher.

2. No presente caso, os requisitos da idade, do desempenho da atividade rural e do tempo em que foi exercida, restaram comprovados através de cédula de identidade, de comprovantes de recolhimento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, de Certidão de Casamento onde consta a profissão de agricultor, e de testemunha. Não há, assim, que se falar em ausência de início de prova material. Ademais, conforme o caso, a prova exclusivamente testemunhal deve ser admitida.

3. Tendo restado comprovado que na ocasião em que foi efetuado o requerimento administrativo o apelado preenchia os requisitos necessários à concessão da aposentadoria pretendida, os efeitos da condenação devem retroagir àquela data.

4. Os débitos relativos a benefícios previdenciários vencidos e cobrados em juízo depois da vigência da Lei nº 6.899/81 devem ser corrigidos monetariamente em consonância com a forma nela prevista e nas alterações posteriores, não se aplicando a tais casos a Súmula 71 do extinto TFR.

5. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. (TRF - 5ª Região, AC nº 226.248-CE, 4ª Turma, julgamento: 19.09.2000, publicação: DJU 06.10.2000, pág.: 00355)

Ademais, na avaliação das provas da alegada condição de segurado especial, não deve o juiz proceder com rigor excessivo a tal ponto de tornar quase impossível a comprovação, pois é importante ter em mente as precárias condições econômicas, sociais e culturais de tais trabalhadores.

O benefício pensão por morte, nos termos do art. 26, inciso I, da Lei nº 8.213/91, independe de carência.

O fato de receber anteriormente o *de cujus* um amparo social, não consiste em um impedimento para que seja reconhecido o direito à pensão por morte a seus dependentes, pois, no caso *sub examine*, na época da concessão do amparo, faria jus o demandante à percepção da aposentadoria por invalidez na qualidade de trabalhador rural. Nesse sentido vem se posicionando a jurisprudência majoritária deste e. Tribunal.

Nesse sentido, colho os seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE DE RURÍCOLA, BENEFICIÁRIO DE AMPARO SOCIAL. COMPROVAÇÃO DE QUE O FALECIDO PREENCHIA OS REQUISITOS LEGAIS PARA A PERCEPÇÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DIREITO DA ESPOSA À PENSÃO POR MORTE. DIB. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. JUROS MORATÓRIOS. HONORÁRIOS.

1. Pretensão da autora de obter a pensão por morte do cônjuge, falecido em 27.2.2009, e beneficiário do “Amparo Previdenciário Invalidez - Trabalhador Rural”, consoante o documento de fl. 58.

2. Aos dependentes de segurado falecido é devido o benefício da pensão por morte, desde que comprovada sua condição de herdeiro, associado à comprovação de rurícola do falecido.

3. Embora o segurado recebesse o benefício do Amparo Social, que não faz surgir o direito da pensão por morte aos dependentes, ficou comprovado nos autos que, à época do requerimento administrativo do referido benefício assistencial, o falecido já fazia jus à aposentadoria por invalidez, porque possuía a condição de segurado especial, além de estar incapacitado para o trabalho, fato este reconhecido pela própria Autarquia Previdenciária ao deferir o benefício da LOAS.

4. Tendo ficado cabalmente demonstrada a condição de segurado especial do falecido, o atendimento dos requisitos para a aposentadoria por invalidez, bem como a condição de dependência da autora, não há óbice ao deferimento da pensão por morte, a contar da data do requerimento administrativo.

5. Juros de mora e correção monetária fixados nos termos do que dispõe a Lei nº 11.960/09, uma vez que a ação foi ajuizada após a edição deste diploma legal.

6. Honorários advocatícios mantidos em 10% (dez por cento), sobre o valor da condenação, observados os limites da Súmula nº 111 do STJ.

7. Apelação e remessa necessária providas, em parte (item 5). (APELREEX 17.728/PB, Terceira Turma, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, unânime, Diário da Justiça Eletrônico (*DJe*) - 14/10/2011 - Página 235)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL CONCEDIDO EQUIVOCADAMENTE. TRABALHADOR RURAL. COMPROVAÇÃO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL E TESTEMUNHAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111 DO STJ.

I. Ao demandante, cônjuge da trabalhadora rural falecida e na qualidade de dependente deste, assiste o direito à pensão por morte, nos termos da Lei nº 8.213/91, artigos 16 e 74.

II. No presente caso, a prova testemunhal e os elementos materiais carreados aos autos comprovam atividade rural do cônjuge do autor, para fins de obtenção de benefício previdenciário.

III. O fato de o *de cuius* ter recebido o benefício de amparo social para pessoa portadora de deficiência não impede a concessão de pensão por morte aos seus dependentes, quando restar comprovado que o extinto, na realidade, fazia jus ao recebimento de aposentadoria por idade, na ocasião da concessão equivocada de benefício assistencial. (Precedente: AC 2005.03.99.012400-5, Rel. Des. Fed. Galvão Miranda, 10ª T., TRF3, 08.06.2005)

IV. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observando-se o disposto na Súmula nº 111 do STJ.

(AC 520.181-PB, Quarta Turma, unânime, Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado), Diário da Justiça Eletrônico (*DJe*) - 30/06/2011 - Página 580)

Assim, restaram provados pela autora, através da prova documental e testemunhal juntada aos autos, todos os requisitos para a concessão do benefício pensão por morte de trabalhador rural desde o momento do requerimento administrativo.

Juros de mora a partir da citação, conforme a Súmula nº 204 do STJ, fixados de acordo com os índices da caderneta de poupança. Correção monetária segundo o Manual de Cálculos do Conselho da Justiça Federal.

Verba honorária mantida em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, de acordo com o § 4º do art. 20 do CPC, devendo ser observado, porém, o teor da Súmula nº 111 do c. Superior Tribunal de Justiça.

Posto isso, dou parcial provimento à apelação e à remessa obrigatória.

Assim voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 30.316-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: HORTÊNCIA TAVARES CARVALHO
Recte. Ades.: HORTÊNCIA TAVARES CARVALHO
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. THIAGO D'AVILA MELO FERNANDES E OUTROS (APDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. MÉDICA. SEGURADO AUTÔNOMO. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES PREJUDICIAIS À SAÚDE. POSSIBILIDADE. ART. 57 DA LEI 8.213/91. TERMO INICIAL. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 11.960/2009. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111 DO STJ.

- O tempo de serviço é regido sempre pela lei da época em que foi prestado. Dessa forma, em res-

peito ao direito adquirido, se o trabalhador laborou em condições adversas e a lei da época permitia a contagem de forma mais vantajosa, o tempo de serviço assim deve ser contado e lhe assegurado.

- Esta egrégia Corte já entendeu que “antes da vigência da Lei nº 9.032/95, o desempenho da atividade de médico, obedecidos os prazos legais de tempo de serviço e idade, gerava direito à aposentadoria especial, independentemente de qualquer outra exigência, uma vez que a medicina estava prevista nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 (códigos 2.1.3 e 1.3.2) e 83.080/79 (códigos 1.3.4 e 2.1.3) (AC 514.808/RN, Terceira Turma, Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJe 08/10/2013); dessa forma, impõe-se reconhecer como insalubre por presunção legal, o tempo de serviço prestado pela autora no período de junho de 1980 até 28.04.95, na condição de médica, não se cogitando de necessidade de efetiva demonstração dos agentes nocivos, por se cuidar de interstício anterior à Lei 9.032/95.

- Quanto ao período posterior à Lei 9.032/95 - 28.04.95 a 30.07.99, restou demonstrado, através de PERFIL PROFISSIONAL PREVIDENCIÁRIO - PPPS, (fls. 332/333), com indicação de profissional legalmente habilitado, que a demandante efetivamente exerceu suas funções de Médica, na GEAP - FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL, sujeita a condições especiais de modo habitual e permanente, expondo-se a doenças infectocontagiosas fazendo jus, portanto, ao cômputo de serviço especial de forma majorada.

- No que se refere ao labor desenvolvido no período de 01.08.99 a 03.03.2011, consta nos autos documentos que demonstram ter a autora contribuído como autônoma. Em que pese o PPP correlato ter sido assinado pela própria autora,

na condição de médica do trabalho, o laudo elaborado pelo perito judicial é bastante claro ao expor que como Clínica Geral, em atendimento a pacientes, a autora está exposta a qualquer doença infectocontagiosa, em seu consultório, em todo o período trabalhado. Ainda segundo o mesmo laudo, os agentes agressivos à saúde a que a autora está exposta são aqueles constantes do item 3.0.1 do anexo IV do Decreto 3.048/99 e nos Decretos 53.381/64 e 83.080/79.

- Importa salientar que para a demonstração da permanência e habitualidade da atividade insalubre não é necessária a exposição ao agente agressivo durante toda a jornada laboral, mas apenas o exercício de atividade, não ocasional, nem intermitente, que o exponha habitualmente a condições especiais, prejudiciais à sua saúde ou integridade física, o que restou devidamente demonstrado nos autos. (Precedentes: TRF1 AC 200238000348287, Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, 07.10.08; TRF2, AC 200451040001407, Des. Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, 22.01.08;)

- Acrescente-se o fato de que mesmo tendo a autora laborado na condição de autônoma não lhe tira o direito à contagem do tempo especial (Precedente desta Corte: AC 00072398620104 058000, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma, DJe - Data: 02/07/2013 - Página: 413).

- Restando devidamente comprovado que a autora exerceu por mais de 25 anos as suas atividades em condições especiais, na função de médica, é de se lhe conceder aposentadoria especial, nos termos preconizados pelo art. 57 da Lei 8.213/91. Precedentes desta Corte.

- Os juros moratórios são devidos, a contar da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção

monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09 (ADIn 4.357/DF e ADIn 4.425-DF, Rel. Min. Ayres Britto), deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período (REsp 1.270.439/PR, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 1/8/2013).

- Honorários advocatícios mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação imposta ao INSS, observados os limites da Súmula 111 do STJ.

- Recurso adesivo do particular provido, para o fim de conceder-lhe aposentadoria especial, a partir do requerimento administrativo; e apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas, apenas para adequar os critérios de condenação em juros de mora, correção monetária e honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 30.316-SE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento ao recurso adesivo do particular e dar parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 30 de julho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de remessa oficial e apelação cível interposta pelo INSS contra sentença proferida pelo doutro Juízo da 1ª Vara Federal de Sergipe-SE que julgou o pedido formulado na peça exordial,

para condenar o INSS a reconhecer o tempo de trabalho prestado pela autora em condições especiais, no período de 16.06.90 a 30.07.99, concedendo-lhe em seguida aposentadoria por tempo de contribuição, considerando 32 anos, 10 meses e 7 dias de tempo de contribuição, além do pagamento das diferenças resultantes da concessão até a efetiva implantação do benefício, devidamente acrescidas de correção monetária e juros de mora; além de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

2. O INSS, em sede de razões recursais, alega em síntese que para concessão de aposentadoria especial, exige-se, inexoravelmente, a efetiva exposição ao agente nocivo prejudicial à saúde ou integridade física, bem como o necessário enquadramento no quadro de atividades para esse fim editado, o que não restou devidamente demonstrado nos autos. Requer, caso seja mantida a decisão, a modificação do julgado no que se refere à condenação em honorários advocatícios.

3. No recurso adesivo de fls. 865/877, a parte autora postula a modificação parcial da decisão, para que também seja reconhecido como especial, em acréscimo aos períodos já reconhecidos, os períodos trabalhado como médica autônoma de 19.02.79 a 30.07.90 e de 01.08.99 a 03.03.2011, seja em razão da comprovação da especialidade, seja por presunção legal; e, conseqüentemente, seja concedido o benefício de aposentadoria especial, com DIB em 03.03.2010.

4. Contrarrazões apresentadas.

5. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT (Relator):

1. Versa a matéria dos presentes autos acerca da possibilidade (ou não) do reconhecimento do tempo de serviço exercido em condições especiais pela autora, na função de médica, no período de 1980 a 2011, objetivando-se a concessão aposentadoria especial.

2. Inicialmente, apresenta-se indispensável tecer algumas considerações a respeito das condições de trabalho prestado em regime especial para efeito de aposentadoria.

3. A aposentadoria especial foi instituída pelo art. 31 da Lei 3.807/60, e *pode ser conceituada como sendo o benefício decorrente do trabalho realizado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, de acordo com a previsão de lei.*

4. A Lei 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, assim disciplinou a aposentadoria especial:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

5. Por sua vez, o Decreto 611/92, ao regulamentar a Lei 8.213/91, reiterou o disposto nos anexos I e II dos Decretos 83.080/79 e 53.831/64, possibilitando a aposentação por segurados pertencentes a determinadas categorias, conforme o disposto no seu art. 292, *in verbis*:

Art. 292. Para efeitos de concessão das aposentadorias especiais, serão considerados os anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovados pelo Decreto 83.080, de 24 de janeiro de 1979, e o anexo do Decreto 53.831, de 25 de março de 1964, até que seja promulgada a lei que disporá sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física.

6. O atual regramento legal deste benefício foi basicamente delineado pela Lei 9.032/95, *que excluiu a possibilidade de alguns se aposentarem de modo precoce, sem comprovação da nocividade de sua atividade, somente por pertencerem a determinadas categorias profissionais.*

7. Dessa forma, atualmente, não se admite mais o enquadramento *por atividade* para concessão do benefício, mas, sim, a comprovação efetiva da atividade em condições especiais, em face da Lei 9.032/95, que, ao alterar o dispositivo insculpido no art. 57, parág. 3º, da Lei 8.213/91, passou exigir como condição *sine qua non* para a concessão da aposentadoria especial, além das ante-

riormente exigidas, também o tempo de trabalho de maneira permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde e a integridade física, durante o período mínimo de 15, 20, ou 25 anos.

8. No entanto, tais classificações, quanto a atividades e agentes nocivos, são meramente exemplificativas visto que é a presença do agente danoso no processo produtivo e no meio ambiente de trabalho quem determina o benefício.

9. Partilha do mesmo entendimento da doutrina a jurisprudência dos Tribunais, através de inúmeros acórdãos:

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. ATIVIDADE PROFISSIONAL: DECRETOS N°S 53.831/1964 E 83.080/79. ROL EXEMPLIFICATIVO. ENGENHEIRO ELETRÔNICO. EQUIPARAÇÃO A ENGENHEIRO ELETRICISTA. RESOLUÇÃO 218/73 DO CONFEA.

1. De acordo com a jurisprudência do STJ, o rol de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas previstas nos Decretos ns. 53.831/1964 e 83.080/79 é apenas exemplificativo; de tal forma que “a ausência do enquadramento da atividade desempenhada não inviabiliza a sua consideração para fins de concessão de aposentadoria” (REsp 666.479/PB, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, Sexta Turma, julgado em 18/11/2004, DJ 01/02/2005, p. 668).

(TRF 1R., AC 200634000098208, Primeira Turma, Rel. Des. Federal Conv. CHARLES RENAUD FRAZAO DE MORAES, DJU 01.02.11, p. 15)

10. Ademais, o *caput* do art. 57 da Lei 8.213/91 não distingue que espécie de segurado é que terá direito à referida aposentadoria, o que importa dizer que pode ser qualquer deles; a condição fundamental é, portanto, a comprovação pelo segurado da efetiva exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

11. Portanto, a legislação superveniente não poderia afastar o direito adquirido do trabalhador, deixando-o desamparado, depois de, efetivamente, ter exercido atividades sob condições desfavoráveis.

ráveis à sua integridade física; de maneira que, para a concessão do benefício de Aposentadoria Especial, neste caso, é necessário o demandante comprovar, tão só, o exercício de atividade perigosas, insalubres ou penosas, pelo tempo mínimo exigido em lei.

12. Esta egrégia Corte já entendeu que “antes da vigência da Lei nº 9.032/95, o desempenho da atividade de médico, obedecidos os prazos legais de tempo de serviço e idade, gerava direito à aposentadoria especial, independentemente de qualquer outra exigência, uma vez que a medicina estava prevista nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 (códigos 2.1.3 e 1.3.2) e 83.080/79 (códigos 1.3.4 e 2.1.3) (AC 514808/RN, Terceira Turma, Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, *DJe* - 08/10/2013); dessa forma, impõe-se reconhecer como insalubre por presunção legal, o tempo de serviço prestado pela autora no período de junho de 1980 até 28.04.95, na condição de Médica, não se cogitando de necessidade de efetiva demonstração dos agentes nocivos, por se cuidar de interstício anterior à Lei 9.032/95.

13. Quanto ao período posterior à Lei 9.032/95 - 28.04.95 a 30.07.99, restou demonstrado, através de PERFIL PROFISSIONAL PREVIDENCIÁRIO - PPPS, (fls. 332/333), com indicação de profissional legalmente habilitado, que a demandante efetivamente exerceu suas funções de Médica, na GEAP - FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL, sujeita a condições especiais de modo habitual e permanente, expondo-se a *doenças infectocontagiosas* fazendo *jus*, portanto, ao cômputo de serviço especial de forma majorada.

14. No que se refere ao labor desenvolvido no período de 01.08.99 a 03.03.2011, consta nos autos documentos que demonstram ter a autora contribuído como autônoma. Em que pese o PPP correlato ter sido assinado pela própria autora, na condição de médica do trabalho, o laudo elaborado pelo perito judicial é bastante claro ao expor que como Clínica Geral, em atendimento a pacientes, a autora está exposta a qualquer doença infectocontagiosa, em seu consultório, em todo o período trabalhado. Ainda segundo o mesmo laudo, os agentes agressivos à saúde a que a autora está exposta são aqueles constantes do item 3.0.1 do anexo IV do Decreto 3.048/99 e nos Decretos 53.381/64 e 83.080/79.

15. Importa salientar que para a demonstração da permanência e habitualidade da atividade insalubre não é necessária a exposição ao agente agressivo durante toda a jornada laboral, mas apenas o exercício de atividade, não ocasional, nem intermitente, que o exponha habitualmente a condições especiais, prejudiciais à sua saúde ou integridade física, o que restou devidamente demonstrado nos autos (Precedentes: TRFF1 AC200238000348287, Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, 07.10.08; TRF2, AC 2004510 40001407, Des. Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, 22.01.08;)

16. Acrescente-se o fato de que mesmo tendo a autora laborado na condição de autônoma não lhe tira o direito à contagem do tempo especial. Neste sentido, já se pronunciou esta egrégia Corte:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO AUSENTE. MÉRITO CONTESTADO. DECRETOS Nº 83.080/79 E 53.831/64. LEI Nº 9.032/95. MÉDICO. CONDIÇÃO ESPECIAL PRESUMIDA ATÉ A PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 9.032/95. CTPS. PPP. PROVA TESTEMUNHAL. SEGURADO AUTÔNOMO. ARTS. 57 E 58 DA LEI Nº 8.213/91. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Em se tratando de benefícios previdenciários, necessário o prévio requerimento administrativo, a fim de gerar o conflito de interesses, legitimando, assim, o ingresso perante o Poder Judiciário, apesar do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

2. Entretanto, uma vez apresentada resistência à pretensão autoral, através de contestação ao mérito, formada está a lide, sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário.

3. É devida a concessão do benefício de aposentadoria especial, quando comprovado por prova documental – CTPS, DSS-8030, Laudo de Perícia Técnica, PPP, LTCAT – que a atividade exercida enquadra-se nos Decretos nº 53.831/64 83.080/79, 611/92, 2.172.97 e 3.048/99.

4. A qualificação do tempo de serviço como especial para efeito de sua conversão em tempo comum ou para concessão de aposentadoria especial se dá de acordo com a legislação em vigor à época da prestação do serviço.

5. Para o reconhecimento das condições especiais em que foi prestado o serviço pelo segurado, para fins de aposentadoria especial, até a vigência da Lei nº 9032/95, não se fazia necessária a apresentação de laudos periciais para comprovar a sua exposição aos agentes nocivos à saúde e à integridade física, bastando para tanto a previsão dos referidos agentes nos Anexos aos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79.

6. Com edição da Lei nº 9.032, de 28.04.95, o legislador ordinário passou a condicionar o reconhecimento do tempo de serviço em condições especiais à comprovação da exposição efetiva aos agentes nocivos à saúde e à integridade física do segurado, para fins de aposentadoria especial, que se dava através dos formulários SB-40 e DSS-8030.

7. Após a edição da Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97, passou-se a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, através de formulário emitido pela empresa, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

8. Insalubridade demonstrada. Exposição a raio x, vírus, bactérias e fungos.

9. Segurado autônomo faz jus ao recebimento de aposentadoria especial. Impossibilidade de distinção. Arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91. Precedentes.

10. Honorários advocatícios mantidos em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

11. Apelação não provida.

(AC 00072398620104058000, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma, DJe - Data: 02/07/2013 - Página: 413.)

17. Dessa forma, restando comprovado que a autora exerceu por mais de 25 anos as suas atividades sob condições especiais, na função de médica, é de se lhe conceder o benefício de aposentadoria especial, a partir do requerimento administrativo.

18. Neste diapasão resta assente, de forma pacífica, a jurisprudência, conforme se depreende do fragmento abaixo transcrito:

É devida a aposentadoria especial ao obreiro que exerça, por mais de 25 anos, atividades insalubres que prejudicam sua saúde e integridade física, comprovadas através de perícia, ainda que não arroladas no Decreto 83.080/79. (STJ, REsp 178.139, Rel. Min. EDSON VIDGAL, *DJU* 18.10.99, p. 253)

Requeru o autor a concessão de aposentadoria especial mediante prova testemunhal e documental. Havendo habitualidade ou permanência no exercício da atividade insalubre, o tempo de serviço deve ser considerado especial para fins de aposentadoria. (TRF1, AC 199801000848710, Rel. Des. Federal DERIVALDO DE FIGUEIREDO BEZERRA FILHO, *DJU* 01.04.02, p. 186)

Restando devidamente comprovado pelo autor, com início de prova material, o exercício da atividade insalubre por mais de 25 anos, mesmo após a Lei 9.032/95, preencheu o mesmo, os requisitos necessários à concessão de aposentadoria especial nos termos da legislação previdenciária. (TRF5, AC 326.715-AL, Rel. Des. Federal PETRUCIO FERREIRA, *DJU* 03.03.04, p. 42)

19. Os juros moratórios são devidos, a contar da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09 (ADIn 4.357/DF e ADIn 4425-DF, Rel. Min. Ayres Britto), deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período (REsp 1.270.439/PR, Rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 1/8/2013).

20. Honorários advocatícios mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação imposta ao INSS, observados os limites da Súmula 111 do STJ.

21. Diante do exposto, dou provimento ao recurso adesivo do particular, para o fim de conceder-lhe aposentadoria especial, a partir do requerimento administrativo; e dou parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, apenas para adequar os critérios de condenação em juros de mora, correção monetária e honorários advocatícios.

22. É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 30.544-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA

Apelantes: ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES E AMIGOS DO BAIRRO JARDIM OCEANIA - AMAOCEANIA, UNIÃO, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA (PB)

Apelado: ANDRÉS MIGUEL KUENERZ VON DESSAUER

Advs./Procs.: DRS. NADIR LEOPOLDO VALENGO E OUTRO, THACIANO RODRIGUES DE AZEVEDO E OUTROS E MANOEL FRANCISCO DE FIGUEIREDO

EMENTA: ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO POPULAR. PROJETO ORLA. BEIRA MAR DA PRAIA DO BESSA, EM JOÃO PESSOA. REQUALIFICAÇÃO URBANA. PRELIMINARES ARGUIDAS REJEITADAS. VEGETAÇÃO NATIVA PROTETORA/FIXADORA DAS DUNAS E NINHOS DE TARTARUGA DE-PENTE (ERETMOCHELYS IMBRICATA) EXISTENTES NA PRAIA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PROJETO URBANÍSTICO QUE NÃO ATENDE ÀS QUESTÕES AMBIENTAIS. SUPRESSÃO APENAS DA PARTE DA SENTENÇA QUE VEDOU QUALQUER INTERVENÇÃO FUTURA NA ÁREA.

- Remessa oficial e apelações da sentença que julgou procedente o pedido deduzido em Ação Popular, ajuizada por ANDRÉS MIGUEL KUENERZ VON DESSAUER, em face do MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA e outros, para declarar a ilegalidade da pretensão de urbanizar o trecho compreendido entre o final da Av. João Maurício e o late Clube da Paraíba (Loteamento Jardim Oceania), em João Pessoa, vedando à UNIÃO autorizar a ocupação da área pública (terreno de marinha) para fins de urbanização.

- Apelações da Associação dos Moradores e Amigos do Bairro Jardim Oceania, da União, do

Ministério Público Federal e do Município de João Pessoa.

- Não há que se falar em intempestividade das apelações da Associação dos Moradores e Amigos do Bairro Jardim Oceania e da União, ao argumento de apresentação prematura de ambos os recursos interpostos, eis que os recorrentes ratificaram as razões de recurso, após o julgamento dos embargos de declaração.

- Afasta-se a intempestividade arguida nas contrarrazões do autor ao recurso do Ministério Público Federal, notadamente considerando que não consta dos autos a pessoal intimação do órgão ministerial, da sentença de embargos, não podendo sofrer prejuízo em seu recurso, por ausência de ratificação.

- A certidão de fl. 1990 tomada em conjunto com a nota de recebimento lançada na cópia do mandado de intimação de fls. 1988/1989 confirmam que em 18/09/2013 foi levada à efeito a intimação pessoal do representante do município. Todavia, o referido mandado de intimação só veio a ser juntado aos autos no dia 03/10/2013, conforme termo de juntada de fl. 1987-verso, iniciando-se, portanto, a contagem do prazo recursal, em dobro, a partir desta data (quinta-feira). Desse modo, o trigésimo dia do prazo recursal, excluído o dia do início e incluído o dia do final, ocorreu em 02/11/2013 (sábado), prorrogando-se, assim, para 04/11/2013 (segunda-feira), a data de vencimento do prazo.

- Rejeitadas as preliminares de intempestividade arguidas em relação às apelações da Associação dos Moradores e Amigos do Bairro Jardim Oceania, da União, do Ministério Público Federal e do Município de João Pessoa.

- Afasta-se a ilegitimidade da Associação dos Moradores e Amigos do Bairro Jardim Oceania, considerando que o requisito de constituição da

Associação há pelo menos 1 (um) ano pode ser dispensado diante da relevância do bem jurídico protegido. É o caso. Preliminar rejeitada.

- Rejeita-se a preliminar de inexistência de procuração válida em relação à Associação dos Moradores e Amigos do Bairro Jardim Oceania, considerando que a procuração acostada ao recurso de apelação, afasta qualquer defeito de representação em relação à apelante.

- A sentença não foi proferida extra petita. A procedência do pedido, nos moldes em que foi concedido, confunde-se com o mérito desta demanda ainda a ser analisado. A natureza fungível do dano ambiental possibilita ao julgador o exame do pedido com maior extensão, desde que ligado ao objeto da ação, sem que caracterize julgamento fora do pedido. Preliminar rejeitada.

- Não ocorrência de violação ao princípio da separação dos poderes, e conseqüente nulidade da sentença, no quanto tal princípio não pode ser invocado para o esvaziamento da função judicial de controle dos atos da administração pública, no que concerne à sua legalidade, notadamente quando a ingerência do Poder Judiciário é no sentido do resguardo de interesses de natureza difusa e coletiva, que vise a assegurar o meio ambiente equilibrado. Rejeita-se a preliminar em tela.

- O cerne da questão de mérito da Ação Popular consiste em saber da lesividade ou não ao patrimônio público ambiental do Município de João Pessoa e ao erário público, da pretensão de urbanizar o Loteamento Jardim Oceania, na praia do Bessa, no trecho, de aproximadamente 1,7 Km, compreendido entre o final da Av. João Maurício e o late Clube da Paraíba, em João Pessoa/PB, com a implementação, neste trecho, de uma via coletora, um estacionamento, um calçadão e uma ciclovia, denominado Projeto Orla.

- ***Afirma o autor da Ação Popular que o Projeto Urbanístico em comento viola as peculiaridades do ecossistema da Orla, que consiste na supressão da vegetação nativa (protetora/fixadora das dunas existentes na praia), considerada como área de preservação permanente, na modificação do solo, consubstanciada na terraplanagem a ser perpetrada na faixa de praia, bem como em ameaça ao local de desova da Tartaruga-de-pente (Eretmochelys imbricata), espécie marinha em extinção.***
- ***Demonstração de que o Projeto Orla, seja em sua versão original, ou ainda após as alterações nele procedidas, põe em risco ambiental tanto a flora, quanto a fauna local.***
- ***É inquestionável, em princípio, que as pretendidas medidas urbanísticas iriam acarretar maior acessibilidade e aumento da mobilidade urbana aos moradores do Município de João Pessoa, em especial dos moradores do Bairro do Bessa e Jardim Oceania, configurando, assim, incontestemente interesse público na urbanização pretendida.***
- ***É cediço que a atuação pública deve se harmonizar, não somente com o interesse público local, mas também, aos interesses difusos e coletivos, notadamente quando a discussão recai em matéria ambiental cuja proteção, haurida da Constituição Federal (art. 225, com seus §§ e incisos), prevê o equilíbrio do meio ambiente. É o caso.***
- ***O Parecer Técnico nº 23/2012-4ª CCR, e seus anexos, acostado aos autos pelo Ministério Público Federal – e elaborado por peritos ambientais daquele órgão –, constatou a presença de vegetação herbácea nativa no local, em diversos trechos da orla, ao longo do limite da pós-praia, preenchendo toda a extensão externa da praia, além de pequenas dunas fixadas pela vegetação de restinga.***

- Identificação, ao longo da vistoria técnica de campo, de dois ninhos de tartarugas marinhas, protegidos por estrutura de arame, identificados por numeração específica para catalogação, sendo o trecho vistoriado correspondente à área situada no projeto de urbanização. Constatou-se, ainda, que “o local é alvo do avanço do mar em episódios de tempestade”.

- Do conjunto probatório constata-se que o projeto de reurbanização, abrange área de praia e marginal à praia, na qual existem micro-dunas fixadas por vegetação típica de restinga e ovi-postura de tartaruga marinha ameaçada de extinção, além de outras comunidades de fauna e flora do local.

- É inequívoca a necessidade de um estudo mais aprofundado do impacto ambiental decorrente do projeto de requalificação urbana da orla da Praia do Bessa.

- O fato de parte da vegetação originária (restinga e/ou fixadora de dunas) já ter sido anteriormente degradada pelas residências que tinham invadido as áreas públicas não significa que o projeto de requalificação não tenha de resguardar a flora nativa (que, naturalmente ou com indução, pode e deve ser regenerada).

- É verdade que, no curso do processo, foram propostas soluções mitigadoras dos prejuízos ambientais que poderiam advir do projeto originário. Entretanto, não parece razoável que os ajustes sejam feitos no curso do processo. Seria prostrar-se a solução do caso concreto, substituindo-se o Judiciário às funções que seriam próprias do Poder Executivo.

- De acordo com o Parecer Técnico nº 23/2012, mesmo os ajustes no projeto inicial propostos pelo Município seriam insuficientes para o resguardo da legislação ambiental.

- Merece reforma a sentença, no entanto, no que tange à vedação genérica de não realização de qualquer intervenção urbanística futura na área.
- Não se pode afastar a possibilidade de apresentação de futuro projeto urbanístico na área, desde que compatível com a legislação ambiental, adequadamente adaptado às exigências constitucionais e legais que regem a matéria.
- Quanto ao resguardo das áreas de reprodução das tartarugas, é possível que haja solução técnica para o problema. Por outro lado, a circunstância de se tratar de Área de Preservação Permanente - APP não significa que a vedação ao aproveitamento seja absoluta. O próprio Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), em seu art. 8º, possibilita a intervenção em áreas de vegetação protegida, desde que nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental.
- Em tese, é possível projeto que contemple, inclusive, a regeneração de parte da vegetação nativa suprimida pelas construções irregulares, já destruídas.
- Sem razão a pretensão recursal do Parquet, no sentido de “que seja declarada apenas a nulidade do EIA/RIMA apresentado e, conseqüente, a impossibilidade de implantação do projeto de reurbanização em questão, sem que sejam realizadas as necessárias modificações apontadas nos autos, notadamente no Parecer Técnico nº 23/2012-4ª CCR, juntado às fls. 1807/1828”.
- A pretensão neste sentido implicaria na continuidade da ação, com a necessidade ainda de produção de provas, o que implicaria em perdurar este feito, quando o juízo do primeiro grau já cumpriu a sua função jurisdicional, no momento em que proferiu a sentença.
- Apelação da União, do Ministério Público Federal, do Município de João Pessoa e remessa ofi-

cial parcialmente providas para declarar a ilegalidade do Projeto Orla existente nos autos, excluindo do comando sentencial qualquer proibição definitiva de execução de projeto urbanístico no trecho de orla em discussão e reconhecer a possibilidade de apresentação de futuro projeto urbanístico na área, desde que compatível com a legislação ambiental e negar provimento à apelação da Associação dos Moradores e Amigos do Bairro Jardim Oceania.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar parcial provimento à apelação da União, do Ministério Público Federal, do Município de João Pessoa e à remessa oficial, para declarar a ilegalidade do Projeto Orla existente nos autos, excluindo do comando sentencial qualquer proibição definitiva de execução de projeto urbanístico no trecho de orla em discussão e reconhecer a possibilidade de apresentação de futuro projeto urbanístico na área, desde que compatível com a legislação ambiental e negar provimento à apelação da Associação dos Moradores e Amigos do Bairro Jardim Oceania, 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, 5 de agosto de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de remessa oficial e apelações da sentença que julgou procedente o pedido deduzido nesta Ação Popular, ajuizada por ANDRÉS MIGUEL KUERNEZ VON DESSAUER, em face do MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA e outros, para declarar a ilegalidade da pretensão de urbanizar o trecho compreendido entre o final

da Av. João Maurício e o late Clube da Paraíba, Loteamento Jardim Oceania, em João Pessoa e, na área em questão, por consequência, a UNIÃO fica impedida de autorizar a ocupação da área pública (terreno de marinha) para fins de urbanização e o MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA fica impedido de executar projeto urbanístico. Condenação da parte ré a pagar ao autor, honorários de advogado, à base de 20% (vinte por cento) sobre o valor ofertado para a causa, sem custas, pela parte sucumbente, dada a isenção legal (Lei 9.289, de 04.07.1996, art. 4º, inciso I).

A ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES E AMIGOS DO BAIRRO JARDIM OCEANIA, interpõe recurso de apelação (fls. 1863/1884), na qualidade de terceiro prejudicado. Em suas razões afirma, em síntese, que:

- a) a sentença recorrida está em desacordo com o interesse público social;
- b) a construção pretendida viabiliza a prática de esportes e passagens de pedestre e atende ao binômio acessibilidade e mobilidade urbana e ambiental, além de aumentar, sensivelmente a qualidade de vida dos moradores dos Bairros do Besa e Jardim Oceania;
- c) a Lei 12.587/2012 prevê a criação de instalações necessárias para veículos não motorizados, em especial para bicicletas;
- d) há comprovação de possibilidade de conciliar a preservação das tartarugas marinhas com o interesse local;
- e) prevalecendo a sentença recorrida os idosos, doentes cardíacos, deficientes físicos, bebês e os demais habitantes estariam prejudicados;
- f) sistemas de lazer são sinônimos de sistemas de recreio e que o interesse público está caracterizado; e
- g) o projeto impugnado tem sustentabilidade. Ao final, pugna pela reforma integral da sentença. Acompanham o recurso, os documentos de fls. 1886/1916.

A UNIÃO recorre da sentença (fls. 1930/1943) aduzindo, em preliminar, a nulidade da sentença, por julgamento *extra petita* e

ainda, por invasão à função típica do Poder Legislativo. Argumenta que a inicial não veicula pleito relativo à impossibilidade de execução de todo e qualquer projeto urbanístico no trecho em discussão, não havendo pretensão genérica, ampla e abstrata deduzida nesta ação popular, limitando-se apenas, ao projeto referido na causa de pedir. Defende que o poder de regulamentação genérica pertence ao Poder Legislativo, cabendo ao Judiciário aplicar a lei no caso concreto.

No mérito, afirma em resumo, que:

a) a magnitude e abrangência do impacto ambiental é que delimitam a competência do órgão público competente para a análise do EIA/RIMA e, no caso, a competência não é do IBAMA, nem da SUDEMA, considerando a extensão da obra local (calçada/ciclovía com 1,7 km de extensão e 7,3 m de largura);

b) segundo relatório expedido pelo Município de João Pessoa, o projeto urbanístico em comento não acarretará diminuição da área de desova das tartarugas, nem prejuízo à vegetação nativa e, ainda, que se pretende construir o calçadão e a ciclovia em área de pós-praia, invadida pelas residências instaladas na beira-mar da Praia do Bessa;

c) as residências invadem, em média, 22 metros de área de praia e o projeto que se pretende executar ocupará, apenas, 7,3 metros dessa mesma área;

d) a área de praia destinada ao projeto não incidirá sobre os cordões arenosos;

e) o número de ninhos de tartarugas não é aquele referido na sentença (47), mas somente dois (2), de acordo com dados constantes do próprio site da Associação Guajiru, com média local de 20 ninhos por ano e não será afetado, considerando que a urbanização que se pretende realizar não causará grande concentração demográfica, atendo-se, apenas, aos residentes da própria praia;

f) a iluminação prevista no projeto, com sistema de LEDs está em pleno acordo com o sugerido pelo Projeto Tamar, conforme cartilha colhida do próprio sítio, não sendo esta questão empecilho ao projeto;

g) a possibilidade de compatibilização do projeto urbanístico com o meio ambiente local;

h) as manifestações implícitas ou explícitas de técnicos ambientais é de que “não há, claramente, uma impossibilidade de efetivação do projeto urbanístico, mas, quando muito, a necessidade de aprofundamento dos estudos e medidas de adaptação conciliatória para que eventual implantação possa ser efetivada sem ou com o menor impacto ambiental possível”.

l) possíveis riscos para o *habitat* em que ocorre o processo de desova das tartarugas-marinhas existem recomendações específicas no relatório técnico;

j) a sentença poderia estabelecer condicionantes ambientais mitigadores e garantias ambientais na execução do projeto, considerando que o MPF, às fls. 1.801 a 1.806 se posicionou no sentido de possibilidade de um projeto urbanístico na área, desde que compatível com a legislação ambiental;

k) acrescenta que outros estudos podem adaptar o projeto às exigências ambientais porventura existentes;

l) não sendo acolhidas as preliminares, requer, “que essa Colenda Turma reforme a sentença para que seja declarada a ilegalidade do EIA/RIMA existente nos autos, excluindo do comando sentencial qualquer proibição eterna de execução de projeto urbanístico no trecho de orla em discussão”. (Com destaque no original)

Ao final, requer o provimento da apelação para reformar a sentença, julgando improcedentes os pedidos deduzidos.

Contrarrazões apresentadas pelo autor/apelado a ambos os recursos (fls. 1954/1969). Quanto à apelação da Associação, aduz, em preliminar, a intempestividade do recurso; a ausência de legitimidade; inexistência de procuração válida. No mérito, defende a fragilidade das razões expostas na peça recursal. Em relação ao recurso da União, afirma a inexistência das nulidades arguidas em preliminar e no mérito, de igual forma afirma a fragilidade das razões expostas no recurso.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, de igual forma, recorre da sentença (fls. 1971/1973), diante da irresignação da parte dis-

positiva que impossibilita a execução de todo e qualquer projeto urbanístico no trecho de praia compreendido entre o final da Av. João Maurício e o late Clube da Paraíba, vez que o Poder Público (federal, estadual e municipal) ficará impedido de urbanizar o aludido trecho, mesmo que todas as condicionantes apontadas nos estudos técnicos sejam superadas pela modificação do projeto original. Ressalta as advertências apontadas no Parecer Técnico nº 023/2012 - 4º CCR, elaborado por peritos ambientais do MPF, em análise do EIA/RIMA do projeto em tela (fls. 1807/1828). Ao final, pugna pelo provimento do recurso para que seja declarada “apenas a nulidade do EIA/RIMA apresentado e, conseqüentemente, a impossibilidade de implantação do projeto de reurbanização em questão, sem que sejam realizadas as necessárias modificações apontadas nos autos, notadamente no Parecer Técnico nº 023/2012 - 4ºCCR, juntado às fls. 1807/1828”.

Sentença de embargos de declaração à fl. 1975. Embargos do Município de João Pessoa, rejeitados.

Ratificação do recurso de apelação da União (fl. 1983), das contrarrazões do particular (fl. 1991) e da Associação (fl. 1993).

O MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA, também interpõe recurso de apelação às fls. 1997/2052. Sustenta, em preliminar, a ocorrência de julgamento *ultra petita*, no quanto a sentença, de forma contrária à congruência, decidiu além dos limites traçados pelo apelado; a nulidade da sentença por criação de impedimento permanente ao poder público, não previsto em lei, que extrapolou todos os limites de abstração e generalidade ao impor limitação à utilização de área pública, de modo geral e perene, que consistiu na vedação de qualquer tipo de utilização da área costeira contida no Projeto Orla-Jardim Oceania; a apreciação do agravo retido que se insurge contra o impedimento de depor da testemunha por ele indicada, ao que requer a nulidade da sentença por cerceamento da defesa; extinção do processo por perda do objeto em razão da modificação, pelo município, do projeto urbanístico que fundamentou o pedido da ação popular.

No mérito, defende:

a) adequação ambiental do Projeto Orla e a regularidade do EIA-RIMA, que é o mais complexo e detalhista estudo para fins de viabilidade ambiental da intervenção em tela;

- b) que o referido projeto foi submetido a intenso debate com a sociedade civil, com diversos aprimoramentos, que a desova das tartarugas marinhas também foi preocupação do EIA-RIMA;
- c) o Projeto nada alterou nas faixas de areia, mas apenas, nas áreas conhecidas como pós-praia, na qual as tartarugas marinhas naturalmente não acessavam;
- d) o principal objetivo do Projeto foi o de reurbanizar o espaço litorâneo, pós-praia, evitando o uso desordenado e irregular, por particulares, do espaço público da União na capital paraibana, daí decorrendo a legalidade do projeto urbanístico, elaborado com arrimo na utilidade pública e no interesse social;
- e) a existência de contradição, ausência e insuficiência de prova testemunhal, documental e pericial para se chegar às conclusões da sentença quanto à inviabilidade urbanística do projeto, notadamente quanto a possível dano ao meio ambiente que compreende a preservação do *habitat* do processo de desova das tartarugas-marinhas, bem como a preservação da flora local (vegetação fixadora de dunas);
- f) a inconsistência do Projeto Brisa Verde de autoria do autor desta ação popular, que também não é isento, diante do manifesto interesse particular direto na área.

Ao final, requer, acaso sejam ultrapassadas as preliminares, o provimento da apelação, com a reforma da sentença recorrida, nos moldes requeridos no recurso.

Contrarrazões do autor à apelação do Ministério Público Federal (fls. 2058/2086), que aduz, em preliminar, a intempestividade do recurso e no mérito reafirma as razões de decidir da sentença recorrida. Contrarrazões opostas também à apelação do Município de João Pessoa (fls. 2067/2086), oportunidade em que o apelado igualmente aduz a manifesta intempestividade do recurso, impugna as preliminares suscitadas no recurso do município e, no mérito, defende a manutenção da sentença.

Às fls. 2088/2094, a União apresenta as contrarrazões ao recurso de apelação interposta pelo MPF oportunidade em que requer a negativa do recurso, “apenas, no ponto em que pede a nulidade do EIA/RIMA apresentado”, aderindo a União, nos termos de sua apelação, ao inconformismo da sentença no que se refere à

parte da sentença que impede a execução de todo e qualquer projeto de urbanização no local em questão.

Contrarrrazões apresentadas pelo MPF à apelação interposta pelo Município de João Pessoa (fls. 2097/2101) que pede o desprovimento do recurso.

Parecer Ministerial em segunda instância (fls. 2109/2116) opinando pelo improvimento do recurso de apelação da Associação dos Moradores e Amigos do Bairro Jardim Oceania, pelo provimento em parte da apelação da União e pelo provimento do recurso de apelação do Ministério Público federal.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

O cerne da questão de mérito desta Ação Popular consiste em saber da lesividade ou não ao patrimônio público ambiental do Município de João Pessoa e ao erário público, da pretensão de urbanizar o Loteamento Jardim Oceania, na Praia do Bessa, no trecho de, aproximadamente, 1,7 Km, compreendido entre o final da Av. João Maurício e o late Clube da Paraíba, Loteamento Jardim Oceania, em João Pessoa/PB, com a implementação, neste trecho, de uma via coletora, um estacionamento, um calçadão e uma ciclovia, denominado Projeto Orla.

Recorreram da sentença de procedência do pedido, a Associação dos Moradores e Amigos do Bairro Jardim Oceania, a União, o Ministério Público Federal e o Município de João Pessoa.

PRELIMINARES:

- ARGUIDAS NAS CONTRARRAZÕES DE RECURSO DO AUTOR/APELADO

Por primeiro, analiso a preliminar de intempestividade das apelações suscitadas nas contrarrrazões (fls. 1956/1969) aos recursos da União e da Associação dos Moradores, aduzidas pelo autor da ação, bem como, igual preliminar de intempestividade, em relação aos recursos do Ministério Público Federal e do Município de João Pessoa.

No que se refere à alegada intempestividade das apelações da Associação dos Moradores e Amigos do Bairro Jardim Oceania e da União, entendo que tal alegação não merece prosperar. Não há que se falar em apresentação prematura de ambos os recursos interpostos, eis que ambos os recorrentes ratificaram as razões de recurso, após o julgamento dos embargos de declaração (fls. 1983 e 1993).

Quanto à intempestividade arguida nas contrarrazões do autor ao recurso do Ministério Público Federal esta deve ser afastada, notadamente considerando que não consta dos autos a pessoal intimação do órgão ministerial, da sentença de embargos, não podendo sofrer prejuízo em seu recurso, por ausência de ratificação.

Por fim, quanto à alegada intempestividade do recurso de apelação do Município de João Pessoa, verifico que a certidão de fl. 1990 tomada em conjunto com a nota de recebimento lançada na cópia do mandado de intimação de fls. 1988/1989 confirmam que em 18/09/2013 foi levada a efeito a intimação pessoal do representante do município. Todavia, o referido mandado de intimação só veio a ser juntado aos autos no dia 03/10/2013, conforme termo de juntada de fl. 1987-verso, iniciando-se, portanto, a contagem do prazo recursal, em dobro, a partir desta data (quinta-feira). Desse modo, o trigésimo dia do prazo recursal, excluído o dia do início e incluído o dia do final, ocorreu em 02/11/2013 (sábado), prorrogando-se, assim, para 04/11/2013 (segunda-feira), a data de vencimento do prazo.

Diante do exposto rejeito as preliminares de intempestividade arguidas em relação às apelações da Associação dos Moradores e Amigos do Bairro Jardim Oceania, da União, do Ministério Público Federal e do Município de João Pessoa.

Decido, de ora, as demais preliminares também trazidas pelo Autor da Ação em suas contrarrazões às apelações da Associação e da União, no caso, a ausência de legitimidade e inexistência de procuração válida em relação à Associação.

No tocante à ausência de legitimidade, adoto os fundamentos trazidos pelo Ministério Público Federal, em seu Parecer de fls. 2109/2116, que afasta a ilegitimidade, ao argumento de que o re-

quisito de constituição da Associação há pelo menos 1 (um) ano pode ser dispensado diante da relevância do bem jurídico protegido. É o caso. Preliminar rejeitada.

Rejeita-se igualmente a preliminar de inexistência de procuração válida em relação à Associação dos Moradores e Amigos do Bairro Jardim Oceania, considerando que a procuração de fl. 1886, acostada ao recurso de apelação, afasta qualquer defeito de apresentação em relação à apelante.

- DEDUZIDAS PELA UNIÃO

Passo à análise, de ora, das preliminares deduzidas pela União.

a) nulidade da sentença, por julgamento *extra petita*:

Segundo a União, a pretensão deduzida é concreta e limita-se à não implementação do projeto municipal mencionado na causa de pedir. Sendo assim, a sentença proferiu julgamento *extra petita*, no quanto impediu toda e qualquer pretensão do poder público (federal, estadual e municipal) de urbanizar o trecho da praia em questão.

Vislumbro que a sentença não proferiu julgamento *extra petita*, mas sim, que a procedência do pedido, nos moldes em que foi concedido, confunde-se com o mérito desta demanda ainda a ser analisado. Demais disto, a natureza fungível do dano ambiental possibilita ao julgador o exame do pedido com maior extensão, desde que ligado ao objeto da ação, sem que se caracterize como fora do pedido.

Note-se, ainda, que a impossibilidade de qualquer pretensão de se urbanizar o trecho compreendido entre o final da Av. João Maurício e o late Clube da Paraíba, Loteamento Jardim Oceania, na Capital Paraibana está sendo discutido no mérito do recurso de apelação do Ministério Público Federal. Preliminar rejeitada.

b) nulidade da sentença por invasão à função típica do Poder Legislativo, considerando que o poder de regulamentação genérica pertence ao Poder Legislativo e ao Judiciário aplicar a lei no caso concreto:

Incorre violação ao princípio da separação dos poderes, e conseqüente nulidade da sentença, no quanto tal princípio não pode

ser invocado para o esvaziamento da função judicial de controle dos atos da administração pública, no que concerne à sua legalidade, notadamente quando a ingerência do Poder Judiciário defende interesses de natureza difusa e coletiva, que vise a assegurar o meio ambiente equilibrado. Rejeita-se a preliminar em tela.

MÉRITO:

Rejeitadas as preliminares, segue o exame do mérito.

Afirma o autor da ação popular que o Projeto Urbanístico em comento viola as peculiaridades do ecossistema da Orla, que consiste na supressão da vegetação nativa (protetora/fixadora das dunas existentes nas praias), considerada como área de preservação permanente, na modificação do solo, consubstanciado na terraplanagem a ser perpetrada na faixa de praia, bem como em ameaça ao local de desova da Tartaruga-de-pente (*Eretmochelys imbricata*), espécie marinha em extinção.

Quanto a estes aspectos, destaco da sentença recorrida alguns de seus fundamentos, que aproveito como parte das razões de decidir:

PROJETO URBANÍSTICO

Pretende o autor impedir a urbanização, por parte do MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA/PB, no trecho de praia localizado entre o final da Av. João Maurício e o late Clube da Paraíba, Loteamento Jardim Oceania, nesta Capital, ao argumento de que é ilegal e agressor ao meio ambiente e ao princípio da moralidade administrativa, sendo ainda fomentador de prejuízo ao erário.

O projeto urbanístico, na sua versão original, visava implementar uma via coletora, um estacionamento, um calçadão e uma ciclovia na localidade. No decurso desta ação, no intuito de reduzir o impacto ambiental do projeto, o MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA promoveu modificações que acarretaram na minoração da área que seria urbanizada, conforme documentos e CD-ROM colacionados.

O projeto mais recente apresentado (vide fls. 1645/7º volume e apenso IV, especialmente pranchas arquitetônicas 4/12 e seguintes) contempla basicamente uma ciclofaixa de 2,30m (dois metros e trinta) de largura a ser construída

entre duas calçadas para pedestres, a primeira, mais próxima das edificações, com 1,50m (um metro e meio) de largura, e a segunda, mais próxima ao mar, com 3,5m (três metros e meio) de largura. Além disso, foram previstos acessos (por escadas e por rampas) à areia da praia. Fora abolido o intuito de construir vias de automóveis. [...]

DO SACRIFÍCIO DA FLORA

[...] Quando da inspeção judicial (fls.1647/1648), realizada já com vistas no novo projeto apresentado pelo MUNICÍPIO, verifiquei a existência de vegetação nativa de restinga vicejando nos pontos em que não ocorreu a ocupação irregular pelos proprietários/posseiros dos imóveis defronte à área em questão, restando registrado na respectiva ata: [...]

Dentro deste bioma restinga, a flora se faz presente, havendo exemplar ameaçado de extinção. Diz o Relatório de Inspeção Técnica nº 001/2009, da Secretaria do Meio Ambiente do Município:

“O levantamento de campo correspondeu ao trecho entre o late Clube e o MAG Shopping, que se traçarmos um transecto da região entre marés em direção às dunas, encontraremos na faixa após a arrebentação das ondas e limite da maré alta, vegetação com plantas herbáceas estoloníferas e com rizomas que podem formar touceiras e raramente algum arbusto, formando em vários setores das dunas um estrato herbáceo contínuo. Em outros casos esta vegetação foi substituída por espécies exóticas. (GRI-FEI)

Foram identificadas 47 espécies vegetais herbáceas e arbustivos (*psamófitas-heliófilas*) dentre elas destacamos: [...]

Também foram registradas espécies invasoras como guizo-de-cascavel (*Crotalaria retusa*) e grama-de-burro (*Cynodon dactylon*) e espécies dispersas da castanhola (*Terminalia cattapa*) (invasora) e do coqueiro (*Coccus nucifera*).

O citado relatório também fotografa o panorama do lugar, e menciona a descaracterização da vegetação nativa pela introdução de espécies vegetais exóticas pela comunida-

de em área pública (Foto acervo SEMAN/DIEP 2009).

DO SACRIFÍCIO À FAUNA, COM DESTAQUE PARA AS TARTARUGAS MARINHAS

[...] Para apurar maiores informações sobre a peculiar reprodução das tartarugas marinhas, este Juízo colheu depoimento desses *experts*, além de outro servidor do IBAMA, dotados de vasta experiência no trato com a espécie.

Após ouvi-los, conclui que o incremento da intervenção humana no lugar sob enfoque inexoravelmente causará risco ao processo reprodutivo das tartarugas marinhas que vem ao local postar seus ovos (a tartaruga de pente – *Eretmochelys imbricata*), animal seriamente ameaçado de extinção.

A característica reprodutiva que considero mais peculiar e relevante é a fidelidade da tartaruga ao seu local de nascimento; dito de outra forma, quando adulta, a tartaruga marinha retorna à praia em que nasceu para colocar seus ovos, o que destaca a relevância de se manter determinada área, por menor que seja, em condições de recebê-las. [...]

No RN – na região da Barreira do Inferno – há uma região de praia com cerca de 6 km, sem urbanização, com pouca presença urbana (região), sendo que há desova com intensidade significativa; nas praias vizinhas, não há desova, e isso ocorre com uma distância de 200 metros de uma praia para outra; com base na observação, infere-se que a urbanização prejudica a desova, mas não há como afirmar cientificamente se as tartarugas migrariam para outros locais” fls. 1662/1163.

Os ovos das tartarugas são postados em locais secos, livres do alcance das marés, inclusive em áreas cobertas de vegetação, sob pena de afogamento. Caso não haja espaço acima da ação linha da maré para a postura dos ovos, não ocorrerá a sua reprodução no local.

[...] O aumento da presença humana, atraída pela urbanização, pode espantar a tartaruga “mãe” e aumentar o pisoteio, colocando-se em risco tanto o momento da postagem, quando a integridade dos ovos. O barulho ao redor também é causa de interferência na reprodução: [...]

A iluminação artificial desorienta as pequenas tartarugas que eclodem dos ovos, geralmente durante a noite, e caminham em direção à luminosidade, geneticamente programadas que são para encontrarem o mar através de seu brilho natural. Ao se confundirem quanto à direção correta do mar, os filhotes acabam morrendo na manhã seguinte, em razão do calor.

A fotopoluição também desorienta a tartaruga “mãe” no momento de colocar os ovos.

Destaco que a tartaruga tem maior capacidade de captação de luz do que o ser humano, daí porque não podemos avaliar a fotopoluição segundo nossos parâmetros de percepção.

Portanto, quanto mais luz houver no local, pior para elas, valendo-se destacar que as tartarugas já são prejudicadas pela iluminação das casas que estão instaladas na orla. [...]

Atualmente, a iluminação artificial é um dos fatores antropocêntricos de maior causa de distúrbios para o sucesso da conservação destes animais.

Conhecida como fotopoluição, a presença prejudicial da iluminação artificial no meio ambiente afeta as tartarugas marinhas, principalmente em suas áreas de desova.

As fontes de iluminação que ocasionem intensidades luminosas superiores a 0 (zero) lux numa faixa de praia compreendida entre a linha de baixa-mar até 50 metros acima da linha maior de preamar sensibilizam e desorientam as tartarugas (Portaria nº 11 de 30 de janeiro de 1995). As luzes artificiais possuem o potencial de interferir em etapas fundamentais do ciclo de vida das tartarugas marinhas: 1) alteram o comportamento das fêmeas no momento da seleção das áreas utilizadas para a desova, 2) provocam a desorientação das fêmeas no momento do retorno para o mar e 3) causam, principalmente, a desorientação dos filhotes no momento em que deixam o ninho e caminham em direção ao oceano.

Não foi viável fazer em todo o trecho, durante a inspeção judicial, medição da distância que medeia o limite de areia seca (sem influência de marés) e o limite dos terrenos das

edificações. Contudo, quanto ao trecho aparentemente mais estreito, foi feita medição a partir do alinhamento das cercas das casas até a área do limite de areia seca (condição necessária para abrigar os ninhos), sendo que o momento era de maré alta. Restou registrado que a largura era de apenas 43,10 (quarenta três metros e dez centímetros); isso sem descontar o espaço que seria utilizado para implantação das calçadas e ciclovias. Donde se conclui que não haveria espaço para instalação segura de iluminação. Consta da ata da inspeção: [...]

Em suma, o processo de nidificação das tartarugas marinhas – que consiste na desova, incubação e eclosão dos filhotes – seria colocado em risco com a reurbanização desse trecho da Praia do Bessa, Jardim Oceania, nesta Capital.

A observação empírica confirma o fato de que a urbanização prejudica a reprodução das tartarugas já que na região metropolitana de João Pessoa, somente as praias do Bessa e Intermares ainda recebem ninhos de tartarugas.

Poder-se-ia argumentar que a Praia do Intermares é urbanizada, e ainda assim a reprodução da espécie persiste no local. Esta questão foi discutida numa das audiências, com formulação de perguntas às testemunhas.

Ocorre que não existem dados estatísticos comparativos para se afirmar se a reprodução no local foi ou não afetada após o advento da urbanização, tendo-se em vista que o trabalho da Associação Guajiru é recente, remontando ao ano de 2002 (fl. 1159). Ademais, a configuração da praia de Intermares é completamente distinta da praia do Bessa, porque a faixa de areia em Intermares é muito mais larga, e as edificações são muito mais afastadas. [...]

Em acato ao princípio da precaução – basilar do direito ambiental – quando houver dúvidas sobre o impacto lesivo de determinada ação sobre o meio ambiente, deve ser escolhida a opção mais conservadora. No caso, se impõe impedir a execução de qualquer projeto do MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA com finalidade de urbanizar o trecho em questão, já que tudo indica que o aumento da urbanização colocará em perigo a reprodução das tartarugas. [...]

Com certeza absoluta o projeto de urbanização, por menor que seja, impactará negativamente na postura de ovos das tartarugas; [...]

Por fim, a pretensão de reurbanização põe em risco não só as tartarugas marinhas. Além das tartarugas, existem caranquejos maria-farinha e maçaricos (estes, visitantes ocasionais, fl. 160), lagartos, corujas, gaviões, anuns, lavadeiras, borboletas, animais polinizadores (fl. 1160) e espécies endêmicas (únicas no mundo) de artrópodes (*Seira ritae* – nova espécie que mede menos de 10 milímetros, encontrado junto à vegetação das dunas de areia na Praia do Bessa, caracterizando-se por se alimentar de bactéria, atuar como dispersores de fungos e auxiliar na decomposição de matéria orgânica, fls. 955, 1155 e 1160). Portanto, caso haja interferência ambiental nessa localidade, correm o risco de desaparecer, com danos importantes para o meio ambiente.

Com efeito, as razões expostas na sentença recorrida, demonstram que o Projeto Orla, seja em sua versão original, ou ainda após as alterações nele procedidas, põe em risco ambiental tanto a flora, quanto a fauna local.

O fato de parte da vegetação originária (restinga e/ou fixadora de dunas) já ter sido anteriormente degradada pelas residências que tinham invadido as áreas públicas não significa que o projeto de requalificação não tenha de resguardar a flora nativa (que, naturalmente ou com indução, pode e de ser regenerada).

É inquestionável, em princípio, que as pretendidas medidas urbanísticas iriam acarretar maior acessibilidade e aumento da mobilidade urbana aos moradores do Município de João Pessoa, em especial dos moradores dos Bairros do Bessa e Jardim Oceania, configurando, assim, incontestemente interesse público na urbanização pretendida.

É cediço que as atuações públicas devem se harmonizar, não somente com o interesse público local, mas também, aos interesses difusos e coletivos, notadamente quando a discussão recai em matéria ambiental cuja proteção, haurida da Constituição Federal (art. 225, com seus §§ e incisos), prevê o equilíbrio do meio ambiente. É o caso.

O projeto de urbanização impugnado via esta ação popular, sem dúvida não atendeu aos propósitos ambientais.

Analisando o Parecer Técnico nº 23/2012-4ª CCR de fls. (1807/1821), e seus anexos, acostados aos autos pelo Ministério Público Federal – e elaborado por peritos ambientais deste órgão –, constata-se a presença de vegetação herbácea nativa no local, em diversos trechos da orla, ao longo do limite da pós-praia, preenchendo toda a extensão externa da praia, além de pequenas dunas fixadas pela vegetação de restinga.

No mesmo documento, foram identificados, ao longo da vistoria técnica de campo, dois ninhos de tartarugas marinhas, protegidos por estrutura de arame, identificados por numeração específica para catalogação, sendo o trecho vistoriado correspondente à área situada no projeto de urbanização. Constatou-se, ainda, que “o local é alvo do avanço do mar em episódios de tempestade”.

Na análise do EIA, o Parecer Técnico nº 23/2012-4ª, CCR, assim concluiu:

O Projeto de Reurbanização da Orla do Bairro Jardim Oceania pode ser positivo para disciplinar o uso e a ocupação da praia que, atualmente, vem sofrendo com os avanços das moradias, plantio de espécies exóticas e deposições de restos de resíduos sólidos de construção civil e lixo. Contudo para se atingir o objetivo proposto, o projeto deve contar com um estudo ambiental capaz de apresentar à sociedade uma análise consistente dos impactos do projeto, bem como a proposição de medidas mitigatórias e compensatórias eficazes e correspondentes aos impactos previstos.

Neste sentido, verificou-se que o EIA do Projeto de Reurbanização da Orla do Bairro Jardim Oceania apresenta diversas deficiências que comprometeram a efetiva avaliação de impactos e proposições de medidas mitigatórias.

Do conjunto probatório constante dos autos resta inconteste, como bem observou a julgadora de origem, que o projeto de reurbanização, abrange área de praia e marginal à praia, na qual existem micro-dunas fixadas por vegetação típica de restinga e ovi-postura de tartaruga marinha ameaçada de extinção, além de outras comunidades de fauna e flora do local.

Sendo assim, é inequívoca a necessidade de um estudo mais aprofundado do impacto ambiental decorrente do projeto apresentado, de modo a viabilizar a efetivação de projeto urbanístico no local.

É verdade que, no curso do processo, foram propostas soluções mitigadoras dos prejuízos ambientais que poderiam advir do projeto originário. Entretanto, não parece razoável que os ajustes sejam feitos no curso do processo. Seria prostrar-se a solução do caso concreto, substituindo-se o Judiciário às funções que seriam próprias do Poder Executivo.

De acordo com o Parecer Técnico nº 23/2012, mesmo os ajustes no projeto inicial propostos pelo Município seriam insuficientes para o resguardo da legislação ambiental.

Merece reforma a sentença, no entanto, no que tange à vedação genérica de realização de qualquer intervenção urbanística futura na área.

Não se pode afastar, a meu sentir, a possibilidade de apresentação de futuro projeto urbanístico na área, desde que compatível com a legislação ambiental, com possibilidade, inclusive, de aproveitamento do projeto em discussão, adequadamente adaptado às exigências constitucionais e legais que regem a matéria.

Quanto ao resguardo das áreas de reprodução das tartarugas, é possível que haja solução técnica para o problema. Por outro lado, a circunstância de se tratar de Área de Preservação Permanente - APP não significa que a vedação ao aproveitamento seja absoluta. O próprio Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), em seu art. 8º, possibilita a intervenção em áreas de vegetação protegida, desde que nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental.

Em tese, é possível projeto que contemple, inclusive, a regeneração de parte da vegetação nativa suprimida pelas construções irregulares, já destruídas.

De fato, o princípio ambiental da precaução merece observância, notadamente diante do entendimento consolidado com a nova ordem constitucional de que violar um princípio é mais significativo do que violar a própria norma legal. No entanto, a precaução deve

ser aferida em relação a cada projeto apresentado. Se assim não fosse, o Poder Público estaria obstado de realizar qualquer projeto urbanístico, ainda que as condições ambientais estivessem plenamente satisfeitas, o que não se pode admitir, por contrariar a razoabilidade.

Diante disto, com razão o Ministério Público Federal quando textualmente afirma em suas razões recursais que “o estudo realizado sobre o projeto apresentado não serve para o fim a que se propôs, o que obsta sua implementação **nos moldes em que foi apresentado**, o que não impede que outros estudos e adaptações sejam realizados para compatibilizá-lo com a legislação ambiental”. (Destaque do texto original)

Por outro lado, sem razão a pretensão recursal do *Parquet*, no sentido de “que seja declarada apenas a nulidade do EIA/RIMA apresentado e, conseqüente, a impossibilidade de implantação do projeto de reurbanização em questão, sem que sejam realizadas as necessárias modificações apontadas nos autos, notadamente no Parecer Técnico nº 23/2012-4ª CCR, juntado às fls. 1807/1828”.

Como já ressaltai, a pretensão neste sentido implicaria na continuidade da ação, com a necessidade ainda de produção de novas provas, o que implicaria em perdurar este feito, quando o juízo do primeiro grau já cumpriu a sua função jurisdicional, no momento em que proferiu a sentença.

Diante disto, rejeito as preliminares e, no mérito, dou parcial provimento à apelação da União, do Ministério Público Federal, do Município de João Pessoa e à remessa oficial, para declarar a ilegalidade do Projeto Orla existente nos autos, excluindo do comando sentencial qualquer proibição definitiva de execução de projeto urbanístico no trecho de orla em discussão e reconhecer a possibilidade de apresentação de futuro projeto urbanístico na área, desde que compatível com a legislação ambiental e nego provimento à apelação da Associação dos Moradores e Amigos do Bairro Jardim Oceania.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 30.660-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA (CONVOCADO)
Apelante: CUMBUCO BEACH CLUB INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIÃO, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA E MUNICÍPIO DE CAUCAIA (CE)
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ MOREIRA LIMA JÚNIOR E OUTRO E BRUNO LEITE PINTO E OUTROS

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL. OCUPAÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE PRAIA. BARRACA DE PRAIA. PRAIA DE CUMBUCO-CE. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. PROCESSO MADURO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. LEI MUNICIPAL.

- *Apelação do particular e remessa em face da sentença que julgou procedente o pedido para declarar a nulidade da ocupação e construção de Barraca Velas de Cumbuco, situada em área de praia. Determinou, ainda, a remoção na integralidade, incluindo-se instalações, construções, edificações, resíduos e materiais, recolhendo-se todo o lixo e resíduos do estabelecimento e das adjacências, desfazendo, inclusive, o sistema de canos de PVC e tubulação. Condenou-o à obrigação de fazer, consistente na reparação física do dano ambiental e paisagístico causado, conforme projeto de recuperação da área degradada a ser apresentado ao juízo em liquidação de sentença.*

- *O julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa quando o processo se*

encontrar maduro o suficiente para o julgamento da causa, uma vez que constam dos autos provas contundentes capazes de atestar que o bem do réu está situado em área de praia. Preliminar afastada.

- Barraca que explora atividade de restaurante e bar em área de praia, terreno de marinha, constitui ocupação indevida de área de uso comum do povo, insuscetível de regularização.

- A Lei Municipal de Caucaia-CE nº 1.367/2001, em seu art. 137, incluiu as praias no rol das áreas de Preservação Permanente - APP.

- Tendo em vista a procedência do pedido formulado na presente ação civil pública, inexistente qualquer das hipóteses a justificar o duplo grau de jurisdição obrigatório.

- Remessa oficial não conhecida. Apelação do particular a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, não conhecer da remessa oficial e negar provimento à apelação do particular, 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, 10 de julho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA (Convocado):

Trata-se de remessa e apelação cível interposta por Barraca VELAS DE CUMBUÇO (CUMBUÇO BEACH CLUB INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.) em face da sentença que julgou procedente o pedido da ação civil pública. A sentença determinou a nulidade da ocupação e construção da referida barraca em sua

integralidade, incluindo-se instalações, construções, edificações, resíduos e materiais, recolhendo-se todo o lixo e resíduos do estabelecimento e das adjacências, desfazendo, inclusive, o sistema de canos de PVC e tubulação. Condenou, ainda, a reparação física do dano ambiental e paisagístico causado, conforme projeto de recuperação da área degradada a ser apresentado ao juízo em liquidação de sentença. Confirmou a antecipação de tutela apenas para que a ré promova a retirada dos obstáculos que impeçam o livre acesso à área de praia.

O particular apelou pugnando pela reforma da sentença. Alega, preliminarmente, que houve cerceamento de defesa, pois houve julgamento antecipado da lide, utilizando-se de laudo elaborado unilateralmente por órgão governamental.

Houve contrarrazões.

Parecer do MPF opinando pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA (Relator Convocado):

O cerne da presente demanda reside em saber se a sentença que declarou nula a ocupação e construção da barraca de praia ré, situada em área de uso comum do povo, deve ser mantida ou merece reforma, entendendo-se legítima a sua ocupação.

O objeto do presente feito, na verdade, consiste na definição acerca da legalidade da exploração de comércio de barraca em área supostamente de praia – cuja caracterização é determinada por sua própria condição física natural, desde que o imóvel possa ser subsumido à descrição legal do art. 10, § 3º, da Lei nº 7.661/88.

A teor do disposto no art. 20, IV e VII, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 20. São bens da União:

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede

de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;
VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; (grifos acrescidos)

Por seu turno, o art. 10 da Lei nº 7.661/88, que instituiu o Plano de Gerenciamento Costeiro estabelece:

Art. 10. As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.

Quanto à ocupação irregular de terreno de marinha, área de uso comum do povo, tenho posição antiga e firme contra as infelizmente frequentes ocupações irregulares do nosso litoral, em especial de nossas praias, a que os Poderes Públicos, infelizmente, por leniência, incapacidade de meios ou – infelizmente – até atendendo a interesses eleitoreiros, não têm conseguido dar cabo, findando nas mãos da Justiça a solução de problema que deveria ser corriqueiro para uma Administração séria e bem preparada.

No caso dos autos, ao contrário do que alega o apelante, não há que se falar em cerceamento de defesa em razão de a sentença ter sido decorrente do julgamento antecipado da lide e baseado em laudo pericial produzido administrativamente.

De fato, quando do momento da prolação da sentença, o processo já se encontrava maduro o suficiente para o julgamento da causa, uma vez que constam dos autos provas contundentes capazes de atestar que o bem do réu, a Barraca de praia Velas de Cumbuco, está situada em área de praia. Assim, a análise do direito objeto da presente demanda dispensa a necessidade de se verificar se o terreno ocupado é de marinha, logo, prescinde da fixação da linha de preamar.

Tal constatação se infere dos documentos juntados aos autos, veja-se às fls. 396/416 documento da gerência técnica do MPF, baseado em visita de campo do IBAMA, ato administrativo com fé pública, que atesta estar o bem ocupando área de praia com presença de obstáculos que impedem o livre acesso à praia, inclusi-

ve avançando acentuadamente na areia, havendo lançamento de águas pluviais e esgoto na praia. Ademais, encontramos Laudo nº 105/2008 do IBAMA (fl. 39) que é claro ao afirmar que a referida barraca ocupa área de praia em sua porção norte, não sendo possível determinar que percentual da mesma se situa neste ecossistema, em função do alto grau de urbanização da área. Informa, ainda, que o referido restaurante dificulta o livre acesso à praia, constando fotos às fls. 41/75 da área ocupada.

É importante ressaltar que a Lei Municipal de Caucaia-CE (art. 137, Lei nº 1.367/2001) inclui as praias no rol das Áreas de Preservação Permanente - APP, piorando a situação do réu apelante.

Assim, não assiste direito algum ao apelante (Restaurante Velas do Cumbuco), já que a barraca questionada encontra-se situada irregularmente em “área de praia”, bem de uso comum do povo, em espaço que também é definido como Área de Preservação Permanente (APP) pela legislação do Município de Caucaia. Nesse sentido, segue trecho da muito bem fundamentada sentença que afasta por completo o suposto direito pleiteado pelo apelante-réu (fls. 668/674):

Impõe-se verificar se a área em exame se configura como área de praia e se o uso que dele é feito é compatível com a previsão legal.

Às folhas 39 e seguintes consta o Laudo Técnico 105/2008 - NLA/SUPES/IBAMA/CE, referente à vistoria realizada pelo IBAMA na barraca de propriedade da empresa promovida, atendendo à solicitação do Ministério Público Federal, cuja conclusão atesta que: “De acordo com o art. 10, § 3º, da Lei Federal nº 7.661/1988, o Restaurante Velas do Cumbuco, assim como outras edificações da área, ocupa área de praia em sua porção Norte, não sendo possível determinar que percentual da mesma se situa neste ecossistema, em função do alto grau de urbanização da área. E continua: Informamos que, de acordo com o *caput* do art. 10 da lei supramencionada, o Restaurante Velas do Cumbuco dificulta o livre e franco acesso à praia”. Às folhas 41 a 75 dos autos constam fotografias e fotos da área ocupada.

Em sua contestação, às folhas 102 e seguintes, a empresa promovida sustenta que não há dano ambiental e que a

ocupação não é irregular. Destaca que seguiu as orientações da Delegacia Regional do Patrimônio da União, plantando mais de trezentos coqueiros e grama, com a finalidade de conter o avanço da areia. Continua, informando que o parque aquático construído em sua área não fugiu aos padrões de segurança e desenvolvimento natural local. Acresce que cumpre a sua função social, principalmente por meio da interação com a comunidade e com a disponibilização de mais de 60 (sessenta) empregos. Contudo, como não se verifica a presença de qualquer outro ecossistema no local entre a linha preamar média e o imóvel, é imperioso deduzir que se trata de área de praia, consoante o disposto no art. 10, § 3º, da Lei 7.761/88, logo, submetendo-se ao regime inerente a essa categoria de bem público, sobre o qual é vedada a instituição de enfiteuse, assim como também a apropriação por particulares. Por outro lado, o Município de Caucaia/CE, no exercício das atribuições que lhe são atribuídas pelo artigo 23, VI, da CF/88, editou a Lei Ambiental Municipal nº 1.367/2001, conferindo *status* de Área de Preservação Permanente - APP à área de praia daquele Município, vedando, expressamente, em seu art. 138, toda e qualquer construção, como se percebe pelo seu texto:

Art. 138. As áreas de preservação permanente são destinadas a:

- I - pesquisas e educação ambiental;
- II - proteção ao meio ambiente;
- III - preservação da diversidade e integridade da fauna e flora e dos processos ecológicos;
- IV - contemplação e lazer ecológico;

Parágrafo Único - Ficam proibidas quaisquer outras atividades nas áreas de preservação permanente, e em especial:

[...]

e) urbanização ou edificações;

[...]

Assim, em face da referida proibição legal, a área em exame não é sujeita a aforamento, concessão de uso ou mera apropriação particular, situações que não se coadunam com a natureza jurídica do bem (praia) e com a referida legislação Municipal.

A empresa promovida informa que não ocupa terreno de marinha, inclusive, aduz que não possui inscrição junto ao Serviço de Patrimônio da União, embora, contraditoriamente, na mesma contestação, assevere que plantou mais de 300 (trezentos) coqueiros seguindo a orientação do Serviço de Patrimônio da União.

Porém, como destaca o relatório do IBAMA, a ocupação de área de marinha é inequívoca, independentemente da vontade da empresa e da própria inscrição junto ao Serviço de Patrimônio da UNIÃO. A ocupação se reparte em área de praia e em terreno de marinha. Esta última ocupação também se reveste de irregularidades, de modo que até a inscrição junto ao Serviço de Patrimônio da União seria vedada.

Perceba-se que são vedadas as inscrições de ocupações, na forma do art. 9º da Lei nº 9.636/98, nas situações em que esteja concorrendo ou tenha concorrido para comprometer a integridade das áreas de uso comum do povo e de preservação ambiental ou necessárias à preservação dos ecossistemas naturais:

Art. 9º É vedada a inscrição de ocupação que:

(...)

II - estejam concorrendo ou tenham concorrido para comprometer a integridade das áreas de uso comum do povo

(...)

Assim, resta a este Juízo concluir que a ocupação objeto da lide é irregular e ilegal, a ensejar a desocupação e demolição da construção de propriedade da empresa promovida, identificada como Restaurante Velas do Cumbuco, sobretudo porque está tolhendo o uso comum do bem público, privatizando-o em detrimento da coletividade.

Impõe-se, ainda, que seja mantida a antecipação de tutela anteriormente concedida.

Tendo em vista a procedência do pedido formulado na presente ação civil pública, inexistente qualquer das hipóteses a justificar o duplo grau de jurisdição obrigatório.

Diante do exposto, nego provimento à apelação do particular e não conheço da remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 30.894-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (CONVOCADO)
Apelante: ROBERTO CONSTANCIO VIEIRA FILHO
Apelada: FAZENDA NACIONAL E OUTROS
Adv./Proc.: DRA. JULIANA CAMPOS DE CARVALHO CRUZ (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. LANÇAMENTO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA (IRPF). DOCUMENTAÇÃO ADUNADA EM JUÍZO. VALIDADE. PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IRPF INCIDENTE SOBRE ALUGUÉIS PAGOS POR PESSOA JURÍDICA. RETENÇÃO DEVIDAMENTE EFETIVADA. RESPONSABILIDADE DO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. LANÇAMENTO SUPLEMENTAR DE IRPF. RESPONSABILIDADE DO LOCADOR (CONTRIBUINTE). ALUGUÉIS PERCEBIDOS POR PESSOA FÍSICA DE PESSOA JURÍDICA. RETENÇÃO DE IRPF NA FONTE. VALORES INFORMADOS EM DIRPF PELO CONTRIBUINTE E QUANTIAS INDICADAS PELA FONTE PAGADORA (LOCATÁRIO) EM DIRF. NÃO COINCIDÊNCIA. GLOSA DOS VALORES INFORMADOS EM DIRPF PELO CONTRIBUINTE. PERÍCIA. COMPROVAÇÃO PARCIAL EM JUÍZO. MANUTENÇÃO DE PARTE DA GLOSA.

- Apelação contra sentença que julgou parcialmente procedente ação anulatória de débito fiscal.

- Apresentação em Juízo de documentos relativos à retenção na fonte do IRPF incidente sobre a percepção de quantias alusivas à remuneração decorrente de contrato de locação (aluguéis). Princípio de inafastabilidade da Jurisdição.

- De acordo com os arts. 7º, II, e § 1º, da Lei nº 7.713/1998, 631 e 717 do Decreto nº 3.000/1999 (RIR), estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte os rendimentos decorrentes de aluguéis pagos por pessoa jurídica à pessoa física; cabendo à primeira a retenção dos respectivos valores.

- Comprovadas as devidas retenções de IRPF pelo locatário (pessoa jurídica e fonte pagadora) e verificadas divergências entre as importâncias indicadas pelo locador como IRPF retido na fonte e as correspondentes retenções declaradas pelo locatário em DIRF, o lançamento suplementar de IRPF há de ser imputado à esfera de responsabilidade do próprio locador (contribuinte).

- A apresentação de documentos, comprobatórios do recebimento dos aluguéis pagos por pessoa jurídica e indicativos da efetivação das devidas retenções de IRPF, conduz à declaração de invalidade de parte das glosas efetuadas pelo Fisco; restando hígidas as glosas de quantias justificadas por documentos estranhos ao contrato de locação do qual se originou o lançamento do crédito tributário em comento.

- Apelação do autor e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do autor e à remessa oficial, 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, 7 de agosto de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (Convocado):

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente ação anulatória de débito fiscal.

Nas razões recursais, alega-se que não existe nenhum saldo a pagar a título de IRPF referente ao ano-calendário 2008/2009, sendo, nesse ponto, ilíquida a CDA para a cobrança do aludido tributo.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (Relator Convocado):

Apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente ação anulatória de débito fiscal.

Nas razões recursais, alega-se que não existe nenhum saldo a pagar a título de IRPF referente ao ano-calendário 2008/2009, sendo, nesse ponto, ilíquida a CDA para a cobrança do aludido tributo.

Não lhe assiste razão.

As bem-elaboradas motivações esposadas pelo ilustre Magistrado singular, em sua r. sentença às fls. 308/315, encontram-se em perfeita harmonia com a posição deste Relator, pelo que as transcrevo como razões de decidir:

2.1. Presunção de certeza e liquidez que goza o crédito inscrito em Dívida Ativa

Impende gizar, de logo, que o crédito inscrito em Dívida Ativa goza da presunção relativa de certeza e liquidez que somente poderá ser afastada por prova cabal a descaracterizá-la, cujo ônus é conferido ao devedor ou ao terceiro interessado.

Há expressivo magistério doutrinário sobre o assunto, assinalando HUGO DE BRITO MACHADO:

A dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez. A certidão da inscrição respectiva tem o efeito de prova pré-constituída (CTN, art. 204). Essa presunção, todavia, é relativa, podendo ser elidida por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a quem aproveite (CTN, art. 204, parágrafo único). A isto equivale dizer que a dívida ativa regularmente inscrita é líquida e certa até prova em contrário. Líquida, quanto a seu montante; certa, quanto à sua legalidade. O executado, se alegar que não deve, ou deve menos, terá o ônus de provar o alegado.

Semelhante é o entendimento de nossos Pretórios:

A certidão da dívida ativa, sabem-no todos, goza de presunção *juris tantum* de liquidez e certeza. “A certeza diz com os sujeitos da relação jurídica (credor e devedor), bem como com a natureza do direito (direito de crédito) e o objeto devido (pecúnia)” (*in* Código Tributário Nacional comentado. São Paulo: RT, 1999, p. 786), podendo ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou de terceiro a que aproveite, nos termos do parágrafo único do artigo 204 do CTN, reproduzido no artigo 3º da Lei 6.830/80, e não deve o magistrado impor ao exequente gravame não contemplado pela legislação de regência.

A Certidão de Dívida Ativa goza da presunção de certeza e liquidez, nos termos do art. 3º da Lei 6.830/80, incumbindo ao embargante o ônus da prova, no tocante à desconstituição do referido título.

De acordo com o artigo 204 do Código Tributário Nacional, e o artigo 3º da Lei nº 6.830/80, a dívida ativa, regularmente inscrita, possui presunção de liquidez e certeza, somente podendo ser afastada quando o sujeito passivo da obrigação traz robusta prova em contrário, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Dessa forma, impõe-se à parte autora, sujeito passivo da relação jurídico-tributária, o ônus da prova, competindo-lhe elidir a presunção que imanta o crédito exequendo.

2.2. Documentação não apresentada na seara administrativa e adunada em Juízo. Princípio da Inafastabilidade da jurisdição. Admissibilidade.

Destaco a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário dos atos administrativos, eis que o ordenamento jurídico brasileiro adota sistema de unidade de jurisdição, não havendo, portanto, órgãos de contencioso administrativo com função jurisdicional sobre matéria administrativa. É o chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitucionalizado pelo art. 5º, inciso XXXV.

Colaciono manifestação da jurisprudência:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. AJUSTE ANUAL. COMPROVANTES DE DESPESAS MÉDICAS. RELATIVIZAÇÃO DO PRAZO ADMINISTRATIVO. PREVALÊNCIA DO PRAZO JUDICIAL. EXECUÇÃO EXTINTA.

1. A Fazenda Nacional se negou a avaliar, na esfera administrativa, a documentação (recibos de despesas médicas) apresentada pelo contribuinte ao fundamento único de que foram apresentados além do prazo estipulado na notificação administrativa.

2. A intempestividade da entrega da documentação, diga-se, justificada nos autos dos embargos à execução, restou totalmente suprida na esfera judicial com a apresentação, tempestiva, dos embargos à execução, acompanhada dos documentos administrativamente requeridos pela embargada (recibos que comprovam as despesas médicas lançadas na declaração de imposto de renda, ano 1992/1993).

3. (...)

6. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial parcialmente providas apenas para reduzir a condenação nos ônus da sucumbência.

IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. DESPESAS MÉDICAS. NÃO COMPROVAÇÃO. NA VIA ADMINISTRATIVA. INÉRCIA DO CONTRIBUINTE. COMPROVAÇÃO NA VIA JUDICIAL. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA TUTELA JUDICIAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Intimado administrativamente, em procedimento interno de malha fina, para trazer comprovantes referentes a despesas médicas declaradas, o contribuinte se manteve inerte. Omissão do contribuinte em atualizar seu endereço relativo ao domicílio tributário.

2. Em 09/09/2009, no curso desta demanda, foram trazidos aos autos os comprovantes originais das despesas médicas realizadas pelo contribuinte. Os recibos médicos e odontológicos apresentados em juízo, em sua maioria possuem as formalidades exigidas na legislação, constituindo prova das despesas para as deduções referentes aos exercícios de 2006 e 2007 – o que foi reconhecido pela própria autoridade fazendária.
3. Somente em relação à assistência médica - AMIL, referentes aos exercícios 2006 e 2007, não foram apresentados os comprovantes de despesas na forma da lei.
4. Ao judiciário é possível apreciar a legalidade dos atos administrativos, mesmo que exauridos na esfera administrativa, obediência que se deve ao art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal (princípio da inafastabilidade da jurisdição). A norma do art. 73, § 2º, do Decreto 3.000/99 é endereçada à autoridade administrativa, sob pena de criar a figura da coisa julgada administrativa.
5. Apelação parcialmente provida.

Dessa forma, o contribuinte está autorizado a apresentar em juízo documentos comprobatórios dos lançamentos inseridos em DIRPF's quando da mensuração da base de cálculo do seu imposto de renda, em observância ao princípio do amplo acesso à Justiça.

2.3. Aluguéis recebidos de pessoa jurídica. Retenção da parcela relativa ao IRPF. Recolhimento pelo locatário. Divergência de valores indicados pelo locador em DIRPF e lançados pelo locatário em DIRF. Lançamento suplementar. Responsabilidade do locatário. Inocorrência.

Sustenta o autor não ser o responsável pelo recolhimento do IRPF incidente sobre as quantias que recebe de pessoa jurídica a título de aluguéis, eis que a lei determina que o locatário (fonte pagadora) proceda à retenção do imposto antes de efetuar tais pagamentos ao locador.

Tem-se aqui hipótese de substituição tributária, instituído através do qual a lei atribui a terceiro a responsabilidade pelo recolhimento do tributo inicialmente jungido à esfera de responsabilidade de outrem, porém dito terceiro há de ter vínculo com o fato gerador da obrigação tributária em comento – participação na situação que faz existir a obrigação principal –, vínculo esse que não poderá ser por demais estreito, sob

pena de se confundir o responsável com o próprio contribuinte.

Eis a dicção do artigo 128 do Código Tributário Nacional:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

E mais do § 1º do artigo 7º da Lei nº 7.713/1988:

Art. 7º Ficam sujeito à incidência do imposto de renda na fonte, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei:

(...)

§ 1º O imposto a que se refere este artigo será retido por ocasião de cada pagamento ou crédito e, se houver mais de um pagamento ou crédito, pela mesma fonte pagadora, aplicar-se-á a alíquota correspondente à soma dos rendimentos pagos ou creditados à pessoa física no mês, a qualquer título.

Transcrevo ainda lição doutrinária:

Muitas vezes, com o único escopo de facilitar a arrecadação e fiscalização, o legislador tributário escolhe outra pessoa, que não aquela que praticou o fato gerador, para pagar o tributo. A lei exclui o contribuinte e elege um terceiro como devedor, desde que este terceiro esteja, de alguma forma, relacionado com o fato gerador. Este terceiro substitui o devedor. É o substituto legal tributário. Na substituição tributária, a obrigação também nasce diretamente contra o substituto tributário, tal como ocorre com o sujeito passivo de direito (contribuinte). A diferença é que na sujeição passiva direta foi escolhido como devedor a pessoa que praticou o fato gerador; na substituição um terceiro assume o lugar do devedor. Por força de lei, o substituto tributário tem o dever de pagar tributo alheio. Na verdade, o substituído é quem deveria pagar o tributo porque foi ele que praticou o fato gerador. Porém, com a finalidade de facilitar a arrecadação e a fiscalização, a lei escolhe um terceiro para substituir o devedor. A lei escolhe o substituto e

coloca-o, desde logo, no polo passivo da relação tributária. Neste caso, temos a substituição tributária e as figuras do substituto e do substituído.

In casu, todavia, não há discussão acerca de eventual não recolhimento em favor do Fisco das quantias retidas pelo locatário/Fundo Estadual de Saúde em Sergipe, mas sim de cobrança de IRPF do autor em decorrência de o mesmo ter anotado em suas DIRPF's valores relativos a imposto de renda retido na fonte em razão de rendimentos tributáveis recebidos de pessoa jurídica.

De fato, a controvérsia a ser aqui dirimida cinge-se à validade das glosas dos valores, anotados pelo autor em duas DIRPF's, em divergência com as quantias informadas pelo locatário em DIRF, e o conseqüente lançamento de IRPF decorrente das importâncias equivocadamente informadas pelo demandante.

Portanto, é de ser rejeitado o pedido de declaração de inexistência de responsabilidade tributária do demandante pelos créditos tributários inscritos na CDA 51.1.11.000411-31.

2.4. Aluguéis percebidos de pessoa jurídica. Retenção do IRPF na fonte. Glosas de quantias informadas em DIRPF. Demonstração em Juízo dos valores percebidos e retidos. Perícia. Manutenção em parte dos créditos constituídos a partir das referidas glosas.

A análise a ser empreendida a partir de agora objetiva a fixação das quantias que deverão continuar a integrar o cômputo dos créditos exequendos; eis que as glosas dos valores, informados pelo autor em DIRPF's como IRPF retidos na fonte pelo locatário/Fundo Estadual de Saúde em Sergipe, decorreram da não coincidência com as importâncias informadas pelo locatário como IRPF retido na fonte (DIRF).

Acerca desta modalidade de recolhimento de IRPF (retenção do tributo pela pessoa jurídica locatária), dispõe o artigo 7º, II, e § 1º da Lei nº 7.713/1988:

Art. 7º Ficam sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei:

(...)

II - os demais rendimentos percebidos por pessoas físicas, que não estejam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, pagos ou creditados por pessoas jurídicas.

§ 1º O imposto a que se refere este artigo será retido por ocasião de cada pagamento ou crédito e, se houver mais de um pagamento ou crédito, pela mesma fonte pagadora, aplicar-se-á a alíquota correspondente à soma dos rendimentos pagos ou creditados à pessoa física no mês, a qualquer título.

E, mais, os artigos 631 e 717 do Decreto nº 3.000/1999 (RIR):

Art. 631. Estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, calculado na forma do art. 620, os rendimentos decorrentes de aluguéis ou *royalties* pagos por pessoas jurídicas a pessoas físicas (Lei nº 7.713, de 1988, art. 7º, inciso II).

Art. 717. Compete à fonte reter o imposto de que trata este Título, salvo disposição em contrário (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, arts. 99 e 100, e Lei nº 7.713, de 1988, art. 7º, § 1º).

Em sequência, não de ser examinados os documentos trazidos aos autos pelo demandante, indicando as retenções efetuadas pelo locatário/Fundo Estadual de Saúde em Sergipe, em contraponto com os valores por ele informados em suas DIRPF's, de modo a verificar *de per si* as glosas realizadas pelo Fisco.

Para tanto, foi determinada a produção de prova pericial, tendo o Sr. perito apresentado o laudo de fls. 267/272, apontando a seguinte conclusão:

(...)

O próprio autor, instado a se pronunciar acerca das conclusões do expert, requereu a homologação do laudo pericial.

A demandada, por seu turno, manifesta sua discordância com o laudo pericial, anexando cálculo na seguinte forma:

(...)

Dessa forma, a ré aquiesce à pretensão autoral de anulação das glosas atinentes aos exercícios 2007 e 2008 (anos calendários 2006 e 2007), eis que concorda com a demonstração das retenções de IRPF efetuadas pelo locatário/Fundo Estadual de Saúde em Sergipe quanto aos aluguéis pagos ao autor nos referidos períodos de apuração.

Entretanto, a acionada embasa sua discordância quanto ao valor de R\$ 1.237,26 (hum mil, duzentos e trinta e sete reais e vinte e seis centavos), apontado pelo perito como remanescente válido da glosa alusiva ao exercício 2009 (ano calendário 2008), uma vez que sustenta a impossibilidade de ser incluída, na análise da glosa em comento, a quantia relativa ao aluguel pago ao autor por Ricardo Oliveira Cardoso no importe de R\$ 16.512,91 relativo ao período de janeiro a abril/2008.

É de ser acolhida a insurgência da demandada em relação à inviabilidade da utilização do documento de fl. 130 para recálculo do IRPF devido pelo autor no exercício 2009 (ano calendário 2008), pois, além de não se tratar de aluguel percebido de pessoa jurídica, também não está correlacionado à glosa indicada no documento de fl. 128 – indicativo apenas das fontes pagadoras Companhia Alagoana de Refrigerantes e Fundo Estadual de Saúde.

Ante tais considerações, a pretensão merece ser acolhida em parte, remanescendo a integrar o crédito tributário inscrito na CDA nº 51.1.11.000411-31 o valor de R\$ 10.958,86.

3. DISPOSITIVO:

3.1. Ante o exposto, EXTINGO o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, pelo que JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para:

3.1.a anular os créditos tributários inscritos na CDA nº 51.1.11.000411-31 concernentes aos exercícios 2007 e 2008 (anos calendários 2006 e 2007);

3.1.b. reconhecer a higidez da glosa procedida pela autoridade fiscal quanto ao exercício 2009 (ano calendário 2008), sobejando o crédito exequendo no importe de R\$ 10.958,86 (dez mil, novecentos e cinquenta e oito reais e oitenta e seis centavos);

3.1.c. extinguir a Execução Fiscal nº 0005739-03.2011.4.05.8500, determinando a transformação em renda da União de parte do depósito de fls. 201/204 no valor atualizado do crédito exequendo remanescente, devolvendo-se ao autor o saldo que restar depositado.

3.2. CONDENO a ré ao pagamento de honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 6.000,00 (seis mil re-

ais), em atenção aos critérios do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, notadamente a natureza da causa e o trabalho desenvolvido pelo profissional; este valor será atualizado (correção monetária), a partir da presente data, em consonância com as disposições do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal (Resolução nº 561/2007 do Conselho da Justiça Federal).

3.3. CONDENO ainda a demandada ao ressarcimento de R\$ 700,00 (setecentos reais) – 50% (cinquenta por cento) do valor de honorários periciais.

Assim, corroboro, na íntegra, as assertivas desenvolvidas no decisório *supra*, sendo, pois, desnecessários quaisquer acréscimos ao acima delineado.

Destarte, não hão de prosperar as alegações da parte recorrente.

Diante disso, nego provimento à apelação do autor e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 552.451-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Apelante: DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS - DNOCS
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E OUTRO
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

EMENTA: CIVIL. AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIOS PÚBLICOS FEDERAL E ESTADUAL. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. INUNDAÇÕES. MANUTENÇÃO E PRESERVAÇÃO DE DIQUES E EQUIPAMENTOS. SISTEMA DE CONTENÇÃO E BOMBEAMENTO DE BARRAGEM. OBRIGA-

ÇÃO DO DNOCS. OMISSÃO. RESPONSABILIDADES CIVIL E AMBIENTAL OBJETIVA. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. APLICABILIDADE. FORÇA MAIOR. NÃO CONFIGURAÇÃO. DANOS AOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO EM REPARAÇÃO DOS DANOS. ASTREINTES. MINORAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO.

- O juiz está autorizado pelo art. 330, I, do CPC, a julgar antecipadamente a lide quando a questão é meramente de direito ou for prescindível a realização de perícia para o deslinde da controvérsia, e, segundo a jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, pois o Magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, acaso verifique que a prova documental trazida aos autos é suficiente para orientar o seu entendimento. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada.

- Sentença que reconheceu ser o DNOCS o único responsável pelos fatos que ensejaram a propositura da demanda, porquanto a ele cabia a manutenção e reparação dos equipamentos instalados em decorrência da construção da Barragem Armando Ribeiro Gonçalves, pelo que inviável afigurou-se a atribuição de qualquer responsabilidade do Município de Jucurutu.

- O DNOCS pode ingressar com ação direta contra o município em questão, pleiteando o ressarcimento do prejuízo que entende ter direito. Nulidade da sentença, por ausência de decisão acerca da legitimidade ou da responsabilidade, ou não, do Município de Jucurutu, desacolhida.

- Ação civil pública ajuizada pelo MPF e pelo MPE, com a finalidade de “responsabilizar o DNOCS à adoção de medidas para tornar eficaz o sistema

de detenção e escoamento de águas pluviais, por ele executado, mantido e operado no Município de Jucurutu/RN, como também treinar adequadamente operadores para manuseio dos equipamentos e implementar reformas e manutenções periódicas nesse sistema tendente a promover a eficiência dos reservatórios de contenção, a fim de evitar futuras inundações no Município de Jucurutu/RN.”

- Laudo pericial que apontou os seguintes problemas: a) diques sem manutenção; b) presença de vegetação nos taludes; c) existência de resíduos sólidos nos reservatórios de detenção (garrafas, latas, pedras, sacos plásticos, troncos de árvores, etc.); d) canais de drenagem com obstrução total ou parcial (areia, terra, cascalho, etc); e) comportas dos diques emperradas, ferrugem e falta de lubrificação); e f) precariedade dos equipamentos e instalações das estações de bombeamento.

- A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, independentemente de culpa, e isto se aplica ao poluidor pessoa física ou jurídica, pública ou privada.

- Existência de nexo de causalidade entre a conduta omissiva do DNOCS, responsável direto pela preservação, manutenção e reparo dos diques de contenção e dos equipamentos em geral do sistema da Barragem Armando Ribeiro Gonçalves, e as enchentes ocorridas no Município de Jucurutu, que resultaram na inundação de cerca de 135 (centos e trinta e cinco) residências, não cabendo, na hipótese, invocar eventual força maior ou caso fortuito para excluir as responsabilidades civil e ambiental, afetando o bem-estar, a preservação do habitat e a qualidade de vida de cerca de mais de 500 (quinhentas) pessoas que ficaram desabrigadas.

- Devidamente comprovada a responsabilidade do DNOCS em relação aos danos apurados em decorrência das inundações ocorridas em Jucurutu/RN, com prejuízos sofridos com residências alagadas, é de ser declarada a sua condenação, ainda que genérica, na reparação dos danos aos direitos individuais homogêneos, conforme disciplina o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor.

- Existência de dano moral coletivo aos interesses difusos da população jucurutuense, o que enseja a condenação do DNOCS à indenização de caráter reparatório e sancionatório, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a ser revertido em favor do Fundo Nacional de Direitos Difusos, como determinado pelo MM. Juiz a quo.

- A fixação de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em caso de descumprimento de qualquer das obrigações estabelecidas, é excessiva. Minoração do quantum para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

- Descabimento de condenação do DNOCS ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público, com base no entendimento do STJ é no sentido de que, por critério de absoluta simetria, em ação civil pública não cabe a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público.

- Apelação provida, em parte (itens 10 e 11).

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, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento, em parte, à apelação, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taqui-

gráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 24 de julho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação desafiada pelo Departamento de Obras Contra as Secas - DNOCS, em face da sentença de fls. 283/331 que, em sede de ação civil pública, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando-o nas obrigações de: a) “elaborar Plano de Segurança da Barragem, Plano de Ação de Emergência (PAE) e Manual de Operação, Manutenção e Inspeção (OMI), no prazo de 90 (noventa) dias, em relação ao Município de Jucurutu/RN; b) melhorar a eficiência dos reservatórios de detenção, removendo a vegetação indesejável, os resíduos sólidos (garrafas, latas, sacolas plásticas, papel, etc.) e o material sedimentado (terra, areia, pedra, etc.); instalando gradeamento na entrada dos reservatórios; desobstruindo as tubulações, comportas, canais de drenagem, etc. e, desemperrando e lubrificando os mecanismos das comportas, tornando-as facilmente operáveis, também no prazo de 90 (noventa) dias; c) colocar imediatamente em operação as estações de bombeamento, revisando e concertando o funcionamento do sistema de gradeamento, linha de sucção, bombas, linha de recalque, despejo, registros, válvulas e conexões, além do grupo moto gerador e instalações elétricas, no prazo de 90 (noventa) dias; d) restaurar o dique de contenção, restabelecendo a proteção do talude normal; removendo a vegetação indesejável; eliminando buracos na pista de rolamento na crista do dique; preparando o revestimento (paralelepípedo) da pavimentação; recuperando o meio-fio e a drenagem (sergetas e canaletas), no prazo de 120 (cento e vinte) dias; e) redimensionar os reservatórios de detenção em sua capacidade de acordo com as necessidades atuais e futuras que se exigem para o caso, executando as obras necessárias, no prazo de 180 (cento e oitenta dias); f) redimensio-

nar as estações de bombeamento (bombas, tubulações, grupo moto gerador e instalações elétricas) de acordo com as necessidades atuais e futuras que se exigem para o caso, executando as obras necessárias, no prazo de 180 (cento e oitenta dias); g) adequar a operação dos reservatórios de detenção, treinando os operadores e estabelecendo rotinas, no prazo de 60 (sessenta) dias”, tendo sido fixada, em caso de descumprimento de quaisquer das obrigações estabelecidas, multa diária “no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada uma delas, a incidir a partir do término do prazo cominado, que deverá ser revertida em favor do Fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85”.

O MM. Juiz sentenciante também declarou “as responsabilidades civil e ambiental do DNOCS em relação aos danos provocados pelas enchentes de Jucurutu/RN, determinando, ainda, que seja procedido o ressarcimento a todos os danos aos interesses individuais homogêneos ocorridos em virtude das inundações ocorridas em Jucurutu nos dias 24 e 25 de janeiro de 2011.

A Autarquia foi condenada, ainda, na indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a ser revertido em favor do Fundo Nacional de Direitos Difusos, devendo sobre esse montante incidir a Taxa SELIC, a partir da data do evento (24/01/2011), a título de juros moratórios (Súmula 54 do STJ) e correção monetária (Súmula 43 do STJ), e ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Nas razões recursais, o DNOCS arguiu, em preliminar, a nulidade da sentença: I) por ausência de decisão acerca da legitimidade ou da responsabilidade, ou não, do Município de Jucurutu, na produção dos eventos discutidos, apesar de o mesmo não ter sido excluído da lide; II) por cerceamento do direito de defesa, em razão da negativa de produção de provas.

No mérito, requereu a reforma da sentença, alegando, em suma: a) impossibilidade do enquadramento da atividade do DNOCS como poluidora e inexistência de nexo de causalidade entre a atuação do DNOCS e os danos ambientais ocorridos em decorrência das inundações; b) impossibilidade jurídica da ocorrência de danos morais coletivos; c) ausência de dano moral coletivo e

de vulneração a interesse coletivo, eis que somente foram atingidos “direitos individuais decorrentes de origem comum”; d) exorbitância da indenização fixada, dada sua natureza unicamente reparatória, além de corresponder a quase um terço do valor que seria destinado à conservação da barragem; e) exiguidade do prazo destinado para o cumprimento das obrigações de fazer e vinculação da administração pública ao princípio da legalidade e à previsão orçamentária; f) a fixação da multa cominatória somente seria cabível se houver oposição ao que foi determinado, devendo a mesma ser excluída ou minorada para R\$ 5.000,00 por dia, como fixada na decisão antecipatória da tutela; g) a condenação dos vencidos em honorários advocatícios, consoante interpretação do art. 18 da Lei nº 7.347/85, e segundo o princípio da isonomia, somente é cabível quando agirem de má-fé.

Contrarrazões apresentadas pelo MPF às fls. 439/446v; pediu-se o improvimento do apelo.

Parecer do MPF pela provimento, em parte, da apelação – fls. 457/473. Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Destaco que bem andou o ilustre magistrado *a quo* ao afastar as preliminares de carência da ação (ilegitimidade passiva *ad causam* e falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido), ilegitimidade passiva *ad causam* da União e do Estado do Rio Grande do Norte, suscitadas pelo DNOCS.

Quanto a esses pontos, subscrevo, sem ressalvas, as bem-lançadas razões de decidir postas na sentença, adotando-as como razões de decidir. Ditos fundamentos ficam fazendo parte deste voto, independentemente de aqui estarem reproduzidos. As preliminares, portanto, fica de logo desacolhidas.

Quanto à preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, pela negativa de produção de provas, rejeito-a.

Cabe ao magistrado determinar as provas necessárias à instrução do feito, podendo indeferir as que considerar inúteis, ou protelatórias, bem como livremente apreciá-las, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ante o disposto nos arts. 130 e 131, ambos do CPC.

No caso sob exame, o Juiz sentenciante entendeu desnecessária a produção de outras provas ao deslinde da causa, ao argumento de que a matéria versada nos autos é exclusivamente de direito, julgando antecipadamente a lide, ante o disposto no art. 330, I, do CPC, não configurando tal opção, cerceamento ao direito de defesa.

A jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, é assente no sentido de que não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, eis que o Magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, acaso verifique que a prova documental trazida aos autos é suficiente para orientar o seu entendimento.

Quanto à nulidade da sentença, por ausência de decisão acerca da legitimidade ou da responsabilidade, ou não, do Município de Jucurutu, na produção dos eventos discutidos, acolho o entendimento da douta presentante do *Parquet* Federal, motivo pelo qual adoto, como razões de decidir, trecho importante do parecer ofertado pelo MPF, *in verbis*:

(...)

Nas contrarrazões apresentadas pelo *Parquet* Federal, restou consignado, acerca do tema que, ‘a sentença recorrida reconheceu ser o DNOCS o único responsável pelos fatos que ensejaram a propositura da demanda, porquanto a ele cabia a manutenção e reparação dos equipamentos instalados em decorrência da construção da barragem Armando Ribeiro Gonçalves, pelo que inviável afigurou-se a atribuição de qualquer responsabilidade do Município de Jucurutu’ (fl. 441-verso).

Aceita a denunciação da lide e apresentada contestação quanto ao mérito da causa, o denunciado assume a condição de litisconsorte do réu, podendo, por conseguinte, ser condenado direta e solidariamente com aquele, na mesma sentença. Tem entendido o Superior Tribunal de Justi-

ça que, sendo a denunciação da lide um instrumento de economia processual, não se justifica que se anule o processo por mera irregularidade de processamento. Isso ocorre, porquanto, o denunciante terá sempre a ação direta para obter o ressarcimento do prejuízo. Sobre o tema confira-se:

(...)

Assim, além do fato de declarar a sentença a responsabilidade exclusiva do DNOCS pelos fatos narrados na inicial, nada obsta que ele ingresse com ação direta contra o município em questão, pleiteando o ressarcimento do prejuízo que entende ter direito, 'não se justifica a anulação do processo', por ausência de referência à denunciação na sentença.

Com essas considerações, rejeito as preliminares e passo ao exame do mérito.

Ação civil pública, “com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, promovida pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público Estadual, em face do Município de Jucurutu/RN e do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS, objetivando à condenação deste último à adoção de medidas para tornar eficaz o sistema de detenção e escoamento de águas pluviais, por ele executado, mantido e operado no Município de Jucurutu/RN, como também treinar adequadamente operadores para manuseio dos equipamentos e implementar reformas e manutenções periódicas nesse sistema tendente a promover a eficiência dos reservatórios de contenção, colocando em efetiva operação as estações de bombeamento de água da chuva e mantê-las conservadas, restaurando o dique de contenção e a proteção do talude normal, com o escopo de mantê-lo pronto para o funcionamento e, assim, evitar futuras inundações em áreas da municipalidade, além de postular o ressarcimento dos danos causados aos direitos individuais homogêneos e do dano moral coletivo”.

A Lei nº 6.938/81, em seu artigo 14, § 1º, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, preceitua:

Art 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos

inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

(...).

Cuida-se, pois, da consagração da tese da responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, por danos ambientais; e isto se aplica ao poluidor pessoa física ou jurídica, pública ou privada.

Quanto à alegada ausência de nexo causal entre a consumação do dano ambiental e a atuação do DNOCS, a mesma não merece prosperar, utilizando, como razões de decidir, a argumentação da sentença.

O MM. Juiz *a quo* entendeu que restou comprovada a conduta omissiva do DNOCS, uma vez que o mesmo deixou de manter e conservar os diques e equipamentos que integram a estrutura da Barragem Armando Ribeiro Gonçalves em pleno funcionamento, não prestando “um serviço público preventivo e com eficiência para evitar inundações e alagamentos no Município de Jucurutu/RN.”, *in verbis*:

(...)

55. Com efeito, o que se debate neste lide coletiva consiste no suposto dever específico do poder público na tutela do meio ambiente artificial, através de ações ou medidas que tornem eficaz o serviço de detenção e escoamento de águas pluviais do sistema da Barragem Armando Ribeiro Gonçalves. Há de ser aquilatado se houve mau funcionamento do sistema de contenção e bombeamento das águas da chuva, já que havia um dever específico do DNOCS de manter e conservar os diques e os equipamentos em pleno funcionamento e, por via de consequência, prestar um serviço público preventivo e com eficiência para evitar inundações e alagamentos no Município de Jucurutu/RN.

(...)

58. Na espécie em particular, de logo, observa-se que cabe ao DNOCS a manutenção e conservação adequada do sistema de contenção e de bombeamento das águas por ele gerido, o que não é negado em nenhuma das manifestações do ente demandado.

(...)

61. Ressalte-se, ademais, que a região do Município de Jucurutu/RN que sofreu inundação por força das fortes chuvas ocorridas no mês de janeiro do corrente ano, devido a sua proximidade com a tão conhecida e importante Barragem Armando Ribeiro Gonçalves, possivelmente ostenta o condão de área de preservação permanente, nos termos do que dispõem os arts. 2º, inc. II, e 3º, da Resolução nº 302, de 20/03/2002, do CONAMA, conforme se verifica a seguir:

(...)

64. O DNOCS alega a impossibilidade da sua sujeição à responsabilização objetiva, inculpada no art. 37, § 6º, da CF, em vista ao fato de as condutas a si atribuídas serem omissivas, e, por esta especial razão, a responsabilização somente seria possível na modalidade de responsabilização subjetiva, ou seja, calcada na culpa.

65. De início, parece se revelar cristalina a constatação de que a omissão do DNOCS na concretização de medidas de conservação, manutenção e reparo dos diques de contenção e dos equipamentos em geral afetou o bem-estar, a preservação do *habitat* e a qualidade de vida da população afetada que sofreu com a inundação ocorrida.

66. Nem mesmo sob a ótica do critério (postulado aplicativo normativo, na expressão de HUMBERTO ÁVILA) da proporcionalidade, na perspectiva da proibição de insuficiência ou deficiência, essa ilação se esvai. No exame desse parâmetro aplicativo, a adequação sinalizaria se o meio favorece a realização do objeto de otimização do princípio respectivo em jogo. E é claro que a omissão do DNOCS não proporciona a realização do bem-estar, da preservação da incolumidade da moradia e da qualidade de vida dos atingidos pelas enchentes. A necessidade, por sua vez, apuraria se não existe um meio alternativo cuja aplicação implique pelo menos um mesmo grau de favorecimento do princípio respectivo, e, em compensação, produza menos consequências desvantajo-

sas para os direitos e bens que decidem em sentido contrário. Da mesma forma, não existe outra solução a menos que se promova a manutenção, conservação e a melhoria do sistema de contenção e bombeamento dos diques e equipamento. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito busca estabelecer um equilíbrio na relação de comparação entre os favorecimentos e a intensidade de afetação ou restrição. Para alcançar a concretização da proteção dos bens constitucionais em tela, basta o DNOCS agir e realizar obras de manutenção e adotar as medidas postuladas pelos órgãos ministeriais nesta demanda coletiva.

67. O dano ambiental, ainda que na esfera artificial, é regido pelo sistema da responsabilidade objetiva, fundado no risco inerente à atividade, sendo a culpabilidade do agente completamente dispensável, de sorte que se a configura com a mera comprovação do dano e da prova do nexo de causalidade entre a fonte poluidora, degradante, e a poluição ou degradação.

(...)

82. Com efeito, diante dos fundamentos esboçados, não remanesce qualquer dúvida quanto à sujeição do DNOCS, neste caso em particular, à responsabilização civil objetiva por ato omissivo, uma vez que tinha a obrigação específica de providenciar a manutenção e recuperação das estruturas de contenção e de bombeamento que viabilizavam o escoamento das águas pluviais e evitava o conseqüente transbordamento e a evitável inundação.

83. Desde o principio do curso desta contenda coletiva, já era possível se apurar em provas hospedadas à inicial, como o Processo Administrativo nº 1.28.200.000005/2011-19, que o dano ambiental sob cogitação teve como móvel principal a conduta omissiva do DNOCS, ante a sua inação com relação ao cumprimento dos seus deveres de manutenção e reparação dos equipamentos instalados em decorrência da edificação da Barragem Armando Ribeiro Gonçalves, consoante se infere do conteúdo do relatório apresentado pela Defesa Civil do Estado do Rio Grande do Norte (doc. de fls. 35/39 do antecitado PA):

A situação ocorrida na cidade de Jucurutu aconteceu devido ao fato de que existem três obras de engenharia realizadas pelo Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS), conhecida como diques A, B e

C, os quais foram construídos com a finalidade de evitar que as águas do Rio Piranhas cheguem às casas com a elevação do rio. Sendo que estas casas estão situadas em uma área de risco, pelo fato de que se trata de uma região localizada em nível inferior, em relação ao restante da cidade e, com isso toda água da chuva tende a ficar armazenada nesta região.

Para evitar alagamentos provenientes das águas das chuvas, estão previstos para as paredes dos diques, sistema de bombeamento das águas para o leito do rio e ainda sistemas de comportas de maré – dispositivo manual, em forma de porta, que tem a utilidade de fazer o escoamento das águas para o leito do rio e ainda sistemas de comportas de maré – dispositivo manual, em forma de porta, que tem a utilidade de fazer o escoamento das águas, cerca de 176 (cento e setenta e seis) mm, em curto intervalo de tempo, proveniente das fortes chuvas ocorridas durante os dias 24 e 25 de janeiro de 2011, no município de Jucurutu/RN pode ser verificado alguns problemas, a saber:

1.1 Alagamento de aproximadamente 91 (noventa e uma) casas no Bairro de Vila Santa Isabel, localizado no centro da cidade de Jucurutu/RN, totalizando 364 pessoas desalojadas, segundo informações da secretaria de assistência social da cidade (ver todos 01, 02 e 03);

1.2 Foram utilizadas de forma improvisada três bombas de pequena vazão para realizar o escoamento (ver foto 04);

1.3 (...);

1.4 Defeito nas comportas de maré das estações elevatórias de água, por falta de manutenção (ver foto 06);

1.5 Falta de limpeza e manutenção das calhas de escoamento das águas e das estações elevatórias de água (ver fotos 07 e 08);

1.6 Quadros de energia danificados nas estações elevatórias (ver foto 09);

1.7 As bombas das estações elevatórias foram todas submergidas pelas águas das chuvas e, com isso pararam de funcionar;

1.8 Limpeza e abertura improvisada com cordas realizadas por um dos moradores (ver foto 10);

1.9 Sistema de enrocamento precisando de manutenção para evitar a erosão proporcionada pelo movimento das águas ou simplesmente pela elevação e descida do nível da água (ver foto 11);

1.10 Existe apenas um funcionário do DNOCS que é responsável pela limpeza e manutenção dos sistemas elevatórios e das calhas de escoamento, segundo informações do prefeito – Júnior Queiroz;

1.11 Assoreamento do Rio Piranhas;

1.12 A Barragem Armando Ribeiro Gonçalves encontra-se a apenas 4,87 m de atingir o seu nível de sangria e, se acontecer do nível da água atingir a cota zero, a cidade de Jucurutu/RN correrá um sério risco de ficar inundada.

84. De igual forma, importante trazer à baila excertos extraídos do Laudo Pericial nº 009/2011, elaborado pelo Ministério Público Federal - MPF, subscrito pelo perito Lélío Mendes Santana Júnior (doc. de fls. 49/87 do PA nº 1.28.200.000005/2011-19):

85. À vista dos meios de provas coligidos pelos órgãos demandantes, exsurtem elementos fortes indicativos de que a inundação que acometeu parte do Município de Jucurutu/RN deu-se, nitidamente, em razão da falta de manutenção e preservação, por parte do DNOCS, dos equipamentos que integram a estrutura da Barragem Armando Ribeiro Gonçalves.

89. De acordo com o magistério de JOSÉ DE AGUIAR DIAS, caso fortuito e força maior são sinônimos e, como tal, necessitam para serem reconhecidos a presença de dois elementos: “um interno, de caráter objetivo, ou seja, a inevitabilidade do evento; outro, externo ou subjetivo, a ausência de culpa”. Realça, ainda, AGUIAR DIAS que nem sempre um fenômeno da natureza “pode ser capitulado como força maior. Um temporal, por exemplo, constitui fenômeno da natureza, a que não se pode obstar, mas que se pode prevenir, nos seus efeitos possíveis, mormente em cidade sujeita a periódicas inundações em conseqüências de chuvas torrenciais”.

(...)

91. Nesta esteira, para configurar hipótese de força maior, é preciso que o fato ocorrido seja considerado inevitável, ainda que previsível.

92. No caso específico do Município de Jucurutu/RN, não se pode afirmar, com tranquilidade, que alagamento ocorrido no dia 24 de janeiro do corrente ano ocasionado por uma chuva abundante, caracterizada como “tromba d’água”, era um fato do qual não se poderia prevenir ou evitar.

93. Isso devido a um detalhe que chama a atenção. Não foi a primeira vez que ocorreu uma inundação como esta. Aliás, os alagamentos são frequentes, com periodicidade de reiteiraç o quase todos os anos, embora em menor expressão e porte. Não é um fen meno esporádico que somente aconteceu no ano de 2011. A inundação ocorrida neste último ano impressionou não apenas pela intensidade das chuvas, mas pelo nível das águas nas casas a que chegou e pela destruição que acarretou.

94. Apenas pela localização em que se encontra o Conjunto DNOCS, bairro mais atingido pelas inundações, e a posição de desnível em relação às estações de bombeamento, os diques e a lagoa de captação, já   possível consider -lo como área permanente de risco de alagamentos e inundações em períodos chuvosos, até mesmo em virtude da frequência com que ocorrem em casos de maior intensidade pluviométrica. Por isso mesmo, descabido se afigura atribuir às intempéries da natureza a responsabilidade por alagamentos frequentes e reiterados, quando o DNOCS nem sequer fez o mínimo que dele se esperava (realização periódica de manutenção em todo o sistema de bombeamento das águas pluviais), deixando as famílias l  residentes relegadas   própria sorte. Provavelmente, muitas delas rogam a “Deus” para que as precipitações ocorram regularmente, e não concentradas em curto intervalo de tempo. Isso é triste e desumano, para dizer o mínimo.

(...)

105. Demonstrados, portanto, a existência do fato, os danos sofridos pela população, bem como o nexo de causalidade, forçá convir que o DNOCS deve ser responsabilizado pelo prejuízo a que deu causa.

No tocante à impossibilidade jurídica da ocorrência de danos morais coletivos e à ausência de dano moral coletivo e de vulneração a interesse coletivo, eis que somente foram atingidos “direitos individuais decorrentes de origem comum”, o MM. Juiz sentenciante bem decidiu as questões, motivo pelo qual transcrevo trecho importante da sentença e o adoto, também, como razões de decidir:

(...)

43. No que se refere aos direitos individuais homogêneos, em especial, estes podem ser considerados coletivos não pela essência em si, já que podem ser determinados individualmente aqueles que foram lesados, mas em decorrência da exteriorização de sua proteção.

44. Ao apreciar somente os conceitos trazidos pelo CDC, poder-se-ia indagar quando a enorme semelhança que haveria entre os direitos individuais homogêneos e os coletivos *strictu sensu*. Diante de tal fato, é imprescindível uma análise mais apurada sobre a expressão ‘origem comum’.

45. Sobre o tema, o festejado lente KAZUO WATANABE, em obra dedicada a comentar o anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, assim leciona:

‘Origem comum’ não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa, veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde, adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo, e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles. (Grifos acrescidos)

46. Desta forma, naquilo que concerne aos direitos individuais homogêneos, é possível constatar a existência de um elo de ligação entre várias pessoas que sofreram o mesmo dano.

47. Trata-se, a bem da verdade, de uma proteção coletiva a direitos individuais, decorrente de uma origem comum, com dimensão coletiva. O fato de os sujeitos desses direitos serem passíveis de determinação não descaracteriza a índole coletiva do bem da vida pretendido.

(...)

48. Defendem os órgãos ministeriais, na inicial, a necessidade de proteção dos direitos à segurança, à moradia, ao sossego e à eficiência na prestação de serviço público, para amparar pretensões mandamentais e condenatórias que formulam. Para tanto, propuseram a presente demanda também buscando a condenação do DNOCS a reparação pelos danos causados à população de Jucurutu/RN, vítima que foi desta enorme tragédia.

49. Nesta trilha, em se tratando de direitos individuais homogêneos, bem como a análise apurada dos fatos que deram origem a presente ação, podemos verificar que a omissão perpetrada pela autarquia ré, e a conseqüente inundação na cidade de Jucurutu/RN, se revela, exatamente, como um dano aos direitos individuais homogêneos.

50. A 'origem comum' provém das omissões do DNOCS, já retratadas no decorrer desta ação, que, tendo o dever de zelar, preservar e manter os Armando Ribeiro Gonçalves, optou por não fazê-lo.

51. Como consequência, e tendo o Município de Jucurutu/RN sido atingido por chuvas de grande intensidade em janeiro de 2011, houve a inundação de cerca de 135 (cento e trinta e cinco) residências, resultando em mais de 500 (quinhentas) pessoas desabrigadas.

52. Antes de qualquer análise, é de bom alvitre realçar que a agressão ao meio ambiente pode decorrer de um simples ato comissivo ou omissivo, mas o dano dele resultante ostenta efeitos permanentes, caracterizando ofensa ao dever da preventividade objetiva, que encerra a obrigação genérica de inviolabilidade ambiental assegurada no art. 225 da Carta Política de 1988.

53. Na espécie, a tutela judicial requestada, em prol dos municípios de Jucurutu/RN, de forma imediata, colima a proteção do meio ambiente artificial, dada à preocupação com o bem-estar, a saúde e a qualidade de vida dos jucurutuenses afetados com a inundação tristemente ocorrida nos dias 24 e 25 de janeiro de 2011.

54. Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, o conceito de meio ambiente deve não apenas se adstringir ao seu aspecto natural ou físico, mas também à dimensão artificial, assim entendido como o 'espaço urbano construído, consubstanciado no

conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto)'.
(...)

58. Na espécie em particular, de logo, observa-se que cabe ao DNOCS a manutenção e conservação adequada do sistema de contenção e de bombeamento das águas por ele gerido, o que não é negado em nenhuma das manifestações do ente demandado.

59. Nada mais difuso na sociedade do que o direito à proteção ao *habitat* do ser humano, como forma de assegurar a proteção do direito fundamental de terceira dimensão, traduzido na tutela da incolumidade do meio ambiente, o que justifica a atuação conjunta dos Ministérios Públicos Federal e Estadual.

61. Ressalte-se, ademais, que a região do Município de Jucurutu/RN que sofreu inundação por força das fortes chuvas ocorridas no mês de janeiro do corrente ano, devido a sua proximidade com a tão conhecida e importante Barragem Armando Ribeiro Gonçalves, possivelmente ostenta o condão de área de preservação permanente, nos termos do que dispõem os arts. 2º, inc. II, e 3º, da Resolução nº 302, de 20/03/2002, do CONAMA, conforme se verifica a seguir:

(...)

62. Por isso mesmo, vê-se que esta demanda coletiva almeja tutelar o meio ambiente artificial e, de igual maneira, a eficiência na prestação de serviço público por parte do DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS - DNOCS.

(...)

b.5) Do dano moral coletivo

116. No plano individual, entre os direitos fundamentais que aquecem a criatura humana, um dos mais preciosos, sem dúvida, repousa naqueles inerentes à personalidade, devido ao relevante desejo da Constituição de preservar valores preciosos na vida do homem, entre os quais se destacam a paz interior, a tranquilidade de espírito, a liberdade e a vida, a integridade física, moral e individual, a honra, o decoro, a re-

putação e os sentimentos afetivos de qualquer espécie (dor, tristeza, vergonha, sensação de inferioridade, dentre outros).

117. Como era de se esperar, o ser humano não encerra apenas feição patrimonial, mas ostenta direitos personalíssimos de conteúdo extrapatrimonial inato à sua condição e que formatam as linhas norteadoras do que vem a se entender como dignidade da pessoa humana.

118. Nem sempre a lesão a direito ou a prática de ilícito civil projeta na pessoa humana prejuízo na órbita de seu patrimônio material, como a perda financeira ou econômica de bem material pertencente ao seu acervo. De outro lado, a dinâmica da sociedade trouxe à tona a constatação de danos ocorridos em bens de íntimo valor e apreciação, que afetavam, sobretudo, a capacidade de desenvolvimento de interesses de ordem sentimental e espiritual.

119. Para tutelar os direitos de personalidade do ser humano, construiu-se a figura do dano moral, assim entendido como a ofensa a bens e valores considerados extrapatrimoniais, que alteram desvaliosamente o ânimo espiritual do ofendido, caracterizados pelos sentimentos e emoções de dor, angústia, sofrimento, tristeza, desprestígio, desconsideração social, descrédito, humilhação pública, devassamento, desequilíbrio da normalidade psíquica, traumatismos emocionais, depressão ou desgaste psicológico e constrangimento moral.

120. À semelhança da proteção conferida aos danos patrimoniais, a doutrina e a jurisprudência cuidaram de estabelecer os pressupostos que levam à configuração da reparação do dano moral no âmbito da responsabilidade civil objetiva do Estado, a teor do esculpido no art. 37, § 6º, da Lei Fundamental de 1988, nos seguintes termos: a) conduta humana antijurídica (ativa ou omissiva); b) danos ou prejuízos material e moral indenizáveis; e c) nexo de causalidade (liame de causa e efeito entre a conduta antijurídica e o dano ocorrido).

121. Mais do que isso, cada vez mais, a ordem jurídica vem reconhecendo, no mesmo compasso, a necessidade de oferecer proteção jurídica aos interesses de ordem moral ou extrapatrimonial em perspectiva coletiva.

(...)

125. Deste modo, diante de uma lesão sofrida pela comunidade, deve o ordenamento jurídico se insurgir no sentido de reparar, da melhor forma possível, o dano ocasionado. Tal entendimento, sem sombra de dúvidas, constitui-se em verdadeira evolução no sistema da responsabilidade civil e uma ampliação ao conceito de dano moral, que não mais preocupa-se tão somente o sofrimento ocasionado a uma determinada pessoa, mas também àquele vivenciado por toda uma coletividade, e que acabam por atingir também aos seus membros.

(...)

127. O mais interessante disso tudo é que XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO elenca uma lista de hipóteses de incidência, segundo as quais configuraria dano moral coletivo. E, dentre essas situações, uma delas amolda-se, com perfeição, à hipótese retratada nesta ação coletiva, consistente na 'destruição de bem ambiental, comprometendo o equilíbrio do sistema e gerando consequências nefastas ao bem-estar, à saúde ou à qualidade de vida da comunidade'.

128. Além do meio ambiente caracterizar-se hoje como um verdadeiro bem jurídico a ser protegido e preservado, não se pode olvidar a má prestação de serviço público de contenção de águas pluviais desempenhada pelo DNOCS.

129. Da análise fática do caso em questão, resta manifestamente caracterizada a ocorrência de danos aos direitos difusos de toda a população jucurutense, assim compreendidos como aqueles de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

130. Demais disso, é forçoso reconhecer que houve também danos individuais homogêneos em relação àqueles que foram vítimas diretas das enchentes e tiveram suas residências alagadas.

(...)

132. Conforme já ressaltado acima, a conduta omissa, por parte do DNOCS, que tinha por obrigação prezar pela manutenção da Barragem Armando Ribeiro Gonçalves e não o fez, foi responsável pelas enchentes ocorridas em Jucurutu em decorrência das fortes precipitações pluviométricas em janeiro de 2011.

(...)

134. Desta feita, estando devidamente comprovada a responsabilidade do DNOCS em relação às inundações ocorridas em Jucurutu/RN, bem como os evidentes danos sofridos pela população da edilidade que teve suas residências alagadas, faz necessária a condenação, ainda que genérica, da autarquia requerida, na reparação dos danos, conforme disciplina o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, que trata especificamente sobre as ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos:

Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

(...)

137. Este acontecimento, sem dúvida traumático, ocasionou inúmeros danos a toda a comunidade de Jucurutu. No caso presente, parece não remanescer qualquer resquício de dúvida de que uma enchente, por menor que seja, na cidade em que se reside, por si só, já gera no ânimo de qualquer pessoa dor, abalo, sofrimento insuportável em seu equilíbrio emocional.

139. Diante de toda esta situação imposta a população de Jucurutu/RN, resta configurado o almejado dano moral coletivo, resultando, necessariamente, o dever de indenizar por parte do demandado que, por inação de seus agentes, impôs situação capaz de abalar o bem-estar e a psique de todos os jucurutenses.

Demais a mais, no tocante à possibilidade de condenação em danos morais coletivos em matéria ambiental, a jurisprudência do STJ é no sentido da possibilidade de existência dano extrapatrimonial coletivo, podendo ser o mesmo examinado e mensurado, como anotado no Parecer do MPF.

Em relação aos demais argumentos ventilados pelo ora apelante, quais sejam: exorbitância da indenização fixada, dada sua natureza unicamente reparatória, além de corresponder a quase um terço do valor que seria destinado a conservação da barragem; exiguidade do prazo destinado para o cumprimento das obrigações de fazer e vinculação da administração pública ao princí-

pio da legalidade e à previsão orçamentária; fixação da multa cominatória somente seria cabível se houver oposição ao que foi determinado, devendo a mesma ser excluída, ou minorada; e de somente ser cabível a condenação dos vencidos em honorários advocatícios, consoante interpretação do art. 18 da Lei nº 7.347/85, e segundo o princípio da isonomia, quando agirem de má-fé, destaco que o entendimento deste relator sobre a matéria guarda perfeita sintonia com o posicionamento adotado pela douta representante do *Parquet* Federal, motivo pelo qual também adoto, como razões de decidir, o Parecer ofertado pela Procuradora Regional da República Dr^a. Sônia Maria de Assunção Macieira, *in verbis*:

(...)

No tocante ao prazo, nas contrarrazões ministeriais restou consignado que 'o prazo estabelecido para fiel cumprimento das obrigações se afigura razoável, diferentemente do que alega a autarquia recorrente. Nesse passo cumpre esclarecer que, segundo os termos da contestação da recorrente, os recursos para dar pleno cumprimento às medidas judiciais já deferidas e outras reputadas necessárias no decorrer da presente lide, já integram materialmente a receita do DNOCS desde 27 de outubro de 2011, o que espanca por completo a tese fulcrada na necessidade de dilação de prazo que lhe foi concedido para cumprimento dos termos da sentença' (fl. 446).

Ora, as alegações de dificuldades financeiras ou mesmo inexistência de dotação orçamentária, não podem servir de argumento para a desídia do ente responsável pela tutela do meio ambiente artificial, e pela implantação de medidas destinadas à devida manutenção e conservação do sistema de barragem em questão. Assim, as limitações orçamentárias não eximem o ente público federal de cumprir os seus deveres legais e constitucionais, sendo certo que o descumprimento de tais normas pode ser sindicado pelo Poder Judiciário, o qual pode/deve determinar prazo para a efetivação das medidas necessárias à tutela do meio ambiente.

(...)

O objetivo da multa é inibir o inadimplemento da obrigação determinada pelo Juízo, uma vez que ela se constitui em meio intimidatório ao descumprimento da obrigação, pois

basta que seja cumprida a determinação para que o pagamento da multa seja interrompido.

O Código de Processo Civil autoriza o juiz, de ofício ou a requerimento, a determinar medidas necessárias para assegurar a efetivação da tutela específica pretendida nas ações que tenham objeto o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer (fungíveis ou infungíveis) ou de entregar coisa, bem como para garantir a obtenção do resultado prático equivalente (artigos 461 e 461-A).

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é possível ao Juiz, de ofício ou a requerimento da parte, fixar multa diária cominatória – *astreintes* –, ainda que contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer.

Sobre o tema confira-se:

(...)

Em suas razões recursais alega ser incabível a condenação da parte vencida em honorários advocatícios, quando a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público for julgada procedente.

O Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, por critério de absoluta simetria, no bojo de ação civil pública não cabe a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público.

(...)

No entanto, no que concerne ao *quantum* da multa diária fixada pelo eventual descumprimento de cada obrigação de fazer/não fazer, entendo que o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) mostra-se excessiva.

Ora, a multa fixada não deve ser fixada em patamar ínfimo, a ponto de estimular a transgressão da ordem judicial, nem muito elevada, de modo a inviabilizar o seu adimplemento (TRF-5ª R., 2ª Turma, AC 417.417, Relator Desembargador Federal Conv. Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, *DJe* 05/05/2011).

Assim, entendo ser razoável a minoração da multa diária, para o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em caso de eventual descumprimento de cada obrigação de fazer.

Diante do exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, dou provimento, em parte, à apelação, apenas para reduzir a multa diária para o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em caso de descumprimento de cada obrigação de fazer, e para afastar a condenação do DNOCS ao pagamento da verba honorária.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 561.093-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: COMPANHIA USINA SÃO JOÃO
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. NAIDE ROZANE DE OLIVEIRA LOPES E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. A AÇÃO OBJETIVANDO FOSSE DECRETADA A NULIDADE DAS EXECUÇÕES FISCAIS, DECORRENTES DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE A REMUNERAÇÃO PAGA AOS EMPREGADOS DA PARTE AGRÍCOLA DA EMPRESA AGROINDUSTRIAL, COM BASE NO ART. 22 DA LEI 8.212/1991.

- A requerente pede, em preliminar, a análise do agravo retido, o qual foi interposto contra decisão que negou pedido de prorrogação do prazo para a recorrente manifestar-se sobre laudo pericial de fls. 679/716.

- O laudo em comento busca elucidar os elementos constitutivos da cobrança estampada nas Notificações Fiscais de Lançamento de Débito, as quais originaram as execuções fiscais combatidas na presente lide. Esclarece o perito que sua análise partiu das respectivas Notificações Fiscais acostadas aos autos pela requerente, além de outros documentos requisitados da parte autora, consoante anexo ao laudo, fls. 688-693.

- A discussão centra-se em saber qual a base de cálculo das contribuições previdenciárias relativas aos empregados da parte agrícola da empresa agroindustrial: folha de pagamento ou o valor dos produtos comercializados. Trata-se de matéria primordialmente de direito, assim, a negativa de prorrogação do prazo para manifestação sobre o laudo, por si só, não representou afronta à ampla defesa e ao contraditório. Agravo retido improvido.

- O Supremo Tribunal Federal, na ADIN 1103/DF, declarou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 25 da Lei nº 8.870/1994, o qual fixava como base de cálculo das contribuições devidas à Seguridade Social pelos empregadores, pessoas jurídicas atuantes no setor de atividade agroindustrial, o valor estimado da produção agrícola própria, considerado seu preço de mercado.

- Cedição que a declaração de inconstitucionalidade, pela via do controle concentrado, em regra, opera efeitos ex tunc e erga omnes. Assim, além de ter alcance geral, a declaração produz efeitos retroativos, invalidando a norma desde a sua origem.

- O art. 27 da Lei 9.868/1999, ao dispor sobre o processamento e julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade, previu a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, devendo a Corte Suprema fixar um termo distinto para o início da sua eficácia, necessitando, contudo, do voto de dois terços dos seus membros para proceder à modulação.

- Na ADIN 1103/DF, ao declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 25, da Lei 8.870, o Supremo Tribunal Federal não se utilizou da faculdade prevista no mencionado art. 27 – possibilidade de modulação. Desse modo, impõe-se a conclusão

de que o referido dispositivo legal jamais teve aptidão para produzir efeito jurídico, motivo pelo qual deve ser ratificada a parte do decisório recorrido que reconhece efeito repristinatório ao art. 22, inc. I, da Lei 8.212, bem como a legitimidade da Ordem de Serviço nº 157/97, produzida pela autarquia previdenciária, a qual tratava da contribuição patronal da empresa agroindustrial quanto aos empregados do setor agrícola.

- Também não há como acolher a tese da recorrente de que, no período de agosto de 1994 a outubro de 2001, deveria submeter-se aos ditames da Lei 8.870, ao fundamento de que, a despeito da declaração de inconstitucionalidade, os demais parágrafos e incisos do art. 25 da Lei 8.870 restaram preservados, podendo ser aplicados ao caso da recorrente – pessoa jurídica agroindustrial.

- Ocorre que o § 2º do art. 25 da Lei 8.870, fulminado pela inconstitucionalidade, tratava especificamente das empresas agroindustriais. Apenas com a Lei 10.256/2001, que inaugurou o art. 22-A, na Lei 8.212, voltou a existir a previsão expressa para se calcular as contribuições previdenciárias das empresas agroindustriais sobre o valor comercializado da produção.

- A necessidade de texto legal expresse impede, no caso, fazer-se uso de mecanismos interpretativos e/ou integrativos para atingir-se a aplicação reclamada pela recorrente, logo, no período de agosto de 1994 a outubro de 2001, não poderia a empresa submeter-se aos ditames da Lei 8.870.

- Quanto à remissão dos créditos respectivos, nos termos da Lei 10.763/2003, como observa a sentença recorrida, a empresa não cumpriu os requisitos previstos no art. 2º, do citado diploma legal, não podendo beneficiar-se da remissão.

- A sentença fixou a verba honorária em um por cento do valor corrigido da causa.

- O valor da causa, por sua vez, foi fixado em onze milhões, trinta e três mil, sessenta e nove reais e oitenta centavos, fl. 19, assim, a verba honorária, sem observar a correção monetária, corresponderia a cento e dez mil, trezentos e trinta reais e sessenta e nove centavos.

- Em conformidade com o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, sem desconsiderar o respeitado o zelo e a diligência dos procuradores da Fazenda Pública, fica reconhecido que a presente lide não exigiu esforços desproporcionais ao labor diário advogado, assim, fixando-se a verba honorária no montante de vinte mil reais, devendo a apelação ser provida quanto a essa parte.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em preliminar, negar provimento ao agravo retido e dar provimento, em parte à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 13 de maio de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

A Companhia Usina São João ajuizou ação objetivando fosse decretada a nulidade da cobrança compreendida nas execuções fiscais de nºs 99.0011949-5, 99.0014552-6, 2000.82.00.009836-8, 2002.82.00.002462-0, 2002.82.00.003591-4 e 2002.82.00.005205-5, decorrentes de contribuições previdenciárias sobre a remuneração paga aos empregados da parte agrícola da empresa, com base no art. 22 da Lei 8.212/1991.

Asseverou que a base de cálculo da contribuição previdenciária das empresas rurais, com o advento da Lei 8.870/1994, passou a ser o valor estimado da produção agrícola própria, considerado seu preço de mercado, afastando-se da folha de pagamento dos empregados, outrora determinado pela Lei 8.212.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 25 da Lei 8.870, na ADIN 1.103-1/600DF. O Instituto Nacional do Seguro Social, por sua vez, editou ordem de serviço 157/97 determinando o recolhimento da contribuição patronal com base na folha de pagamento, revigorando a aplicação da Lei 8.212.

A requerente sustenta que a decisão da Corte Suprema não tem o efeito de repriminizar a incidência do art. 22 da Lei 8.212, circunstância que esvazia a diretriz traçada na ordem de serviço acima indicada, bem como as execuções fiscais referidas, notadamente quanto aos fatos ocorridos entre a publicação da Lei 8.870 e a declaração de inconstitucionalidade.

Julgada improcedente a pretensão, a parte autora interpõe apelação aduzindo, em preliminar, a análise do agravo retido apresentado em razão da negativa de dilação do prazo para manifestação sobre o laudo pericial. No mérito, alega direito à sistemática da arrecadação prevista na Lei 8.870, no período de agosto de 1994 a outubro de 2001, por ser empresa agroindustrial; a impossibilidade de incidência retroativa da Lei 8.212 em razão da declaração de inconstitucionalidade de parte da Lei 8.870 e, por fim, na hipótese de confirmação do decisório, busca a redução da verba honorária.

Contrarrazões apresentadas, fls. 811-812.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A requerente pede, em preliminar, a análise do agravo retido de fls. 755/759.

O referido agravo foi interposto contra decisão que negou pedido de prorrogação do prazo para a recorrente manifestar-se sobre laudo pericial de fls. 679/716.

O laudo em comento busca elucidar os elementos constitutivos da cobrança estampada nas Notificações Fiscais de Lançamento de Débito, as quais originaram as execuções fiscais combatidas na presente lide. Esclarece o perito que sua análise partiu das respectivas Notificações Fiscais acostadas aos autos pela requerente, além de outros documentos requisitados da parte autora, consoante anexo ao laudo, fls. 688-693.

Penso que deve ser mantida a decisão agravada. O material que lastreou as conclusões do perito não era desconhecido da agravante, ora apelante, inclusive existiam documentos confeccionados pelo setor financeiro/administrativo da requerente.

Ademais, no caso, a discussão centra-se em saber qual a base de cálculo das contribuições previdenciárias relativas aos empregados da parte agrícola da empresa agroindustrial: folha de pagamento ou o valor dos produtos comercializados. Trata-se de matéria primordialmente de direito, assim, a negativa de prorrogação do prazo para manifestação sobre o laudo, por si só, não representou afronta à ampla defesa e ao contraditório.

Agravo retido improvido.

O Supremo Tribunal Federal, na ADIN 1103/DF, declarou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 25 da Lei 8.870/1994, o qual fixava como base de cálculo das contribuições devidas à Seguridade Social pelos empregadores, pessoas jurídicas atuantes no setor de atividade agroindustrial, o valor estimado da produção agrícola própria, considerado seu preço de mercado.

A Corte Suprema entendeu que o citado dispositivo ostentava dupla inconstitucionalidade: instituição de base de cálculo não prevista na Constituição Federal e de nova fonte de custeio sem observar a edição de lei complementar.

Cediço que a declaração de inconstitucionalidade, pela via do controle concentrado, em regra, opera efeitos *ex tunc* e *erga omnes*. Assim, além de ter alcance geral, a declaração produz efeitos retroativos, invalidando a norma desde a sua origem.

Em razão da retroatividade das decisões de mérito, proferidas em ação direta de Inconstitucionalidade, há a produção de efeitos repristinatórios. A lei inconstitucional, sendo inválida, não é capaz

de produzir quaisquer efeitos no plano jurídico, inclusive o de provocar a revogação das normas que a antecederam.

Ressalte-se, ainda, que a Lei. 9.868/1999, ao dispor sobre o processamento e julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, em seu art. 11, § 2º, ratificou o entendimento de que as decisões proferidas em tais ações produzem, via de regra, efeitos repristinatórios.

O art. 27 da mesma lei previu a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, devendo a Corte Suprema fixar um termo distinto para o início da sua eficácia, necessitando, contudo, do voto de dois terços dos seus membros para proceder à modulação.

Na ADIN 1103/DF, ao declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 25 da Lei 8.870, não se utilizou da faculdade prevista no mencionado art. 27 – possibilidade de modulação. Desse modo, impõe-se a conclusão de que o referido dispositivo legal jamais teve aptidão para produzir efeito jurídico, motivo pelo qual deve ser ratificada a parte do decisório recorrido que reconhece efeito repristinatório ao art. 22, inc. I, da Lei 8.212, bem como a legitimidade da Ordem de Serviço 157/97, a qual tratava da contribuição patronal da empresa agroindustrial quanto aos empregados do setor agrícola.

Em reforço:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS AGROINDUSTRIAIS. LEI Nº 10.736/03. INAPLICABILIDADE.

1. Restabelecida a legalidade da exação, com base no art. 22 da Lei nº 8.212/91, após o julgamento da ADIN nº 1103-1/DF, que declarou a inconstitucionalidade do do art. 25 da Lei nº 8.870/94, e, não tendo sido paga a obrigação tributária regida pelo aludido dispositivo legal, tampouco o débito fora objeto de parcelamento, é de se considerar devida a autuação, lavrada em face da inadimplência de tal exação e outras (SAT e contribuição devida a terceiros), bem como válida a respectiva CDA.

2. Trata-se de débitos apurados no período de março/1997 a abril/1997, por falta de recolhimento dos encargos previ-

denciários incidentes sobre a remuneração paga aos empregados da empresa agroindustrial, bem como as contribuições devidas a terceiros, objeto da NFLD nº 32.601.481-0, exigida nos termos do art. 22, I, da Lei nº 8.212/91.

3. Inaplicabilidade da remissão tributária prevista na Lei nº 10.736/03, por não se tratar de débitos relacionados à diferença entre as contribuições instituídas pelo parágrafo 2º do art. 25 da Lei nº 8.870/94, e pelo art. 22 da Lei nº 8.212/91.

4. Apelação do particular improvida.

5. Remessa oficial provida. Embargos à execução julgados improcedentes.

(AC 366.822/PB, Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, em 5 de novembro de 2009)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS AGROINDUSTRIAIS. APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 11/71 E LEI Nº 8.212/91. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF DO ART. 25, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 8.870/94. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES.

1. A Lei nº 8.213/91, dispondo sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, extinguiu expressamente o regime preconizado na LC nº 11/71, instituidora do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural. Precedentes do STJ (AgRg no REsp 1.020.051 / SC, Relator Ministro Castro Meira, *DJ* 11.09.08 e REsp 730.894 / PR, Relatora Ministra Denise Arruda, *DJ* 26.05.08).

2. As empresas agroindustriais passaram a recolher a contribuição destinada à Seguridade Social, à razão de 20% (vinte por cento) sobre a folha de salários, nos termos do art. 22, I, da Lei nº 8.212/91 (redação original). Com o advento da Lei nº 8.870, de 15.04.94 (art. 25, parágrafo 2º), o tributo referente à folha de salários passou a ser de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o valor estimado da produção agrícola própria, considerado o seu preço de mercado. Todavia, esta última alteração foi declarada inconstitucional pelo STF, através da ADIN nº 1.103-1/DF, em virtude de representar uma nova fonte de custeio da Seguridade Social, que não fora veiculada por Lei Complementar, conforme exigência do art. 195, parágrafo 4º, da CF/88.

3. Retorno da cobrança da contribuição em comento nos termos do art. 22, I, da Lei nº 8.212/91, em virtude da de-

claração de inconstitucionalidade de dispositivo da legislação de regência, visto que, não se cuida de repristinação, mas sim da retomada da eficácia da norma anterior válida.

4. Apreciação de fixação de honorários advocatícios em ação rescisória. Possibilidade. Valor que, embora fixado como consequência de condenação da causa principal, não lhe integrando o mérito, se revela como lide secundária, autônoma, tanto que o art. 23 do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) autoriza o advogado a exercer esse direito autônomo e executar, em seu favor, os honorários advocatícios que foram fixados.

5. Violação ao art. 20, parágrafo 3º, do CPC acolhida. À época do julgamento da Ação Ordinária Anulatória de Débito Fiscal o colendo STJ já havia se pronunciado sobre o objeto da demanda, o que minorou o trabalho dos Procuradores do INSS na criação de tese jurídica pertinente. Destarte, o arbitramento dos honorários advocatícios à base de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa – este que foi de R\$ 1.345.846,68 – trata-se de valor elevado, devendo ser fixado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do art. 20, parágrafo 3º, do CPC.

6. Ação rescisória procedente, em parte.

(AR 5.956/PE, Des. Francisco Wildo, em 15 de abril de 2009)

Também não há como acolher a tese da recorrente de que, no período de agosto de 1994 a outubro de 2001, deveria submeter-se aos ditames da Lei 8.870, ao fundamento de que, a despeito da declaração de inconstitucionalidade, os demais parágrafos e incisos do art. 25, da Lei 8.870, restaram preservados, podendo ser aplicados ao caso da recorrente – pessoa jurídica agroindustrial.

Ocorre que o § 2º do art. 25 da Lei 8.870, fulminado pela inconstitucionalidade, tratava especificamente das empresas agroindustriais. Apenas com a Lei 10.256/2001, que inaugurou o art. 22-A, na Lei 8.212, voltou a existir a previsão expressa para se calcular as contribuições previdenciárias das empresas agroindustriais sobre o valor comercializado da produção. A necessidade de texto legal expresso impede, no caso, fazer-se uso de mecanismos interpretativos e/ou integrativos para atingir-se a aplicação reclamada pela recorrente, logo, no período de agosto de 1994 a

outubro de 2001, não poderia a empresa submeter-se aos ditames da Lei 8.870.

Quanto à remissão dos créditos respectivos, nos termos da Lei 10.763/2003, como observa a sentença recorrida, a empresa não cumpriu os requisitos previstos no art. 2º do citado diploma legal, não podendo beneficiar-se da remissão.

A sentença fixou a verba honorária em um por cento do valor corrigido da causa.

O valor da causa, por sua vez, foi fixado em onze milhões, trinta e três mil, sessenta e nove reais e oitenta centavos, fl. 19, assim, a verba honorária, sem observar a correção monetária, corresponderia a cento e dez mil, trezentos e trinta reais e sessenta e nove centavos.

Em conformidade com o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, respeitadas o zelo e a diligência dos procuradores da Fazenda Pública, reconheço que a presente lide não exigiu esforços diferentes à atividade do advogado, assim, fixo a verba honorária no montante de vinte mil reais.

Por esse entender, em preliminar, nego provimento ao agravo retido e dou provimento, em parte, à apelação para fixar os honorários de sucumbência em vinte mil reais.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 568.176-CE

Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (CONVOCADA)
Apelante: UNIÃO
Apelada: MIGUELINA MORAIS LIMA
Advs./Procs.: DRS. CARLOS ALBERTO MILFONT BELÉM E OUTRO (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO POLICIAL CLANDESTINA. INGRESSO NO EDIFÍCIO SEDE

DO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL. ABORDAGEM DE SECRETÁRIA DE SAÚDE LOCAL. DANO MORAL. NEXO DE CAUSALIDADE EVIDENCIADO.

- O ordenamento jurídico pátrio adota a tese da responsabilidade objetiva do Estado, seguindo a teoria do risco administrativo, segundo a qual não se exige a culpa do agente, mas, tão somente, a demonstração da ocorrência do fato e a consequente lesão ocasionada (nexo causal).

- Hipótese em que a demandante faz jus à indenização pelos danos morais decorrentes da conduta perpetrada por agentes da Polícia Federal, que, valendo-se dessa condição, ingressaram no Prédio da Câmara Municipal de Caririçu, pequena cidade do interior do Ceará, abordando de maneira vexatória a autora, então Secretária de Saúde local, objetivando recuperar um aparelho celular de propriedade de uma amiga de um dos policiais envolvidos na “missão”.

- Dano moral fixado em valor bastante razoável (R\$ 20.000,00), de modo a não propiciar o enriquecimento ilícito da promovente e, ao mesmo tempo, minorar o seu sofrimento, notadamente tendo em conta a sua condição de pessoa bastante conhecida naquela cidade, exercendo, ao tempo dos fatos, cargo público, bem assim atividade profissional de radialista.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 14 de agosto de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA - Relatora Convocada

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (Convocada):

Cuida-se de apelação interposta pela UNIÃO contra sentença que julgou procedente o pedido autoral, condenando a recorrente pelos danos morais, arbitrados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), decorrentes da ação de agentes da Polícia Federal realizada em missão particular.

Sustenta a recorrente, em síntese, que: não foi apresentada qualquer prova que possa demonstrar, inequivocamente, que os danos tenham sido ocasionados por agentes da Polícia Federal, atuando em tal condição, circunstância que afasta a responsabilidade estatal; a proporção dada aos fatos partiu da própria apelada, ao relatar a sua própria versão através da emissora de rádio da qual é diretora; a demora de três anos para ajuizar a ação ressarcitória evidencia que o ocorrido não foi tão devastador para a sua honra. Requer, por fim, caso ultrapassadas tais questões, a redução da indenização fixada na origem.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (Relatora Convocada):

Recorre a UNIÃO contra sentença que acolheu a pretensão de MIGUELINA MORAIS LIMA, condenando a apelante no pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de danos morais, decorrentes da ação de agentes da Polícia Federal realizada em missão particular.

O sentenciante apurou que o dano imaterial do qual foi vítima a promovente originou a partir da atuação arbitrária e abusiva de

policiais federais (conduta estatal), ao empreenderem pseudo diligências com vistas à recuperação de aparelho celular de propriedade de um terceiro (nexo de causalidade).

Para melhor entendimento do ocorrido, transcrevo parte do relatório da sentença:

A inicial narra, em síntese que: a) Damião Pereira, agricultor residente em Cririaçu/CE encontrou um aparelho celular ao final e uma festividade municipal e o entregou à autora, então secretaria de saúde do referido município, comunicadora e diretora de uma rádio local, a fim de que pudessem localizar o proprietário do referido bem; b) na condição de diretora da rádio local FM São Pedro autorizou a divulgação do “achado” objetivando localizar proprietário; c) após vários dias de divulgação, no início de setembro do citado ano, Sabrina Pinheiro entrou em contato com a Rádio São Pedro, dizendo-se proprietária do celular e que estaria se dirigindo até aquela cidade para resgatá-lo mediante recompensa; d) referida pessoa teria relatado na DPF de Juazeiro do Norte que estaria sendo vítima de extorsão por parte da autora; e) três agentes da Polícia Federal se dirigiram ao Município de Caririaçu consoante determinação do então Delegado da Polícia Federal Francisco Sá Cavalcante, com vistas a efetivar a prisão da autora e de Damião Pereira; f) os policiais compareceram a sede da a Rádio São Pedro, quando foram informados da ausência da autora que estava participando de uma reunião nas dependências da Câmara Municipal, com o Conselho Municipal de Saúde e obtiveram o endereço residencial de Damião Pereira; g) já na residência de Damião o detiveram e o conduziram até a sede da Câmara Municipal, objetivando prender a autora; h) adentraram a sede da Câmara Municipal e de forma autoritária e grosseira, interromperam a reunião ali realizada e presidida pela autora e a indagaram acerca do celular sob ameaça de prisão; i) o fato causou “grande alvoroço” no recinto onde também se encontravam reunidos vereadores e grande número de agentes de saúde e correspondentes da Rádio Tempo FM e Verde Vale FM, ambas de Juazeiro do Norte; j) as pessoas mencionadas retiraram-se rapidamente do recinto ao presenciarem a cena e constatarem que os policiais estavam armados; h) tal fato causou grande constrangimento

para todos que se faziam presentes aquela reunião, e principalmente para a autora que se viu publicamente ameaçada de crime não cometido e cuja atribuição investigatória sequer seria da Polícia Federal. (Fls. 279/280)

Considerando a matéria aqui envolvida, tenho que o exame do presente recurso há de ser analisado à luz do art. 37, § 6º, da CF, *in verbis*:

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

De acordo com o comando constitucional, para o surgimento do direito à indenização é suficiente a demonstração do dano e do nexo de causalidade entre este e a conduta do agente público, sendo prescindível perquirir-se a respeito da existência da culpa, cuja comprovação será essencial apenas em futura ação regressiva a ser promovida pelo Estado contra o seu preposto.

No caso em exame, é de se destacar que o dano a ser analisado é de cunho moral, conforme previsto no art. 5º, V, da CF/88.

Há de se aferir, portanto, a existência do dano e o nexo de causalidade entre este e a conduta do agente.

No caso em apreço, entendo presentes os requisitos necessários ao reconhecimento da responsabilidade estatal.

Com efeito, a sentença recorrida, com arrimo em ampla prova testemunhal e documental, apurou, com inegável acerto, a ação clandestina e desproporcional perpetrada por 3 (três) Agentes da Polícia Federal, lotados na Cidade de Juazeiro do Norte/CE, que, objetivando recuperar um telefone celular perdido por uma amiga do trio, viajaram até a Cidade de Caririáçu/CE e lá cumpriram verdadeira missão policial, detendo um humilde agricultor e, posteriormente, invadindo a Câmara Municipal daquela localidade, para realizar a abordagem da autora, então Secretária Municipal de Saúde, que ali estava participando de uma reunião administrativa.

A propósito, cumpre transcrever os seguintes depoimentos, que bem evidenciam os fatos e o vexame imposto à autora, cuja

repercussão restou igualmente demonstrada, notadamente em função do pequeno tamanho da cidade de Caririáçu/CE:

Depoimento de Adriana Calixto Berra Costa (fl. 109): Que tomou conhecimento através de populares na rua que a autora da ação teria sido presa pela Polícia Federal que estava acontecendo um tumulto na Câmara Municipal; que diante da tal informação se dirigiu a Câmara e lá chegando se encontrou com o Vereador Pedro Cunha e o Vereador Cazuza, que os mesmos relataram que na Câmara estava sendo realizada a reunião do Conselho de Saúde presidido pela autora na qualidade de Secretária de Saúde; que Policiais Federais tinham acabado de sair e que teriam agredido a autora da ação com palavras. QUE sabe dizer que a autora da ação foi a rádio explicar o ocorrido, haja vista correr a informação pela cidade de que a mesma teria sido presa; que ouviu de terceiros que no programa que a autora tem na rádio havia anúncio de que teria sido encontrado um celular e que o proprietário aparecesse para receber o aparelho. QUE não ouviu comentários de que a autora da ação tivesse exigido vantagens para devolver o celular ao verdadeiro dono.

Depoimento de Estanislau Gonçalves da Cunha (fls. 112/113): QUE se encontrava na Câmara Municipal quando a Polícia Federal lá esteve; QUE ouviu dizer que os policiais ameaçaram de prisão caso a mesma não entregasse o celular; QUE teria se espalhado a estória nas ruas de que Miguelina teria sido presa pela polícia federal; QUE não ouviu estória que Miguelina tivesse pedido dinheiro para devolver o celular; que as pessoas ligaram para a rádio para saber se Miguelina teria sido presa.

Depoimento de Kassyana Melo (fl. 114): QUE à época houve uma repercussão e muitas pessoas teriam sabido da estória; que acredita que a repercussão que se referiu lenha sido motivada também pela posição social ocupada por Miguelina, bem como pelo fato de que na câmara iria se realizar uma reunião com 62 agentes de saúde; Miguelina; QUE não ouviu nenhuma estória de que Miguelina teria pedido recompensa em dinheiro para si ou para Damião para devolução do celular, haja vista que por ser Secretária de saúde não teria precisão: QUE acha que Mi-

guelina também procurou as rádios de Juazeiro para dar esclarecimentos.

Depoimento de Damião Pereira (agricultor que encontrou o celular): QUE encontrou no Parque de Vaquejada durante a festa do município um aparelho celular; QUE diante de tal acontecimento procurou a pessoa de Miguelina com o objetivo da mesma localizar o proprietário do aparelho; QUE dois dias depois teve conhecimento que Miguelina teria localizado a proprietária do celular, no caso a pessoa de nome Sabrina, inclusive marcando com a mesma encontro para entregar o celular; QUE Miguelina ligou para a vizinha do depoente para que a mesma desse um recado ao depoente no sentido de se dirigir ao local e em hora marcada para ser feita a entrega do celular. QUE enquanto se arrumava para se dirigir ao encontro marcado na Secretaria de Saúde, esteve na residência do depoente um veículo pequeno, de cor vermelha, onde os ocupantes do mesmo estavam a procura do depoente; QUE ao sair do seu quarto para a sala de sua casa já teria encontrado dois homens indagando o depoente se o mesmo é que teria encontrado o celular e se o celular estava com o depoente; QUE o depoente afirmou que teria encontrado e que o mesmo estava com a pessoa de Miguelina; QUE um dos policiais que ficou no carro estava trajando roupa com o símbolo da Polícia Federal e portava arma; QUE ao se recusar entrar no carro, pois imaginou que um dos homens de fato era policial, tendo um deles informado que se o depoente não entrasse no carro seria algemado; que entrou no carro onde já haviam 2 outras moças, ficando sabendo posteriormente que uma delas era a dona do celular; que se dirigiram a Secretaria de Saúde para o encontro com Miguelina; que ao chegar a Secretaria informaram que Miguelina se encontrava na Câmara; que nesse momento se dirigiram até a Câmara; QUE ao chegar na Câmara aqueles homens não deixaram o depoente sair do carro; QUE adentraram no interior da Câmara uma das moças e um daqueles homens; que ficou no carro com um outro homem e o ficou na calçada da Câmara, que foi de três minutos aproximadamente o intervalo de tempo entre a entrada e o retorno de um daqueles homens ao carro; que ouviu quando o mesmo falou “ que o celular não estava com a mulher”, que o referido homem falou que iria levar o

depoente a delegacia de polícia civil; que após o retorno daquele homem ao carro o motorista que se encontrava no interior do veículo se dirigiu juntamente com o depoente ao interior da Câmara; QUE dentro da Câmara em contato com Miguelina ouviu quando a mesma disse à aquele motorista que tivesse calma que teria mandado buscar o celular; QUE há aproximadamente 1 minuto depois Miguelina entregou o celular aquele homem tendo em vista ter mandado buscar; QUE o referido homem falou apenas que se não desse conta do celular iria todo mundo preso; que no recinto haviam outras pessoas, haja vista está prestes a iniciar uma reunião que inclusive não se realizou; que não ouviu qualquer estória de que Miguelina tivesse pedido dinheiro a dona do aparelho para devolvê-lo.

Repousa, ainda, nos autos a Moção nº 004/2002 (fl. 32), emanada da Câmara Municipal de Caririaçu/CE, repudiando a conduta dos agentes federais, que “invadiram a Sede do Poder Legislativo sem autorização Judicial e de forma desrespeitosa, desconsiderando assim esta entidade.”

A alegação formulada pela UNIÃO no sentido de que os policiais federais não agiram em tal condição, de modo a afastar responsabilidade estatal, não merece acolhimento.

Conforme bem assentado na sentença, a jurisprudência do Pretório Excelso, para os fins do art. 37, § 6º, da CF/88, “dispensa a demonstração de que o agente público tenha agido no exercício de suas funções bastando que tenha se valido de sua qualidade de agente público”, situação absolutamente aplicável ao caso presente. Afinal de contas a condição de policial foi preponderante para a proprietária do celular (Sabrina Pinheiro Maranhão de Oliveira) procurar tais agentes para a realização do “serviço”.

No que toca à fixação da indenização pecuniária a que faz jus a suplicante, pelo constrangimento que lhe foi impingido (art. 5º, V, CF), tarefa das mais árduas, fica a critério do Magistrado, conforme destaca Clayton Reis, *apud* Antônio Montenegro, ao afirmar que, em nossa doutrina nacional, “predomina o entendimento de que a fixação da reparação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio dos juizes. Comungam desse sentir, entre nós, Wilson Melo da Silva e Aguiar Dias, para quem o arbitramento é critério por

excelência para indenizar o dano moral”¹, sustentando, ainda, que essa idéia ganha corpo na jurisprudência, “na medida em que transfere para o juiz o poder de aferir, com o seu livre convencimento e tirocínio, a extensão da lesão e o valor da reparação correspondente.”²

Na hipótese que se apresenta, atento às nuances reveladas, entendo que a indenização fixada na origem (R\$ 20.000,00 – vinte mil reais) afigura-se deveras razoável, de modo a não propiciar o enriquecimento ilícito da promovente e, ao mesmo tempo, minorar o seu sofrimento, notadamente tendo em conta a sua condição de pessoa bastante conhecida naquela cidade, exercendo, ao tempo dos fatos, o cargo de Secretária Municipal de Saúde.

Com tais considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 569.624-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: VANDA FERREIRA MANDARINO (ESPÓLIO), RUTH
ROLLEMBERG DA FONSECA MANDARINO, CE-
SAR FONSECA MANDARINO, CLARICE FONSE-
CA MANDARINO, GUILHERME FONSECA MANDA-
RINO E VICTOR FONSECA MANDARINO
Inv./Sind.: GUILHERME FONSECA MANDARINO
Adv./Proc.: DR. EDGAR VIEIRA FERNANDO

***EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATI-
VO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESTAURAÇÃO DE
BENS TOMBADOS COMO PATRIMÔNIO HISTÓ-
RICO. CASA E IGREJA DA FAZENDA TEJUPE-***

¹ Dano moral. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 84.

² Ob. Cit., p. 85.

BA. RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA DOS PROPRIETÁRIOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SUFICIÊNCIA FINANCEIRA DOS PROPRIETÁRIOS DO BEM PARA A RESTAURAÇÃO DOS ELEMENTOS ARTÍSTICOS. CUSTO ELEVADO. RESPONSABILIDADE DO IPHAN. POSSIBILIDADE.

- *Apelação desafiada em face da sentença que julgou procedente, em parte, os pedidos formulados na inicial, deixando de condenar os réus na obrigação de restaurarem os elementos artísticos da Casa e da Igreja dos Jesuítas, cabendo ao IPHAN esse encargo, uma vez que a restauração da parte estrutural dos imóveis já foi realizada pelos requeridos, de acordo com as orientações da referida autarquia.*

- *A responsabilidade primária de conservação e de reparação do patrimônio do bem tombado é do proprietário, desde que o mesmo disponha de recursos econômicos para realizá-las, cabendo ao IPHAN o dever subsidiário de reparar o imóvel à custa da União, somente quando o proprietário do bem não pode arcar com as despesas necessárias, nos termos do art. 19 do Decreto-Lei nº 25/1937.*

- *A requerida Ruth Rollemberg informou em 1981 a insuficiência econômica para restaurar os bens objetos desta demanda, requerendo, desde então, que o IPHAN tomasse as providências cabíveis, no sentido de proceder à conservação dos bens em questão.*

- *Em tendo sido demonstrado o elevado custo com a restauração dos elementos artísticos da Casa e da Igreja dos Jesuítas, consoante os depoimentos da arquiteta da divisão técnica e da chefe da divisão técnica do IPHAN/SE, haveria de ser demonstrada a insuficiência financeira dos proprietários para se eximirem do referido encargo.*

- Hipótese em que MPF não demonstrou a suficiência de recursos dos proprietários, para a realização das obras de conservação ou reforma dos imóveis tombados, nos termos do art. 333, I, do CPC.

- Apelação improvida.

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 à apelação, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 10 de julho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação desafiada pelo Ministério Público Federal, em face da sentença de fls. 428/437 que, em sede de ação civil pública, julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados na inicial, condenando os réus na obrigação de: a) “dar adequado uso à Casa e à Igreja Tejupeba, devendo, no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, a contar do trânsito em julgado deste decisório, submeter ao IPHAN um plano de utilização permanente dos bens em questão, evitando que o fechamento completo dos ambientes acarrete maior degradação; b) promover o inventário/arrolamento e devolução ao ambiente natural dos bens móveis culturais integrantes da Casa e da Igreja Tejupeba, no prazo de até 360 (trezentos e sessenta) dias, a contar do trânsito em julgado desta decisão, devendo tal devolução ocorrer dentro do plano de utilização dos imóveis, bem como condicionada tal devolução – e conseqüente continuidade da medida – à certificação de segurança das instalações, a ser dada pelo IPHAN, anualmente; c) abster-se de promover, sem a

prévia autorização do IPHAN, qualquer nova modificação na Casa e na Igreja Tejupeba”. Sem custas e honorários advocatícios – art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Nas razões recursais, o MPF argumentou, em síntese: a) que a obrigação de conservar e restaurar os bens tombados cabe aos proprietários; b) que não houve comprovação da ausência da impossibilidade financeira dos réus/proprietários para custearem as obras de restauração dos imóveis; c) a ausência de comunicação ao IPHAN da alegada falta de recursos. Ao final, requereu a reforma parcial da sentença, para condenar os apelados a executar a restauração do conjunto histórico formado pela Igreja e Casa dos Jesuítas, localizada na Fazenda Iolanda, Município de Itaporanga D’ajuda/SE, de acordo com o Projeto de Restauração elaborado pelo IPHAN – fls. 441/447v.

Contrarrazões apresentadas pelos réus às fls. 453/459; pediu-se o improvimento do apelo.

Parecer do MPF pela provimento da apelação – fls. 468/473. Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação civil pública, requerendo a condenação dos réus na obrigação de restaurar a Casa e a Igreja dos Jesuítas (também conhecida como Igreja da Tejupeba), conforme projeto de restauração elaborado pelo IPHAN, bem como que se abstenham de promover, sem a prévia autorização do IPHAN, qualquer nova modificação no conjunto histórico referido, além de “dar adequada destinação aos imóveis em tela, promover o inventário/arrolamento e a devolução ao ambiente natural de todas as imagens sacras, juntamente com os demais bens culturais móveis que se integram aos bens imóveis objeto desta ação”.

A sentença julgou procedentes, em parte, os pedidos, deixando de condenar os réus na obrigação de restaurar os elementos

artísticos da Casa e da Igreja dos Jesuítas, cabendo ao IPHAN esse encargo, uma vez que a restauração da parte estrutural dos imóveis já foi realizada pelos requeridos, de acordo com as orientações da referida autarquia.

Assim, o mérito da demanda restringe-se, portanto, à conclusão das obras que ainda restam para a restauração dos elementos artísticos dos imóveis tombados, bem como a conservação e manutenção dos mesmos pelos apelados.

O art. 19 do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, estabelece que:

Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

§ 1º Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.

§ 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.

§ 3º Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário.

Da leitura do dispositivo acima transcrito, infere-se que caberá ao IPHAN “arcar com as despesas necessárias relativas à recuperação do imóvel, caso se comprove que o proprietário do bem não disponha de recursos financeiros para proceder às obras de restauração e conservação do bem tombado”, bem como o poder-dever de fiscalizar e determinar a conservação dos bens tombados, autorizando-o “a tomar iniciativa da realização das obras

emergenciais, a expensas da União, independentemente da comunicação” do proprietário, a fim de se evitar maior degradação do imóvel.

Sobre a questão da insuficiência de recursos para restaurar os bens em comento, bem decidiu o MM. Juiz sentenciante, motivo pelo qual transcrevo trecho importante da sentença e o adoto, também, como razões de decidir:

(...)

Pois bem. Conforme restou demonstrado nos autos, a requerida Ruth Rollemberg, ao menos e com certeza desde o ano de 1981, informou insuficiência econômica para restaurar os bens objetos desta demanda, quais sejam, a Casa e a Igreja Tejupeba, requerendo, desde então, que tal autarquia tomasse as providências cabíveis no sentido de proceder à conservação dos bens em questão.

Depreende-se dos autos que os proprietários dos bens tombados executaram obras para a restauração da Casa e Igreja Tejupeba, reconstruindo, inclusive, o telhado da Igreja.

Às fls. 147/152 do inquérito civil em apenso, consta relatório, datado de 12/01/2005, realizado pelo IPHAN dando conta de que:

(...) os serviços de recuperação do telhado da Igreja Tejupeba que havia desabado foi concluído; todas as recomendações do IPHAN para a execução dos serviços foram cumpridas; as telhas colocadas foram fabricadas em olaria, iguais às existentes, mas, se conseguiu que fossem fabricadas com encaixe, o que possibilitou não serem colocados os arames de amarração das telhas nas ripas, procedimento usual quando não existe o encaixe; o monumento encontra-se pintado nas cores originais, como recomendado pelo IPHAN; não houve restauração das esquadrias que se encontram em péssimo estado de conservação; os elementos artísticos integrados encontram-se em parte ainda desabados, mas já existe o contato do proprietário com o auxiliar de restauração Luiz Carlos para executar os serviços (...).

Nota-se, então, que os proprietários da Casa e da Igreja Tejupeba restauraram significativa parte de tais patrimônios,

eximindo-se da restauração no que tange aos elementos artísticos da Igreja Tejupeba, conforme fls. 187 e 199 do inquérito civil em apenso, argumentando tal omissão pela insuficiência financeira.

Em verdade, observa-se dos depoimentos da arquiteta da divisão técnica do IPHAN/SE e da chefe da divisão técnica do IPHAN/SE, ambas testemunhas arroladas pelo MPF, que o custo com a restauração de elementos artísticos da Igreja Tejupeba é deveras alto, sendo inviável, inclusive, para o IPHAN arcar com mencionadas despesas.

A testemunha Marta Maria, chefe da divisão técnica do IPHAN/SE, assegura que os gastos com a restauração ultrapassariam o montante que a autarquia dispõe como orçamento anual. Merece transcrição:

(...)

Da análise dos depoimentos testemunhais em cotejo com os documentos acostados aos autos, percebe-se que, certamente, os custos com as obras de restauração dos elementos artísticos do conjunto histórico em questão são significativamente elevados, razão pela qual faz mister eximir os requeridos da obrigação de restaurar tais elementos em questão.

No entanto, como já dito acima, a própria lei ressalva que, em havendo urgência na realização das obras, o IPHAN, deve efetivá-las.

E tal é o caso dos autos.

Nada impede, pois, que, futuramente, nas vias ordinárias, a autarquia seja ressarcida de todos os custos empreendidos com a restauração dos bens imóveis tombados, em comprovando a suficiência financeira do proprietário.

Ademais, entendo que caberia ao autor da ação, no presente caso o MPF, o ônus de provar a capacidade financeira daquele a quem imputa a obrigação de fazer, consistente em realização de obras de conservação ou reforma dos imóveis, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Em reforço desta tese, trago à colação os seguintes julgados, *in verbis*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PATRIMÔNIO HISTÓRICO. RESPONSABILIDADE DO IPHAN E DA UNIÃO NA CONSERVAÇÃO DE IMÓVEL TOMBADO.

1. O processo transcorreu em plena ordem, seguindo o rito ordinário sem vícios ou nulidades, tendo sido as partes tratadas com total equilíbrio e proferindo-se sentença que preenche plenamente os requisitos do CPC.

2. O julgamento antecipado da lide nas hipóteses permitidas pelo CPC não implica cerceamento de defesa. Carece de sentido lógico a alegação do IPHAN sobre encerramento precipitado da instrução, quando não pediu a produção de nenhuma prova, apesar de intimado para responder ao despacho de especificação de provas (fl. 175).

3. O aditamento à inicial para incluir o IPHAN e a União obedeceu aos ditames do CPC, sendo assim, o simples fato de a parte ré não concordar com tal pedido não o torna inadequado.

4. O dever subsidiário do IPHAN de reparar o imóvel à custa da União só existe quando o proprietário do bem não pode arcar com as despesas necessárias (art. 19 do DL 25/37).

5. Caso concreto em que não há prova alguma de pobreza da proprietária do bem, sendo que as informações técnicas de fls. 80 e 202 mostram que o proprietário foi contatado e manifestou interesse em continuar mantendo o imóvel na medida de suas possibilidades.

6. O fato de a citação ter-se dado por edital provavelmente ocorreu por não se ter prestado atenção ao fato de que, já na informação técnica de fl. 80, foi mencionado pela pessoa que hoje titulariza ou, ao menos, cuida do imóvel a circunstância de que o bem se encontra em “processo de inventário”, do que se deduz que a pessoa indicada pelo MPF na inicial nem sequer está viva para poder responder à citação por edital.

7. O ônus da prova sobre a atual titularidade do bem e a falta de recursos financeiros do titular do bem é do MPF, como fato constitutivo da obrigação que alega existir e quer imputar ao IPHAN e à União.

(...).

9. Apelação e remessa providas.

(AC 199837000012792, JUIZ FEDERAL CÉSAR AUGUSTO BEARSI, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 06/06/2008, PÁGINA: 180.)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TOMBAMENTO DE IMÓVEL. CONSERVAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO IPHAN ÀS EXPENSAS DA UNIÃO. LEGITIMIDADE.

1. A União é parte legítima para a demanda, já que o art. 19 do DL 25/37 possibilita a sua responsabilização subsidiária na conservação do imóvel, caso o proprietário não tenha recursos financeiros para realizar as obras e reparos necessários no imóvel tombado. É questão de mérito examinar se a responsabilidade está presente ou não. Precedente desta Corte.

2. A responsabilidade do proprietário de imóvel tombado na realização de obras de conservação se configura quando há capacidade financeira para empreender as obras de conservação necessárias. **Não há prova nos autos de que a proprietária do imóvel tenha condições de arcar com as obras necessárias à conservação do bem tombado.** Em audiências de conciliação, a proprietária afirmou que não concluiu todas as reformas necessárias à conservação do imóvel por falta de condições financeiras, comprovando ser aposentada recebendo pequeno benefício do INSS (fl. 165) e complementando sua renda com aluguéis de pequenos imóveis (fl. 164), renda essa insuficiente para cumprir a obrigação de fazer, que consiste em recuperação quase total do prédio (fls. 148/149 e 152/153).

3. Nesse contexto, correta a sentença ao condenar o IPHAN a realizar as obras para conservação do imóvel, às expensas da União. O fato de a proprietária não ter comunicado ao IPHAN a necessidade das obras e sua carência de recursos financeiros não modifica a responsabilidade da autarquia em efetivar diretamente a conservação, pois o art. 19 do DL 25/37 apenas comina multa ao proprietário que não faz tal comunicação, o que não está em discussão no processo.

4. Não provimento dos apelos e da remessa oficial.

(AC 199837000012517, JUIZ FEDERAL DAVID WILSON DE ABREU PARDO (CONV.), TRF1 - SEXTA TURMA, DJ DATA: 17/09/2007, PÁGINA: 97.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. TOMBAMENTO - RESPONSABILIDADE PELA CONSERVAÇÃO DO IMÓVEL. LEGITIMIDADE DA UNIÃO.

1. A União é parte legítima para demanda, posto que o art. 19 do DL 25/37 traz a possibilidade de sua responsabi-

lidade subsidiária na conservação do imóvel, caso o proprietário não tenha recursos financeiros para realizar as obras e reparos necessários. É questão de mérito e não preliminar saber se a hipótese de responsabilidade está presente ou não .

2. A responsabilidade do proprietário de imóvel tombado na realização de obras de conservação é lastreada nos seguintes requisitos extraídos do texto do próprio DL 25/37: propriedade sobre o bem, capacidade financeira para empreender as obras de conservação necessárias. É e deve ser assim até para que se respeite o princípio geral de direito de que ninguém é obrigado ao impossível.

3. Cabe, portanto, ao autor da ação o ônus de provar não só a propriedade, mas também a capacidade financeira daquele a quem acusa de omissis e imputa a obrigação de fazer, consistente em realização de obras de conservação, nos termos do art. 333, I, do CPC (fato constitutivo do direito).

4. Não há prova nos autos de que a proprietária do imóvel tenha condições de arcar com as obras necessárias, pelo contrário, existe sua afirmação em contestação, não impugnada por qualquer das partes ou pelo MPF, no sentido de que é funcionária de uma escola e recebe R\$ 800,00 por mês, com o que visivelmente não tem condições de cumprir a obrigação de fazer.

5. Nesta situação, correta a sentença ao condenar o IPHAN a realizar as obras, às expensas da União, pois isto é o que se extrai do art. 19 do DL 25/37.

6. O fato de a ré não ter comunicado ao IPHAN a necessidade das obras e sua carência de recursos financeiros, não modifica a responsabilidade da autarquia em efetivar diretamente a conservação, pois o art. 19 do DL 25/37 apenas imputa multa à pessoa que não faz tal comunicação, multa esta que nem é discutida neste processo. Em outras palavras, a falta de comunicação não gera a responsabilidade pela obra, mas sim pelo pagamento de multa. A responsabilidade pela obra é do Poder Público, simplesmente porque o particular não tem recursos financeiros.

7. A sentença falhou apenas em determinar que a ré reembolse as obras para o IPHAN/União, mas este ponto não pode ser modificado, já que ela não apelou contra a sentença.

8. Apelações improvidas.

(AC 199837000029513, JUIZ FEDERAL CESAR AUGUSTO BEARSI (CONV.), TRF1 - QUINTA TURMA, DJ DATA: 05/02/2007, PAGINA: 100.)

Pelo exposto, nego provimento à apelação, para manter integralmente a sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0800543-66.2013.4.05.8300 (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Apelado: THIAGO DANTAS SAÚDE
Adv./Proc.: DR. ARTUR TEIXEIRA RIBEIRO PESSOA (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGÊNCIA DOS CORREIOS. IMPEDIMENTO DE ACESSO À EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA.

- Efeito lesivo resultante do impedimento de acesso do demandante ao interior de agência da empresa ré por ser cadeirante, não havendo via de acesso apropriada, pelo que adveio constrangimento e humilhação pública diante das demais pessoas ali presentes.

- Juros incidem a partir do evento danoso. Aplicação da correção monetária somente a partir da sentença.

- Apelação parcialmente provida apenas para determinar a aplicação da atualização monetária somente a partir da sentença.

ACÓRDÃO

Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

Recife, 1º de julho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT – apela de decisão singular, da lavra da MM. Juíza Federal Nilcéia Maria Barbosa Maggi, atuando na 5ª Vara/PE, que julgou procedente o pedido de indenização **por danos morais**, *condenando a ECT no pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao autor, acrescidos de atualização monetária e juros de mora, incidentes a partir da data do evento danoso (17/04/2012).*

Em suas razões de apelo, a empresa demandante sustenta que não se vislumbram, *in casu*, os elementos configuradores dos danos morais, razão pela qual se faz inevitável a reforma da decisão recorrida, com a consequente improcedência do pedido de condenação desta Empresa Pública. Aduz, ainda, a necessidade de redução da condenação e a agressão aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação da indenização. Requer, por fim, a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 nas condenações contra a Fazenda Pública, ou seja, a aplicação da atualização monetária e dos juros de mora a partir da sentença (incidência da Súmula 362 do STJ).

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A Constituição da República de 1988 recepcionou expressamente a ideia da responsabilidade civil por danos morais. O artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, coloca como sendo um dos fundamentos da Nação a dignidade da pessoa humana. O inciso X do

artigo 5º retrata que : “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização, pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

De outra parte, dispõe o art. 159 do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

A questão posta nos presentes autos, cinge-se na verificação da existência de dano moral alegado pelo autor. Sobre o dano moral, deve-se ter em vista que este se configurará sempre que haja uma dor resultante da violação de um bem juridicamente tanto a honra quanto os sentimentos múltiplos dos seres humanos devem ser objeto de proteção do direito, visto que se trata do patrimônio imaterial. Não se pode, simplesmente, negar a ressarcibilidade do dano moral por se tratar de ofensa a um bem imaterial insusceptível de ser recolocada no seu *status quo ante*, pois, apesar do fato de não ser possível conceder à vítima a própria coisa lesionada, pode-se conceder uma compensação de sua dor íntima através de um pagamento de uma soma pecuniária, a ser arbitrada pelo consenso do juiz.

Do mesmo modo, não se deve esquecer que as empresas públicas devem sempre atuar com o máximo de cautela possível, tendo em vista que qualquer descuido pode causar prejuízos muitas vezes irreparáveis à sua clientela, especialmente tendo em vista a própria natureza das atividades desenvolvidas por tais Instituições – onde a confiabilidade no atendimento é pressuposto essencial. Cabe, pois, nesse momento, a análise do magistrado, que deve, caso a caso, proceder a averiguações do alcance do dano imposto à vítima, sendo imprescindível que a indenização atenda aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade com o efeito lesivo.

Na hipótese dos autos, o dano moral resultou do impedimento de acesso do demandante ao interior de agência da empresa ré por ser cadeirante, não havendo via de acesso apropriada, pelo que adveio constrangimento e humilhação pública diante das demais pessoas que por ali transitavam. Registre-se, ademais, que havia o dever de adaptação das edificações para oferecer condi-

ções de acessibilidade e que a ECT não tomou, em tempo razoável, as providências necessárias para tanto a fim de permitir o afastamento do nexo de causalidade. Assim, há de se reconhecer a sua responsabilidade pelos danos morais suportados pelo autor.

No que se refere à aplicação da atualização monetária e dos juros de mora, cabe ressaltar que, em caso de danos morais, os juros fluem a partir do evento danoso, a teor do art. 398 do CC e da Súmula 54 do STJ. Irretocável, nesse ponto, a sentença atacada. No entanto, em relação à correção monetária, o valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento, como reza a Súmula 362 do STJ. Cabível, portanto, a reforma da sentença neste particular.

Por tais razões, dou parcial provimento à apelação, apenas para determinar a aplicação da atualização monetária somente a partir da sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 10.694-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Apelantes: ERMANCE FERNANDES PINHEIRO E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO MARCOS DE ARAÚJO E OUTRO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO MAJORADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 171, § 3º, C/C ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CONCUSSÃO. ART. 316 DO CÓDIGO PENAL. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. APROPRIAÇÃO DE VERBAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) MEDIANTE INSERÇÃO DE INFORMAÇÕES FALSAS EM AUTORIZAÇÃO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR (AIH). EXIGÊNCIA DE VANTAGENS INDEVIDAS

A PACIENTES ASSISTIDOS PELO SUS VALENDO-SE DA CONDIÇÃO DE MÉDICO CONVENIADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DAS CONDENAÇÕES IMPOSTAS NA SENTENÇA. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA POR FUNDADA EM CONJUNTO PROBATÓRIO OBTIDO NA FASE INQUISITORIAL. VEDAÇÃO. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REDAÇÃO PELA LEI Nº 11.690/2008. MANUTENÇÃO DAS ABSOLVIÇÕES CONSIGNADAS NA SENTENÇA. CRIME DE ESTELIONATO. IDÊNTICAS CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR E MODUS OPERANDI. CONTINUIDADE DELITIVA CARACTERIZADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. EXACERBAÇÃO DA PENA. ADOÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS A PARTIR DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA POUCO ACIMA DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. PENA DE MULTA. ERRO MATERIAL DE NATUREZA ARITMÉTICA. DEVIDA CORREÇÃO. VALORAÇÃO DO DIA-MULTA. CORRESPONDÊNCIA À SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. FINALIDADE PUNITIVA. APELAÇÃO DA DEFESA IMPROVIDA. APELAÇÃO DO ÓRGÃO ACUSADOR PARCIALMENTE PROVIDA.

- Não há como dissociar, diante do momento de fragilidade dos pacientes e seus acompanhantes, o alegado “mero pedido com o atendimento por liberalidade ou gratidão” do tipo penal do art. 316 do Código Penal, tendo em vista que o serviço médico oferecido – procedimento cirúrgico – seria realizado através do SUS, não se adequando a necessidade de complementação dos valores ao objetivo de melhoria do serviço prestado, mas sim que apenas desta forma poderiam ter um procedimento de qualidade, não apenas no decorrer da cirurgia como no pós-operatório.

- Ao se confrontar as provas – testemunho das pessoas que teriam sido internadas e as autorizações de internamento objeto de alegada convalidação por auditoria do SUS, contudo com dados incompatíveis com a realidade firmada pelas testemunhas – tem-se por demonstrado, na realidade, que o agir do réu induziu a erro aquela auditoria para a obtenção de vantagens, no caso o pagamento dos procedimentos médico-hospitalares pelo SUS, o que firma o tipo penal do art. 171 do Código Penal.

- Não se verifica maculada a absolvição do réu por outros delitos narrados na peça acusatória eis que embasada no art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, que veda a condenação baseada unicamente nas provas colhidas na esfera inquisitorial, no caso os depoimentos unicamente perante a autoridade policial.

- Não há como se aplicar, ao crime de estelionato, o instituto do concurso material quando se verifica que as duas condutas ocorreram no mesmo mês (fevereiro/2007), no mesmo lugar (Casa de Saúde e Maternidade Santa Luzia), e com o mesmo modus operandi (falsificação de autorizações de internamento hospitalar para o recebimento indevido de verbas do SUS).

- Presente circunstâncias judiciais em desfavor do réu é de se dissociar do mínimo legal a pena-base.

- Adotando-se um critério objetivo diretamente proporcional ao total de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis ao acusado, tem-se por pertinente um reescalamento, com a exasperação ainda próxima do mínimo legal, no caso específico do crime de estelionato em 2 (dois) meses e, para os crimes de concussão, em 3 (três) meses, conduzindo, ao final, as penas-base de 1 (um) ano e 2 (dois) meses para o crime de este-

lionato e de 2 (dois) anos e 3 (três) meses para cada uma das condutas do crime de concussão.

- *Adequada a quantificação adotada na sentença, contudo com reparos quanto à terceira fase da dosimetria quanto ao crime de estelionato, ao se verificar que 1/3 (um terço) da pena-base de 12 (doze) dias-multa conduz a um acréscimo de 4 (quatro) dias-multa, e não de 3 (três) como consignado na sentença, configurando-se erro material aritmético que aqui se repara.*
- *A pena de multa deve ser valorada em atendimento à situação econômica do réu e de forma a demonstrar sua finalidade punitiva.*
- *Apelação interposta pela defesa improvida.*
- *Apelação manejada pela acusação parcialmente provida, tão somente para fixar as penas de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão e em 18 (dezoito) dias-multa para o crime de estelionato e, para cada um dos crimes de concussão, em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão e em 40 (quarenta) dias-multa, resultando, diante do curso material, em uma pena concreto e definitiva em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e em 98 (noventa e oito) dias-multa, cada qual valorado em 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos últimos fatos (fevereiro/2007), com a devida atualização quando da execução.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, em que são partes as acima mencionadas, acordam os desembargadores federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento à apelação interposta pela defesa e em dar parcial provimento à apelação manejada pelo Órgão Ministerial, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 15 de julho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

Cuida-se de apelações interpostas por ambas as partes contra sentença de fls. 444/460 (vol. 2), proferida em 19 de julho de 2013, que julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar ERMANCE FERNANDES PINHEIRO, pelo cometimento do tipificado no art. 171, § 3º, c/c art. 71, ambos do Código Penal, e no art. 316, do mesmo *Codex*, por duas vezes, em concurso material, às penas ao final cumuladas em 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e de 97 (noventa e sete) dias multa, cada qual valorado em 1/20 (um vigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado quando da efetiva execução, além de fixar o valor mínimo de reparação (art. 387, IV, do Código de Processo Penal) em R\$ 3.227,26 (três mil, duzentos e vinte e sete reais e vinte e seis centavos).

Diz a denúncia (fls. 3/17) que o acusado, entre os meses de setembro/2006 a fevereiro/2007, na condição de médico credenciado, apropriou-se de verbas do Sistema Único de Saúde (SUS), inseriu informações falsas em Autorizações de Internamentos Hospitalares (AIHs), atestando internações inexistentes na Casa de Saúde Santa Luzia (CSSL), localizada em Mossoró/RN, bem como exigiu vantagem indevida de pacientes, cobrando a eles valores de forma particular por procedimentos que foram custeados pelo SUS, valendo-se da mesma condição de médico conveniado daquele sistema de saúde.

Recebida a denúncia em 20 de março de 2012 (fls. 18/20).

O Órgão Ministerial, em sua insurgência de fls. 474/489, pretende a imposição de uma maior reprimenda penal, afastando-se o instituto da continuidade delitiva para considerar as ações de estelionato isoladamente, por caracterizarem, na realidade, uma mera repetição de condutas criminosas sem nenhum liame; a con-

denaçoão pelos delitos de concussão cometidas contra os pacientes Glaussone Wanderson da Silva, Maria Gildênia de Medeiros e Maria Francisca da Rosa, pelos quais restou absolvido em 1º grau, eis que todo o conjunto probatório carreado aos autos na esfera judicial assim o permite, e não apenas o produzido na fase inquisitorial; rever a dosimetria das penas-base, afastando-as do mínimo cominado em lei, no caso do estelionato, em vista da evidente preponderância de circunstâncias judiciais negativas, pretendendo-as, assim, próximas ao patamar máximo, bem como, para o crime de concussão, que restaram exasperadas próximo ao mínimo; e, finalmente, a exasperação do valor do dia-multa, por não condizente com a situação econômica do réu.

Contrarrazões às fls. 505/591 (por *e-mail*), 621/653 (no original) e 734/766 (por fax), pelo improvimento do apelo.

O acusado, em suas razões recursais (fls. 592/619, por *e-mail*; 654/732, no original; e 768/845, por fax), alega não haver em momento algum exigido ou imposto a qualquer paciente vantagem a caracterizar o delito de concussão, ocorrendo, sim, mera liberalidade, com o oferecimento de gratificações; e que auditoria do SUS reconhece que as internações contestadas efetivamente existiram, ao final pugnano pela absolvição.

Alternativamente, persistindo a condenação, a redução da pena aplicada aos dois delitos de concussão, por inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, ao patamar mínimo.

Contrarrazões oferecidas pela defesa (fls. 505/591, por *e-mail*; fls. 621/653, no original; e 734/766, por fax).

Pelo Ministério Público Federal, às fls. 848/855, o recurso da defesa foi contrarrazoado no sentido de se proceder à *emendatio libelli*, com a adequação do tipo penal das condutas, alterando-se o de concussão para o de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), mantendo-se a condenação por estelionato nos termos da sentença, bem como a incidência das regras relativas ao concurso material.

O *Parquet* Federal, em parecer de fls. 864/874 (vol. 3), opina no sentido de ser negado provimento ao apelo da defesa e parcialmente provido o recurso manejado pelo Órgão Ministerial, para jul-

gar a continuidade delitiva de três crimes de concussão e ser majorada a pena aplicada.

É o relatório.

À revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

Para uma melhor apreciação dos recursos aqui manejados, tem-se por interessante trazer à luz a apreciação de mérito expendida na sentença ora guerreada (cfe. fls. 450/457), *verbis*:

2.2 - Mérito (Processo nº 0000396-95.2012.4.05.8401)

Os delitos imputados ao réu no presente feito encontram-se definidos da seguinte forma no Código Penal, *verbis*:

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

(...)

Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

(...)

Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.

Pena - reclusão, de 2 a 8 anos, e multa.

No caso em apreço, a imputação dos delitos acima transcritos adveio do exame de diversos fatos, os quais foram sucintamente referidos no relatório desta sentença. Desse modo, cumpre analisá-los separadamente a fim de tornar mais clara a compreensão da consequência de cada um deles nesta seara penal.

2.2.1 - Internação e tratamento do paciente José Gregório da Silva

Em relação ao paciente José Gregório da Silva, o MPF alega que o réu, “na condição de médico conveniado do SUS, exigiu dos familiares do Sr. José Gregório da Silva pagamento de vantagem que sabia indevida, posto que [sic] o tratamento do paciente em questão foi integralmente custeado pelo SUS, chegando a receber R\$ 600,00 (seiscentos reais) mediante depósito em conta, além do valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) pagos pela Sra. Raimunda Gondim”.

Em seu interrogatório judicial, o réu negou a acusação.

Ocorre, porém, que o paciente em tela, já falecido, ficou internado na Casa de Saúde Santa Luzia entre os dias 7/2/2007 e 14/2/2007, conforme prova o espelho da AIH nº 240710095197-0 (fl. 160 do IPL), tendo sido a respectiva solicitação de internação feita pelo réu, identificado por seu CPF – nº 130.458.814-91 – no documento citado. Assim, verifica-se que a internação em comento foi realizada pelo SUS.

Não obstante a natureza pública da internação e do tratamento, o réu exigiu pagamentos a Raimunda Gondim de Almeida Silva e a Maria Michelle de Freitas, respectivamente, viúva e enteada do paciente, pelo tratamento e pela internação deste último.

As pessoas acima citadas foram testemunhas em juízo, tendo ambas afirmado que foram feitos pagamentos ao réu, a pedido deste, para que José Gregório da Silva fosse mais bem atendido. Afirmaram, inclusive, que tinham ciência de que as despesas da internação e do tratamento de José Gregório da Silva corriam pelo SUS, mas que resolveram “gratifi-

car” o réu para que desse mais atenção ao paciente em apreço, nunca deixando de afirmar as referidas testemunhas que o pedido para tal pagamento partiu do réu.

Em seu depoimento, Raimunda Gondim de Almeida Silva disse ter pago pela internação os valores de R\$ 500,00 (quinhentos reais) e R\$ 600,00 (seiscentos reais).

No que diz respeito ao pagamento de R\$ 600,00 (seiscentos reais) feito pelo filho do paciente, Edval Gregório da Silva – residente em Belém-PA –, pagamento esse que estaria provado pelo crédito no mesmo valor constante da conta bancária do réu – cujo sigilo bancário foi quebrado – e oriundo da agência bancária do filho do paciente, não há provas que o relacionem ao fato em apreço, visto que a transferência *on-line* ocorrera em 6/12/2006, antes, portanto, do período da internação citada alhures, podendo ter sido, inclusive, para o pagamento de outras despesas cobradas pelo médico, mas que não foram narradas na denúncia.

Dessa forma, fica configurada a prática do delito de concussão (art. 316 do CP) pelo réu ERMANCE FERNANDES PINHEIRO, visto que exigiu da esposa e da enteada do paciente José Gregório da Silva o pagamento das importâncias de R\$ 500,00 (quinhentos reais) e R\$ 600,00 (seiscentos reais) para dar um melhor atendimento ao citado paciente, utilizando-se para tal exigência da sua condição de médico conveniado com o SUS.

Registre-se que as precárias condições do SUS não autorizam os profissionais da área da saúde, especialmente os médicos, a eximir-se do cumprimento de seus deveres para com os pacientes, consistindo o recebimento de “gratificações” para dar um melhor atendimento na vantagem indevida constante do tipo penal em comento, já que não devem ser feitas distinções no tratamento dos pacientes em virtude do oferecimento de dinheiro.

2.2.2 - Internação de Raimunda Gondim de Almeida Silva e Maria Michelle de Freitas

Segundo o MPF, “restou comprovado que o denunciado, livre e conscientemente, inseriu informações ideologicamente falsas em Autorizações de Internações Hospitalares - AIHs, atestando internações fictícias das pessoas de Raimunda Gondim de Almeida Silva e Maria Michelle de Freitas, espo-

sa e enteada do paciente José Gregório da Silva, respectivamente, o que permitiu que o denunciado se apropriasse de valores pertencentes ao SUS”.

O réu também nega esta acusação.

No que tange à imputação do delito de falsidade ideológica, considerada a inserção de informações falsas na Autorização de Internação Hospitalar de Raimunda Gondim de Almeida Silva e Maria Michelle de Freitas, respectivamente, as AIHs nº 240710095404-9 e nº 240710095384-0, revela-se cabalmente comprovada essa imputação, visto que as cópias dos documentos supracitados (fls. 135/145 do IPL) deixam clara a solicitação de internação feita pelo réu.

Nesse contexto, Raimunda Gondim de Almeida Silva e Maria Michelle de Freitas foram categóricas, em juízo, ao afirmarem, na presença do réu, que não ficaram internadas na Casa de Saúde Santa Luzia em momento algum.

Dessa forma, o réu inseriu informações falsas em autorizações de internação hospitalar alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante, praticando o delito de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do Código Penal.

Entretanto, em relação ao crime de peculato-furto (art. 312, § 1º, do CP), não ficou evidenciada a sua configuração.

Segundo o MPF, o réu “Ermance Fernandes Pinheiro, valendo-se da condição de médico credenciado do SUS, falsificou documentos, neles inserindo informações fictícias, com o fim de possibilitar a apropriação, como de fato se apropriou, de verbas pertencentes ao SUS [...]”.

Na verdade, o exame da descrição típica feita na denúncia não se coaduna com a capitulação legal definida pelo *Parquet* Federal, visto que a prática do peculato-furto, definido pelo MPF, exige que o agente subtraia o bem ou o valor pretendido, o que não está dito na descrição fática.

Registre-se, por oportuno, que a própria narrativa do Órgão Ministerial afasta-se do crime capitulado ao final da peça vestibular, visto que é utilizada a expressão “apropriou”, e não “subtraiu”, o que levaria a entender ter a denúncia confundido o peculato-apropriação com o peculato-furto.

Mesmo assim, para a ocorrência de peculato-apropriação, é necessário que o agente tenha posse dos bens ou

valores de que vai se apropriar, o que não é o caso narrado na denúncia, porquanto as verbas públicas teriam ingressado no patrimônio do réu vindas diretamente do sistema de pagamento do SUS, tendo sido imprescindível o delito de falso para tanto. Desse modo, não houve a apropriação de verbas de que tinha a posse o réu.

Assim, pela descrição dos fatos na denúncia, o delito supostamente cometido pelo réu seria o de estelionato majorado, previsto no art. 171, § 3º, do CP. Nesse sentido, confira-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO EM FACE DO SUS. ART. 171, § 3º. VALORAÇÃO DAS PROVAS. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA. ART. 22 DO CP.

1. Praticam estelionato contra o SUS os agentes que inserem dados inverídicos nas guias de interação hospitalar, para fins de obrigar a autarquia previdenciária a proceder pagamento a maior pelos procedimentos médico-cirúrgicos descritos, mas não realizados.

2. Ainda que as provas trazidas aos autos contenham vícios, esses não desnaturam seu valor probante, pois o cotejamento de todos os elementos carregados impellem à decretação do veredito condenatório.

3. Não se admite que o subordinado não questione os comandos de seu superior hierárquico, mormente se evidente que estes não se encontram amparados pelo ordenamento legal ou pelos princípios informadores do Direito, não lhe aproveitando o teor do art. 22 do CP. (ACR 199970070032395, VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DJ 30/10/2002 PÁGINA: 1202.)

Nessas circunstâncias, impõe-se a aplicação do instituto da *emendatio libelli*, corrigindo a capitulação do fato em es todo para o delito previsto no art. 171, § 3º, do CP.

Nesse contexto, afigura-se provada a participação do réu na prática da infração penal em apreço, visto que os R\$ 398,58 (trezentos e noventa e oito reais e cinquenta e oito centavos) pertinentes às falsas internações de Raimunda Gondim de Almeida Silva e Maria Michelle de Araújo acabaram tendo destino desconhecido apenas em virtude da falsidade ideológica praticada pelo réu.

Aplica-se, nesse momento, o Enunciado nº 17 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no sentido de que “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.

Portanto, o crime de falsidade ideológica acima reconhecido como praticado pelo réu deve ser absorvido pelo estelionato majorado, pelo qual deve ser **ERMANCE FERNANDES PINHEIRO** condenado na forma do art. 29 do CP, isto é, como partícipe.

2.2.3 - Cirurgia e internação do paciente Francisco de Assis Martins Oliveira

No caso em tela, trata-se da mesma situação verificada no tópico acima, ao menos no que toca à definição legal.

Do ponto de vista factual, o MPF afirma que o paciente Francisco de Assis Martins Oliveira “esteve internado na Casa de Saúde Santa Luzia - CSSL, no período de 31.01.2007 a 02.02.2007, para retirada de um abscesso anal, procedimento realizado pelo denunciado **Ermance Fernandes Pinheiro**, consoante a AIH nº 240710095517-1 (fl. 179), tendo o SUS desembolsado a quantia de R\$ 575,78 (quinhentos e setenta e cinco reais e setenta e oito centavos).”

O MPF diz que o médico teria cobrado R\$ 1.000,00 (mil reais), valor este que supostamente pago por meio de cheque emprestado por José Evaristo Peixoto Júnior ao paciente em tela, que teve de pagar ainda, diz o MPF, R\$ 400,00 (quatrocentos reais) pela consulta.

Ainda relata o Órgão Ministerial que o paciente Francisco de Assis Martins Oliveira teria dito que não ficara internado entre os dias 31/1/2007 e 2/2/2007, mas que foi internado em um dia à noite e teve alta logo pela manhã no dia seguinte, tendo, ainda, pago R\$ 60,00 (sessenta reais) pela acomodação no quarto.

O réu também negou tal acusação.

No caso em tela, não obstante o paciente Francisco de Assis Martins Oliveira não tenha participado da audiência de instrução, ainda que arrolado na inicial, não restam dúvidas sobre a falsidade de autorização de internação hospitalar a ele concernente, bem como sobre a vantagem recebida pelo réu.

Ora, em seu depoimento perante a autoridade policial da Delegacia Especializada em Atendimento à Mulher (fls. 306/307 do IPL), que chegou a investigar o caso, o paciente confirmou as assertivas do MPF, ficando em destaque o fato de ele ter deixado claro que todos os procedimentos relativos à cirurgia à qual se submeteu tinham natureza particular, ou seja, não foram custeadas pelo SUS.

A prova disso está nos créditos constantes dos extratos do réu ERMANCE FERNANDES PINHEIRO nos valores de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais) e R\$ 300,00 (trezentos reais), oriundos da conta de João Evaristo Peixoto, que, em juízo (mídia digital à fl. 371), confirmou o empréstimo de cheques nos valores retrocitados a Socorro de Paula, que é a esposa do paciente em tela.

Noutro quadrante, porém, à fl. 179 do IPL, verifica-se o espelho da Autorização de Internação Hospitalar de Francisco de Assis Martins de Oliveira, em que foram gastos R\$ 575,78 (quinhentos e setenta e cinco reais e setenta e oito centavos). Conforme se vê na cópia do referido documento, a solicitação adveio do CPF nº 130.458.814-91, pertencente ao réu.

Dessa forma, houve a falsificação, por parte do réu, de documentos que, denotando fictícia internação do paciente, permitiram o desembolso indevido de R\$ 575,78 (quinhentos e setenta e cinco reais e setenta e oito centavos) por parte do SUS para o réu, configurando aí a prática do estelionato majorado, que, como no caso anterior, absorve o crime de falso.

2.2.4 - Internação e cirurgia do paciente Aldir de França Soares

Quanto ao paciente em questão, o MPF aduz que ele ficou “internado na CSSL entre os dias 16.11.2006 e 18.11.2006”, constando “na AIH nº 240650001708-6 (fl. 168) que o SUS pagou o equivalente a R\$ 552,90 (quinhentos e cinquenta e dois reais e noventa centavos). Porém, “em sede policial, o paciente informou que o denunciado Ermance Fernandes Pinheiro lhe cobrou inicialmente a quantia de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) para realizar a cirurgia, sendo que após negociação, o médico/denunciado aceitou realizá-la pelo valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais), dividido em 3 (três) parcelas de R\$ 200,00 (duzentos reais) cada”.

Novamente, o réu negou a prática do delito a si atribuído.

Todavia, ouvido em juízo, o paciente Aldir de França Soares confirmou o seu depoimento feito perante a autoridade policial, em que disse ter ficado internado na CSSL para a realização de cirurgia de vesícula, a qual teve os seus custos cobertos pelo SUS.

À fl. 168 do IPL, verifica-se o espelho da Autorização de Internação Hospitalar n.º 240650001708-6, relativo à internação e ao tratamento do paciente Aldir de França Soares, em que se destacam as despesas no valor de R\$ 552,90 (quinhentos e cinquenta e dois reais e noventa centavos).

Dessa forma, está provada a exigência feita pelo réu ao paciente supramencionado do valor de R\$ 600,00 (seiscientos reais) para a realização de cirurgia coberta pelo SUS, fazendo-se valer de sua condição de médico conveniado pelo SUS, que é equiparável a funcionário público, o que significa a prática do delito previsto no art. 316 do CP.

2.2.5 - Internações e cirurgias dos pacientes Glaussone Wanderson da Silva, Maria Gildênia de Medeiros e Maria Francisca da Rocha

No caso dos pacientes referidos no tópico acima, verifica-se que, não obstante os depoimentos deles próprios e/ou de seus parentes perante a autoridade policial, não foi possível formular uma convicção neste juízo acerca da materialidade delitiva sem a respectiva confirmação de seus testemunhos em juízo, especialmente quando os demais pacientes o fizeram veementemente na presença do réu.

Todos os três pacientes, consoante relata o MPF na denúncia, relataram que o réu ERMANCE FERNANDES PINHEIRO ter-lhes-ia cobrado valores para a realização de internação e/ou cirurgia que, na verdade, teriam tido os respectivos custos pagos pelo SUS.

Constam, respectivamente, às fls. 163, 164/165 e 166, as cópias das autorizações de internação hospitalar de Maria Francisca da Rocha, Maria Gildênia da Silva e Glaussone Wanderson da Silva. Contudo, apenas os testemunhos desses pacientes e/ou seus familiares na esfera policial, não formularam neste juízo a convicção de que tenham, efetivamente, pago ao réu para cumprir as suas atribuições de natureza pública.

Assim, deve ser absolvido o réu das imputações de concussão em relação aos pacientes citados neste tópico.

2.2.6 - Demais considerações

No caso em apreço, observa-se a existência de 2 (dois) delitos de concussão e 2 (dois) delitos de estelionato praticados pelo réu.

Em relação aos 2 (dois) estelionatos, verifica-se que ambos ocorreram no mês de fevereiro de 2007, caracterizando-se pelas mesmas condições de tempo (mesmo mês), lugar (Casa de Saúde Santa Luzia), maneira de execução (falsificação de AIHs para o recebimento indevido de verbas do SUS) e outras semelhantes, devendo o segundo ser tido como continuação do primeiro.

Assim, está presente, *in casu*, a continuidade delitiva, prevista no art. 71 do CP, aplicando-se ao réu a pena de apenas um dos dois crimes, com o aumento de 1/6 (um sexto), já que cometidas apenas duas infrações penais, seguindo-se o critério criado pela jurisprudência pátria. Nesse sentido, confira-se:

EMENTA: PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. CONTINUIDADE DELITIVA. PERCENTUAL DE AUMENTO. CRITÉRIO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. ACÓRDÃO EM DISSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA. VIABILIDADE.

1. Esta Corte Superior de Justiça pacificou entendimento segundo o qual o aumento da pena pela continuidade delitiva, dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações.

2. *In casu*, tendo as instâncias ordinárias afirmado que o Agravado praticara 5 (cinco) crimes de corrupção passiva, o aumento pelo delito continuado deve operar-se no *quantum* de 1/3 (um terço).

3. Estando o acórdão recorrido em discordância com jurisprudência dominante deste Sodalício quanto ao

aumento decorrente do crime continuado, correta em-
contra-se a decisão que, monocraticamente, dá parcial
provimento ao recurso especial, a teor do disposto no
art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AGRESP 200902331903, JORGE MUSSI, STJ - QUIN-
TA TURMA, DJe DATA: 16/11/2012. DTPB.)

Quanto aos dois crimes de concussão, cometidos em
períodos de tempo diferentes, não obstante observadas as
demais características, observa-se a regra inscrita no art. 69
do CP, pertinente ao concurso material.

Demais disso, a pena dos delitos de estelionato deverá
ser aumentada em 1/3 (um terço), conforme previsão do § 3º
do art. 171 do CP, diante da prática dos crimes em apreço
em relação à entidade de direito público, qual seja, a União,
pessoa jurídica responsável pelo SUS.

Por fim, somando-se os valores embolsados indevidamente
pelo réu ERMANCE FERNANDES PINHEIRO, seja do SUS,
seja dos particulares, tem-se a importância de R\$ 3.227,26
(três mil duzentos e vinte e sete reais e vinte e seis centavos),
que fica fixada como valor mínimo a ser reparado, nos
termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal.

No que diz respeito às condutas pelas quais restou o réu con-
denado, não vislumbro qualquer reparo ao convencimento firmado
pelo douto Magistrado *a quo*.

Ainda que se alegue que não houve exigência de vantagem, a
configurar o crime de concussão, mas mero pedido que veio a ser
atendido por liberalidade ou gratidão dos pacientes e familiares,
não há como dissociar o seu agir do tipo penal do art. 316 do Cód-
igo Penal, tendo em vista que o serviço médico oferecido – proce-
dimento cirúrgico – seria realizado através do SUS, não se ade-
quando a necessidade de complementação dos valores ao objeti-
vo de melhoria do serviço prestado.

Acrescente-se, por oportuno, que o aludido “pedido”, aos ouvi-
dos dos pacientes e/ou seus familiares, que buscavam o serviço
médico na Casa de Saúde e Maternidade Santa Luzia, se apre-
sentavam como exigência, diante da promessa de só desta forma
poderiam ter um procedimento de qualidade, não apenas no de-
correr da cirurgia como no pós-operatório.

Assim, valer-se de um momento de fragilidade com o alegado “pedido” nada mais é do que uma singela tradução do tipo penal “exigir”.

Em relação ao estelionato, pretende o réu, ora apelante, desconstituir a materialidade diante do fato de que os “Laudos para Solicitação de Autorização de Internações Hospitalares”, aos quais se atribui a mácula de internações falsas, foram devidamente assinados pela auditoria do SUS, o que as comprovariam.

Ocorre, entretanto, que ao se confrontar as provas – testemunho daquelas que teriam sido internadas e as autorizações de internamento objeto de alegada convalidação por auditoria do SUS – tem-se por demonstrado, na realidade, que o agir do réu induziu a erro aquela auditoria, o que firma o tipo penal do art. 171 do Código Penal.

No caso específico do paciente Francisco de Assis Martins, em que não se submeteu ele a procedimento cirúrgico ou internamento, pretende igualmente desconstituir a materialidade ao argumento de que os recursos do SUS não teriam ingressado na esfera patrimonial do réu, o testemunho daquele contradiz o documento ideologicamente falso, utilizado para obter vantagem, no caso R\$ 575,78 (quinhentos e setenta e cinco reais e setenta e oito centavos), consoante o documento que repousa à fl. 179 do IPL em apenso, onde se noticia haver ele permanecido no nosocômio no período de 31 de janeiro a 2 de fevereiro de 2007 quando, pelo testemunho do paciente suso nominado, fora *“internado em um dia à noite e teve alta logo pela manhã no dia seguinte, tendo, ainda, pago R\$ 60,00 (sessenta reais) pela acomodação no quarto”* (cfe. sentença, fls. 444/445), bem como *“que o médico teria cobrado R\$ 1.000,00 (mil reais), valor este que supostamente pago por meio de cheque emprestado por José Evaristo Peixoto Júnior ao paciente em tela, que teve de pagar, ainda, diz o MPF, R\$ 400,00 (quatrocentos reais) pela consulta”* (cfe. sentença, fl. 444), ou seja, configurando para aquele paciente *“que todos os procedimentos relativos à cirurgia à qual se submeteu tinham natureza particular, ou seja, não foram custeadas pelo SUS”* (cfe. sentença, fl. 445).

Comprovada, assim, materialidade e autoria delitivas pelo que, neste ponto, não há como atender aos reclamos do apelo maneja-do pela defesa.

Já Órgão Ministerial, em sua insurgência de fls. 474/489, pretende a imposição de uma maior reprimenda penal, afastando-se o instituto da continuidade delitiva para considerar as ações de estelionato isoladamente, por caracterizarem, na realidade, uma mera repetição de condutas criminosas sem nenhum liame; a condenação pelos delitos de concussão cometidas contra os pacientes Glaussone Wanderson da Silva, Maria Gildênia de Medeiros e Maria Francisca da Rosa, pelos quais restou absolvido em 1º grau, eis que todo o conjunto probatório carreado aos autos na esfera judicial assim o permite, e não apenas o produzido na fase inquisitorial.

No tocante à acusação da conduta quanto às internações e cirurgias dos pacientes Glaussome Wanderson da Silva, Maria Gildênia de Medeiros e Maria Francisca da Rocha, igualmente não se verifica qualquer mácula na sentença atacada, eis que embasada no art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, que veda a condenação baseada unicamente nas provas colhidas na esfera inquisitorial, no caso os depoimentos unicamente perante a autoridade policial.

Em relação à pretendida aplicação do instituto do concurso material do crime de estelionato, objeto da insurgência do Órgão Ministerial, como bem assentado no édito condenatório, as duas condutas ocorreram no mesmo mês (fevereiro/2007), no mesmo lugar (Casa de Saúde e Maternidade Santa Luzia), e com o mesmo *modus operandi* (falsificação de autorizações de internamento hospitalar para o recebimento indevido de verbas do SUS), demonstrando, repita-se, o acerto do sentenciante, inclusive quanto ao patamar de aumento por se tratar de apenas dois crimes.

Passo, por fim, às insurgências quanto à dosimetria da pena, pugnando a defesa a redução da pena aplicada aos delitos de concussão, à alegativa de inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, e, a acusação, para afastar a pena-base do mínimo cominado no caso do estelionato, por preponderância de circunstâncias judiciais negativas, pretendendo-a próxima ao máximo, bem como para o crime de concussão, ponderada na sentença próxima ao mínimo; e a exasperação do valor do dia-multa, por não condizente com a situação econômica do réu.

Colho da sentença (fls. 458/460), *verbis*:

- Delito de estelionato majorado em continuidade delitiva

Considerando a **culpabilidade** normal à espécie; que o réu é **primário** e possui bons antecedentes; que, pelo que dos autos consta, a sua **conduta** é normal no meio social; que a sua **personalidade** não demonstra agressividade, má índole, nem revela antagonismo com a ordem social, enquadrando-se na classificação de agentes ocasionais; que o **motivo** do delito consistiu na tentativa de obtenção do lucro fácil; que as **circunstâncias** demonstram que o réu falsificou documentos para obter indevidamente verbas destinadas ao custeio do SUS; que houve **consequências penais** consistentes na obtenção ilegal de R\$ 974,36 (novecentos e setenta e quatro reais e trinta e seis centavos) no crime em apreço; **fixo, à luz das circunstâncias judiciais analisadas, a pena-base em 1 (um) ano de reclusão e 12 (doze) dias-multa.**

Diante da inexistência de circunstâncias atenuantes e agravantes, **mantenho** a pena provisória em **1 (um) ano de reclusão e 12 (doze) dias-multa.**

Por sua vez, ocorrendo a causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal, porquanto ocorrido o delito em detrimento de entidade de direito público, **aumento a sanção em 1/3 (um terço), isto é, 4 (quatro) meses e 3 (três) dias-multa, ficando a pena provisória em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.**

Incide, no caso concreto, a regra do art. 71 do CP, isto é, a continuidade delitiva, pela prática de 2 (dois) delitos de estelionato majorado nas condições citadas no dispositivo retrocitado, pelo que aumento a pena em **1/6 (um sexto), isto é, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias e 2 (dois) dias-multa, ficando a pena provisória em 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias e 17 (dezesete) dias-multa, a qual torno definitiva e concreta.**

- Delito de concussão (paciente José Gregório da Silva)

Considerando a **culpabilidade** normal à espécie; que o réu é **primário** e possui bons **antecedentes**; que, pelo que dos autos consta, a sua **conduta** é normal no meio

social; que a sua **personalidade** não demonstra agressividade, má índole, nem revela antagonismo com a ordem social, enquadrando-se na classificação de agentes ocasionais; que o **motivo** do delito consistiu na tentativa de obtenção do lucro fácil; que as **circunstâncias** demonstram que o réu falsificou documentos para obter indevidamente verbas destinadas ao custeio do SUS; que houve **consequências penais** consistentes na obtenção ilegal de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais) no crime em apreço; **fixo, à luz das circunstâncias judiciais analisadas, a pena-base em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.**

Diante da inexistência de circunstâncias atenuantes e agravantes, mantenho a pena provisória em **2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.**

Não ocorrendo, *in casu*, causas de diminuição e de aumento de pena, torno **concreta e definitiva a pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.**

- Delito de concussão (paciente Aldir de França Soares)

Considerando a **culpabilidade** normal à espécie; que o réu é **primário** e possui bons **antecedentes**; que, pelo que dos autos consta, a sua conduta é normal no meio social; que a sua **personalidade** não demonstra agressividade, má índole, nem revela antagonismo com a ordem social, enquadrando-se na classificação de agentes ocasionais; que o **motivo** do delito consistiu na tentativa de obtenção do lucro fácil; que as **circunstâncias** demonstram que o réu falsificou documentos para obter indevidamente verbas destinadas ao custeio do SUS; que houve **consequências penais** consistentes na obtenção ilegal de R\$ 600,00 (seiscentos reais) no crime em apreço; **fixo, à luz das circunstâncias judiciais analisadas, a pena-base em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.**

Diante da inexistência de circunstâncias atenuantes e agravantes, mantenho a pena provisória em **2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.**

Não ocorrendo, *in casu*, causas de diminuição e de aumento de pena, torno **concreta e definitiva a pena de 2**

(dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

(...)

No tocante à pena de multa, considerando a situação econômica do réu, médico das áreas pública e privada, **fixo o valor do dia-multa em 1/20 (um vinte avos) do salário-mínimo em vigor na data da última prática delitiva (fevereiro de 2007) (...).**

Como observado, em ambas os tipos penais há a presença de consequências negativas, o que, de logo, afasta a possibilidade da fixação da pena-base no seu mínimo legal, no caso específico em relação ao crime de estelionato.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO. CONCURSO FORMAL. AGÊNCIA DOS CORREIOS DE JOAQUIM NABUCO/PE. ART. 157, § 2º, I E II, C/C ART. 70, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NECESSÁRIA EXACERBAÇÃO. PARTICIPAÇÃO MÍNIMA NA AÇÃO. EXTINÇÃO DO AUMENTO DA PENA PELO CONCURSO FORMAL. APLICAÇÃO DO ART. 29 DO CÓDIGO PENAL. DISTRIBUIÇÃO DE TAREFAS, CONCORRENDO O RÉU PARA A EXECUÇÃO DA AÇÃO DELITIVA. CONCURSO FORMAL. DESCLASSIFICAÇÃO. PRÁTICA DE OUTROS DELITOS (SUBTRAÇÃO DE BENS DE PARTICULARES) QUANDO DA AÇÃO PERPETRADA CONTRA A AGÊNCIA POSTAL (ROUBO DE NUMERÁRIO EXISTENTE NOS GUICHÊS E NO COFRE). CARACTERIZAÇÃO. AGRAVANTE DO ART. 62, I, DO CÓDIGO PENAL. EXCLUSÃO POR NÃO CONSTAR DO PEDIDO ACUSATÓRIO E INEXISTIR PROVA ROBUSTA. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE, *EX OFFICIO*, POR APLICAÇÃO DO ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTES. CONJUNTO PROBATÓRIO FIRME NA CONVIÇÃO DO AGIR EM ORIENTAÇÃO DOS CORRÉUS NO DESENVOLVIMENTO DA AÇÃO CRIMINOSA. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

I. Irretorquível a exasperação do patamar mínimo, quando da fixação da pena-base, diante da presença de circuns-

tâncias desfavoráveis e, ainda, ausência de valoração positiva quando da ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, conduzindo a uma pena-base entre os patamares mínimo e médio da cominação legal. (...)

(TRF5, 4ªT., ACR-9727/PE, rel. Desª. Federal MARGARIDA CANTARELLI, j. 02.04.2013, DJe 08.04.2013).

PENAL. CONCUSSÃO. ART. 316, *CAPUT*, CÓDIGO PENAL. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. MATERIALIDADE DO DELITO. COMPROVAÇÃO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NECESSÁRIA EXACERBAÇÃO. FIXAÇÃO EM *QUANTUM* COMPATÍVEL À PONDERAÇÃO NA 1ª FASE DA DOSIMETRIA. PERDA DO CARGO. ART. 92, I, CÓDIGO PENAL. EFEITO DA CONDENAÇÃO. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

I. Não se mostrando críveis as explicações apresentadas nas razões recursais, diante da conduta esperada de uma agente policial, e, ao contrário, sendo coerente o conjunto probatório formado em contrário, não tem viável o pretendido afastamento da materialidade delitiva.

II. Ponderando-se os fundamentos expendidos pela sentenciante, verifica-se, de início, o acerto em se dissociar do patamar mínimo (existência de circunstância judicial desfavorável) e, em relação ao *quantum*, da sua proximidade àquele mínimo se adotado um critério objetivo diretamente proporcional ao total de circunstâncias em desfavor daquele, não sendo excessiva uma exacerbação de 1 (um) ano em vista dos patamares cominados para o tipo penal em 2 (dois) e 8 (oito) anos de reclusão.

III. Havendo expressa previsão legal de constituir efeitos da condenação a perda do cargo público por crimes praticados em violação de dever para com a Administração Pública, não há que se falar em necessidade de ser fundamentada a condenação nesta quadra.

IV. Tais efeitos, contudo, não atinge a aposentadoria, por destinados aos servidores da ativa, sendo necessário, no entanto, ser comprovada sua atual situação funcional, que não restou carreada aos autos, para resolução no juízo da execução criminal.

V. Apelação improvida.

(TRF5, 4ªT., ACR-9036/PE, rel. Des. Federal IVAN LIRA DE CARVALHO - convocado, j. 11.12.2012, DJe 13.12.2012) - sem destaque no original.

Tomando-se um critério objetivo, a exemplo do definido por Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal Comentado*, 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 438/440), encontrando-se valorações positivas, tem-se por pertinente um reescalonamento, com a exasperação ainda próxima do mínimo legal, no caso específico do crime de estelionato em 2 (dois) meses e, para os crimes de concussão, em 3 (três) meses, conduzindo, ao final, as penas-base de 1 (um) ano e 2 (dois) meses para o crime de estelionato e de 2 (dois) anos e 3 (três) meses para cada uma das condutas do crime de concussão.

Em relação à pena de multa, tenho por adequada a quantificação adotada na sentença, contudo com reparos quanto à terceira fase da dosimetria quanto ao crime de estelionato, ao se verificar que 1/3 (um terço) da pena-base de 12 (doze) dias-multa conduz a um acréscimo de 4 (quatro) dias-multa, e não de 3 (três) como consignado na sentença, configurando-se erro material de natureza aritmética que aqui se repara.

Desta forma, para o crime de estelionato, a pena final é de ser modificada para se fixar em **1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão e em 18 (dezoito) dias-multa**; e, para cada um dos crimes de concussão, em **2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão** e em **40 (quarenta) dias-multa**, resultando, diante do concurso material, em uma pena concreto e definitiva em **6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão** e em **98 (noventa e oito) dias-multa**.

Por fim, quanto à valoração do dia-multa, que pretende a acusação ser elevada a 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época da condenação, por entender assim compatível à situação econômica do réu, quanto ao que não houve contrafação por parte da defesa em suas contrarrazões, tenho-a, então, por plausível, pelo que **valoro o dia-multa em 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos últimos fatos (fevereiro/2007), com a devida atualização quando da execução.**

Posto isso, nego provimento ao apelo da defesa e dou parcial provimento ao apelo da acusação, tão somente para fixar as penas de **1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão** e em **18 (dezoito) dias-multa** para o crime de estelionato e, para cada um dos crimes de concussão, em **2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão** e em **40 (quarenta) dias-multa**, resultando, diante do concurso material, em uma pena concreto e definitiva em **6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão** e em **98 (noventa e oito) dias-multa**, cada qual valorado em **1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos últimos fatos (fevereiro/2007)**, com a devida atualização quando da execução.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 10.765-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: WAHID MAZIAD BOU KARROUM (RÉU PRESO)
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA: PROCESSUAL E PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 1º DA LEI Nº 9.613/98. CONSTITUCIONALIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. INQUÉRITOS OU AÇÕES PENAIS EM CURSO. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO (§ 4º). INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA. AJUSTE.

- Afasta-se a preliminar de inépcia da denúncia, uma vez que o fato delitivo foi descrito de forma satisfatória, com todas as suas circunstâncias, identificando-o, inclusive, ao tipo penal violado, não se podendo falar em afronta ao art. 41 do CPP.

- Constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.613/98, eis que a figura típica em tela não oferece

qualquer obstáculo à “compreensão da conduta que ali se quer reprimir, não se vislumbrando qualquer ofensa ao princípio constitucional da legalidade, tampouco agressão à segurança jurídica e liberdade de locomoção”.

- Incorre nas penas do art. 1º, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.613/98, quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo, os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere.

- Hipótese em que as provas coligidas aos autos são suficientes para demonstrar que o réu, na tentativa de desvincular a origem ilícita de quantia advinda da sua participação no tráfico internacional de entorpecentes, utilizou-se de sua ex-esposa para efetuar o transporte de € 59.800 (cinquenta e nove mil e oitocentos euros), da cidade de Fortaleza para São Paulo, acondicionando as cédulas não só na mala de viagem da antiga companheira, como também em suas vestes.

- Inquéritos policiais ou ações penais em curso ou, ainda, condenações não transitadas em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade voltada ao crime, sob pena de lesão ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (v. Súmula nº 444 do STJ).

- Incidência da causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 1º da Lei 9.613/98 justificada, tendo em vista que o esquema da lavagem de dinheiro contou com a participação da antiga esposa do réu (já condenada em outro processo) e, também, com outros membros da organização criminosa voltada para o tráfico internacional de entorpecentes.

- Afastadas as circunstâncias desfavoráveis do apelante (maus antecedentes criminais e perso-

nalidade voltada para a prática de delitos), impõe-se a redução da pena-base, de 6 anos e 3 meses para 5 anos de reclusão, sobre a qual há de incidir a majorante mencionada no tópico anterior, obtendo-se, portanto, a pena definitiva de 6 anos e 8 meses de reclusão.

- Modificada a pena privativa de liberdade, há de ser alterada, igualmente, a pena de multa infligida ao recorrente, já que esta deve guardar proporcionalidade com aquela.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 20 de março de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de apelação criminal interposta por WAHID MAZIAD BOU KARROUM contra sentença que o condenou à pena privativa de liberdade de 8 anos e 4 meses de reclusão, além de multa, pela prática da conduta típica descrita no art. 1º, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.613/98, c/c o art. 29 do Código Penal, tendo como delitos antecedentes o tráfico ilícito de entorpecentes e crime praticado por organização criminosa (art. 1º, I e VII, da citada Lei, na redação vigente à época dos fatos).

Sustenta o apelante, preliminarmente, a inépcia da denúncia, ao argumento de que não se descreveu qual teria sido a conduta

por ele praticada no tocante à lavagem de dinheiro, nem qual o modo como ele concorreu para a infração, dificultando, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

No mérito, alega a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.613/98, em face da violação ao princípio da legalidade. Defende a sua inocência, pois não restou comprovada qualquer vinculação entre os crimes pelos quais foi condenado no processo nº 2005.61.81.006922-1, que tramitou na 9ª Vara Federal de São Paulo, e o delito de lavagem de capitais, aduzindo que inexistem elementos probatórios que levem à conclusão de que o montante apreendido com Kátia Pablo Garcia Abdo, sua ex-esposa, era oriundo do seu envolvimento no tráfico internacional de drogas, mormente se considerado que eles não estavam mais casados à época em que ela foi presa.

Ao final, requer, caso mantida a sentença, que seja excluída da dosimetria da pena a majorante prevista no § 4º do art. 1º da Lei nº 9.613/98, devendo incidir o postulado do *in dubio pro reo*, bem como que seja reduzida a pena de multa para patamar condizente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Contrarrazões.

Parecer do Ministério Público Federal, oficiando como fiscal da lei, pelo desprovimento do recurso.

É o Relatório. Ao revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor de WAHID MAZIAD BOU KARROUM, imputando-lhe a conduta típica descrita no art. 1º, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.613/98, em coautoria com sua então esposa, a Sra. Kátia Pablo Garcia Abdo, condenada nos autos do processo nº 0003716-33.2005.4.05.8100 por ter recebido, ocultado e dissimulado a movimentação e a propriedade de valores provenientes de crimes praticados pelo réu (tráfico ilícito de entorpecentes e organização criminoso).

Narra a peça acusatória que a ex-companheira do apelante foi presa em flagrante no Aeroporto Pinto Martins, em Fortaleza/CE, no dia 06/01/05, ao tentar embarcar para São Paulo portando € 59.800 (cinquenta e nove mil e oitocentos euros), estando as cédulas acondicionadas na sua bolsa, na bagagem de mão, na mala despachada e no interior de sua roupa íntima.

À autoridade policial, Kátia Pablo Garcia Abdo afirmou ter recebido a quantia de € 82.200 (oitenta e dois mil e duzentos euros) do seu sogro (Maziad Bou Karroum), residente no Líbano, o qual lhe enviou tal montante por uma pessoa chamada Alex, tendo dito, ainda, que a cifra, derivada da compra e venda de carros, pertencia ao seu marido.

Consta da denúncia, também, que o valor apreendido com Kátia Pablo Garcia Abdo teria, na verdade, origem ilícita, sendo fruto do envolvimento do réu no tráfico internacional de drogas e na associação para o tráfico, aduzindo que ele foi preso pela Polícia Federal, durante a Operação Tâmara, e condenado no bojo do processo nº 2005.61.81.006922-1, que tramitou na 9ª Vara Federal de São Paulo, pelo cometimento de tais delitos.

Feita essa narrativa fática, convém salientar que a acusação do MPF foi acolhida pelo Juízo Federal da 11ª Vara do Ceará, que condenou WAHID MAZIAD BOU KARROUM à pena de 8 anos e 4 meses de reclusão, além de multa, pela prática da conduta típica descrita no art. 1º, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.613/98, c/c o art. 29 do Código Penal, tendo como delitos antecedentes o tráfico ilícito de entorpecentes e crime praticado por organização criminosa (art. 1º, I e VII, da citada Lei).

A infração imputada ao réu está assim prevista no Código Penal (redação vigente à época dos fatos):

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

(...)

VII - praticado por organização criminosa.

(...)

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

(...)

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

De logo, impende afastar a preliminar de inépcia da denúncia, uma vez que foi descrito de forma satisfatória o fato delitivo, com todas as suas circunstâncias, identificando-o, inclusive, ao tipo penal violado, de modo que não se pode falar em afronta ao disposto no art. 41 do CPP, nem aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Com efeito, extrai-se da peça acusatória que a conduta do réu se subsumiu de forma perfeita ao crime de lavagem de capitais, na medida em que se utilizou de sua então esposa (Kátia Pablo Garcia Abdo) para efetuar o transporte de valores para a cidade de São Paulo, no afã de descaracterizar a origem ilícita da referida quantia, decorrente da arrecadação do tráfico de entorpecentes.

Por seu turno, vale ressaltar que não se vislumbra qualquer laivo de inconstitucionalidade no art. 1º da Lei nº 9.613/98, eis que o tipo penal em tela não oferece qualquer obstáculo à “compreensão da conduta que ali se quer reprimir, não se vislumbrando qualquer ofensa ao princípio constitucional da legalidade, tampouco agressão à segurança jurídica e liberdade de locomoção”, consoante destacou o magistrado à fl. 330.

Ultrapassadas essas questões preliminares, saliento que as provas coligidas ao processo são suficientes para demonstrar que o réu, na tentativa de desvincular a origem ilícita de quantia advinda da sua participação no tráfico internacional de entorpecentes, utilizou-se de sua ex-esposa, Kátia Pablo Garcia Abdo, para efetuar o transporte de € 59.800 (cinquenta e nove mil e oitocentos euros) da cidade de Fortaleza para São Paulo.

O envolvimento do acusado em crime desse jaez (tráfico) ficou plenamente comprovado, a partir da cópia da sentença profe-

rida pelo Juízo Federal da 9ª Vara/SP acostada às fls. 405/468-A do vol. VI dos autos em apenso, na qual se reconheceu que ele era um dos líderes da organização criminosa montada para praticar o tráfico de drogas além das fronteiras do Brasil, sendo, por isso, condenado.

Ao contrário do que alega a defesa, a origem ilícita da quantia apreendida com Kátia Pablo ficou provada, consoante se verifica do seguinte excerto extraído da sentença exarada na ação criminal nº 2005.61.81.006922-1 (fls. 435/436, vol. VI):

Depreende-se dos diálogos interceptados (...) que Madaia foi aliciada pelo grupo para levar cerca de 9 kg de “cocaína” para Portugal, tendo deixado o território nacional em novembro de 2004. No áudio nº 1219941 (CD nº 05) há diálogo entre Jimmy, Lucas e Madaia; no áudio nº 1220764 Jimmy informa Madaia que ela receberá seu dinheiro em Portugal, e que este será pago pela mesma pessoa que vai pegar o “negócio” com ela; nos áudios nº 1220574 e 1225511 (...) Jimmy e o acusado WAHID conversam sobre a portuguesa Madaia e no áudio nº 1245511 (...) comentam que Madaia irá transportar 9 kg (de “cocaína”) em malas e que estimam que o transporte renderá a quantia de cerca de duzentos mil euros, tendo ainda ambos combinado em dizer ao corréu HASSAN CHAMS (ABU HITLER) que Madaia tinha sido presa, para não dividir os lucros da empreitada criminosa com ele.

Concluída a entrega e venda do entorpecente em Portugal, captou-se diálogo entre os réus WAHID e MOHAMAD EL CHEHAD (...) em que comentam o envio ao Brasil do lucro da operação ilícita. O numerário ingressou no país por Fortaleza/CE, onde estava hospedada parte dos integrantes da quadrilha, salientando-se que, em 06.01.05, Kátia Pablo Garcia Abdo (esposa do réu WAHID), ao retornar a São Paulo, foi presa em flagrante, no aeroporto do Ceará, com grande quantidade de moeda estrangeira (cerca de cinquenta e nove mil euros), como se verifica do auto de prisão em flagrante acostado às fls. 479/481 dos autos 2005.61.81.005459-0. Os áudios nº 1414476 e 1414503 (CD nº 06) revelam que Kátia estava temerosa de transportar a vultosa quantia em dinheiro, ciente da origem ilícita, e procurava saber a melhor forma de ocultar os valores que traria consigo.

Do trecho transcrito acima, observa-se que existiu uma “coincidência” temporal entre os seguintes fatos: a venda da droga em Portugal, a entrada do dinheiro no Brasil e a tentativa de envio dessa quantia para São Paulo, através da ex-esposa do réu, restando patente, portanto, o origem ilícita desse montante.

Embora o apelante tenha negado que a cifra apreendida com Kátia Pablo fosse sua, a tese por ele sustentada não se mostrou condizente com aquela apresentada por sua então companheira. É o que se verifica do cotejo entre o depoimento de um e de outro:

Que é libanês; Que Kátia Pablo é sua ex-esposa; Que já se encontrava separado da mesma quando de sua estadia em Fortaleza, ficando em casas diferentes; **Que, como tinha filhos com Kátia, seu pai (dele) quis ajudar, sendo enviando cem mil reais a título de dote de separação, pois a mesma também tem origem árabe; Que Kátia pegou o dinheiro, mas ele não sabia que ela tinha trocado por euros, pois já estavam separados; Que não sabia que Kátia viajaria para São Paulo transportando tal quantia em moeda estrangeira; Que seu pai mandou o dinheiro por intermédio de um cambista de nome Alex, muito conhecido em Fortaleza, o qual recebeu dez por cento do valor; Que Kátia recebeu em reais, não sabendo ele informar por que ela trocou por euros; Que o dinheiro apreendido com Kátia não tem nada haver com o tráfico de drogas, pois, na época, estava passeando em Fortaleza; Que o dinheiro apreendido era para Kátia e seus filhos, como forma de garantir o futuro dos mesmos; Que já foi condenado pelo crime de tráfico de drogas; Que conhece a pessoa de Kelly, esposa de seu primo Mohamed, e que é citada em uma interceptação telefônica na qual ambas comentam sobre o dinheiro a ser transportado de Fortaleza para São Paulo, mas que não tinha conhecimento que Kátia iria transportar dinheiro em viagem para São Paulo; Que se encontra separado de Kátia desde agosto de 2004; Que veio da Alemanha, onde morava há quatorze anos, com asilo político, para o Brasil, aqui abrindo um supermercado em Guarulhos, na grande São Paulo; Que foi preso na Alemanha pelo mesmo crime de tráfico, mas foi absolvido. (Depoimento judicial de WAHID MAZIAD BOU KARROUM – mídia digital de fl. 208) (grifei)**

QUE há vinte e um anos reside em São Paulo e que há quatro anos está desempregada; **QUE vive maritalmente há três anos com WAHID MAZIAD BOU-KARROUM, de alcunha “MÁRIO”, de origem do Líbano; QUE desde o dia 10 de dezembro do ano pretérito que seu esposo encontra-se de férias nesta capital e a flagranteadada encontra-se nesta cidade desde o dia 15 de dezembro de 2004,** hospedada no apartamento alugado na Avenida Historiador Raimundo Girão, 600, apto. 1901, e o seu marido encontra-se hospedado em um hotel em Fortaleza, cujo nome não sabe informar; **QUE há quinze dias recebeu a quantia de OITENTA E DOIS MIL EUROS, enviada pelo seu sogro de nome MAZIAD BOU-KARROUM, que reside em Beirute, no Líbano,** não sabendo informar seu endereço residencial; **QUE foi a pessoa de ALEX quem entregou a quantia supracitada à interrogada; QUE não conhece ALEX nem sabe onde o mesmo reside;** QUE ficou utilizando os EUROS recebidos de seu sogro para suas despesas; **QUE comunicou a “MÁRIO” que havia recebido OITENTA E DOIS MIL EUROS, de seu sogro; QUE o seu marido informou que todo o dinheiro enviado por seu pai, é de sua propriedade quando trabalhava com compra e venda de carros;** QUE há aproximadamente quatro anos que “MÁRIO” reside em São Paulo e possui um supermercado de nome de fantasia “SILVESTRE”, em sociedade com um árabe de nome KALED, situado em Guarulhos, no bairro Cumbica; QUE é praxe o seu sogro enviar EUROS para a interrogada através do “Wester Union” até no valor de DEZ MIL REAIS; QUE não sabe informar se essa quantia enviada pelo seu sogro, entregue através de ALEX foi declarada de forma legal; QUE fora os OITENTA E DOIS MIL EUROS recebidos, a conduzida já recebeu de seu sogro uma quantia de OITENTA MIL REAIS no decorrer do ano de 2004; QUE não sabe informar que tipo de atividade seu sogro exerce no Líbano; QUE não declara imposto de renda e vive financeiramente a custa de seu marido e do dinheiro enviado por seu sogro; QUE seu marido possui uma BMW, modelo X-5; QUE a interrogada não possui bens imóveis; QUE transportava dentro de sua bagagem a quantia de CINQUENTA E NOVE MIL EUROS, remanescente da quantia de OITENTA E DOIS MIL EUROS, que havia recebido de seu sogro; QUE além dos EUROS que trans-

portava em sua mala, também possui em sua carteira papel moeda oriundos da Síria, no valor de UM MIL E SEISCENTOS, e Turquia, no valor de “bes milyon”. (Depoimento de KÁTIA PABLO GARCIAABDO perante a autoridade policial – fl. 04, Vol. 01 dos apenso) (grifei)

A primeira incongruência entre as versões se percebe facilmente, pois, enquanto o réu afirmou que estava separado de Kátia Pablo, esta, por sua vez, disse que convivia maritalmente com ele.

Outra divergência verificada entre os depoimentos transcritos consiste na origem do dinheiro, pois o apelante afirmou que a quantia teria sido enviada para Kátia pelo seu pai, residente no Líbano, ao passo que ela disse que o montante seria oriundo da compra e venda de carros, denotando que ele, o recorrente, teria conhecimento desses valores.

Vale registrar, a propósito, que a testemunha de acusação Juliana Aparecida Lima, que trabalhou como babá do filho do réu à época do evento criminoso, em seu depoimento, afirmou que o casal mantinha relação conjugal.

A despeito das contradições existentes entre as versões apresentadas pelo apelante e por sua ex-esposa, não houve qualquer comprovação acerca da origem lícita do dinheiro apreendido quando da prisão em flagrante desta última.

Importa destacar, ademais, que os diálogos captados através de interceptação telefônica autorizada judicialmente entre Kátia e outras duas pessoas (KELY e HAMUDE) levam a crer que o capital encontrado em poder da antiga companheira do apelante, no Aeroporto Pinto Martins, em Fortaleza/CE, era de propriedade dele:

3.5 PRISÃO DE KÁTIA PABLO GARCIAABDO.

* Diálogo ocorrido no dia 06/01/05 às 18:27:29h, entre KÁTIA e KELLY:

KÁTIA - Conversa com NEIDE e pede para chamar KELLY.
KÁTIA - Fala com KELLY que MÁRIO deixou o dinheiro e que quer perguntar ao HAMUDE a melhor maneira de levar (o dinheiro para São Paulo).

KELLY - Lembra seu caso (de KELLY) quando trouxe dinheiro da Alemanha.

KÁTIA - Pergunta se HAMUDE está.

KELLY - Responde que não.

KÁTIA - Diz que **MÁRIO deixou o dinheiro para ela levar sozinha**, e que não conseguiu achar, no shopping, aquela pochetezinha. Diz que agora não sabe como que vai fazer. E pergunta se levar na mala, eles tem aquele detector.

KELLY - Diz que quando o HAMUDE chegar vai pedir para ele ligar para KÁTIA. Diz que ele não vai demorar muito, pois ele foi no Ibirapuera correr e já volta.

KÁTIA - Diz para KELLY perguntar para HAMUDE se tudo bem. E indaga que as pessoas que vem de lá de foram para cá trazem na mala.

KELLY - Diz que acha que sim, mas quando ela foi trazer da Alemanha para cá, HAMUDE não deixou (trazer o dinheiro na mala)

KÁTIA - Diz que sim, mas diz que: “ai é exterior”.

KELLY - Diz que acha que aqui não tem nada a ver. Porém, é uma boa pergunta, e que vai perguntar para HAMUDE.

KÁTIA - Pede para KELLY perguntar para HAMUDE e depois lhe ligar, mas que é para ligar só se ele chegar daqui à uma hora, pois se não, nem precisa mais ligar, pois daqui à uma hora ela (KÁTIA) estará saindo.

KELLY - Diz que vai ligar no celular de HAMUDE.

KÁTIA - Diz que se pegarem o dinheiro, (...), pois ela irá fazer o possível, e que ninguém mandou o MÁRIO deixar com ela o dinheiro.

(...) (fls. 45/48, Vol. VI em apenso) (grifei)

* Diálogo ocorrido no dia 06/01/05 às 18:39:18h, entre HAMUDE e KÁTIA:

HAMUDE - Pergunta se KÁTIA conseguiu falar com MÁRIO.

KÁTIA - Responde que não conseguiu falar.

HAMUDE - Diz que falou agora com ele (MÁRIO). E diz que não tem problema, pois a carteira de KÁTIA é uma bolsa pequena.

KÁTIA - Diz que vai colocar um pouco na mala e um pouco na bolsa. E pergunta se tudo bem (se HAMUDE concorda)

HAMUDE - Pergunta se KÁTIA virá de calça.

KÁTIA - Diz que tem calça, mas que é muito dinheiro. Diz para HAMUDE, que não cabe na calça. E diz que vai colocar um pouco na calça, um pouco na bolsa e um pouco mala.

HAMUDE - Diz para colocar dentro de roupa, dentro da

calça e um pouco na bolsa pequena.

KÁTIA - Diz que vai colocar um pouco na bolsa pequenina, um pouco no seu corpo e um pouco na calça e na mala. (...)(fl. 47, Vol. VI em apenso)

Ora, a preocupação de Kátia Pablo em ocultar o dinheiro que pretendia levar para SP é evidente, demonstrando a sua aflição, inclusive, que ela tinha conhecimento da fonte ilegal da quantia, pois, do contrário, sequer haveria essa preocupação em escondê-la das autoridades competentes, sendo patente, da mesma forma, que o valor por ela transportado pertencia ao réu, tanto que ela afirmou, no primeiro diálogo transcrito, que o apelante havia deixado a cifra para ela levar sozinha.

A corroborar o entendimento aqui exposto, convém reproduzir o depoimento do policial federal Rawistcher Luna Silva, que participou da equipe que monitorou as ligações telefônicas entre os membros da organização criminosa (mídia digital de fl. 144):

Que participou, na cidade de São Paulo, de uma operação policial sobre tráfico internacional de drogas, onde uma organização criminosa, em sua maioria libaneses ou descendentes libaneses, que importavam droga do Paraguai e da Bolívia para o Brasil e daqui enviavam para a Europa; Que, no caso específico da remessa de dinheiro, Kátia era esposa de Wahid, conhecido como Mário (apelido português), sendo ele investigado; **Que fazia parte do grupo que acompanhava a interceptação telefônica judicialmente autorizada; Que, durante a investigação, chegou a informação, via interceptação telefônica, que esse dinheiro chegou em Fortaleza, tendo Kátia recebido orientação para transportá-lo até São Paulo, onde efetivamente o casal residia;** Que as informações foram repassadas pela equipe de investigação aos policiais federais do Aeroporto de Fortaleza; **Que o dinheiro apreendido era de propriedade de Mário e Kátia estava transportando a quantia para ele (Mário); Que o dinheiro era proveniente da Europa, fruto de uma remessa de droga que a organização tinha enviado àquele continente, sendo parte do pagamento dessa droga enviada;** Que não recorda especificamente por que o dinheiro chegou em Fortaleza, recordando que o casal estava de férias em Fortaleza. (Grifei)

Inquestionável, portanto, a partir da análise das provas carreadas ao feito, que o comportamento do recorrente se amoldou ao delito previsto no art. 1º, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.613/98.

No tocante à dosimetria da pena, observo que, de maneira equivocada, o magistrado valorou negativamente os antecedentes criminais do réu e a sua personalidade, ancorando-se, para tanto, na sua condenação pelo delito de tráfico internacional de entorpecentes nos autos do processo nº 0006922-46.2005.4.03.6181, com trâmite na 9ª Vara Federal de São Paulo, e por ter sido condenado, pelo mesmo crime, na Alemanha.

Ocorre, no entanto, que o feito criminal em tela ainda não transitou em julgado, sendo certo que inexistem nos autos qualquer comprovação de que tenha havido condenação do réu pelo delito de tráfico internacional de drogas na Alemanha.

Assim, o entendimento adotado pelo magistrado não se coaduna com a posição dominante dos Tribunais Superiores, firmada no sentido de que inquéritos policiais, ações penais em curso ou condenações não transitadas em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade voltada ao crime, sob pena de lesão ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

A esse respeito, transcrevo o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DOSIMETRIA PENAL. RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE A EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS POLICIAIS EM CURSO, DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO E DE ABSOLVIÇÕES LEGÍTIMAS A FORMULAÇÃO, CONTRA O SENTENCIADO, DE JUÍZO NEGATIVO DE MAUS ANTECEDENTES. CONSEQUENTE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. INADMISSIBILIDADE. OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). CONSEQUENTE REDUÇÃO DA PENA AO SEU MÍNIMO LEGAL. RESTABELECIMENTO, QUANTO A ESSE FUNDAMENTO, DA CORRETÍSSIMA SENTENÇA PROFERIDA PELA MAGISTRADA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. PEDIDO DEFERIDO.

- A mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não) ou a persecuções criminais ainda em curso não basta, só por si – ante a inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado –, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes. Somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se a presunção *juris tantum* de inocência do réu, que passa, então, a ostentar o *status* jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes. Precedentes. Doutrina.

- A presunção constitucional de inocência no vigente ordenamento positivo brasileiro. A evolução histórica desse direito fundamental titularizado por qualquer pessoa, independentemente da natureza do crime pelo qual venha a ser condenada. O *status quaestionis* no direito internacional: proteção no âmbito regional e no plano global. Presunção de inocência: direito fundamental do indivíduo e limitação ao poder do Estado (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, v.g.). Doutrina. Precedentes (STF). (STF, 2ª T., HC 97665/RS, Relator(a): Min. Celso de Mello, DJe 22-06-2011)

Nesse sentido, é a Súmula nº 444 do STJ, segundo a qual “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Assim, observando as regras dispostas no art. 59 do Código Penal, a pena-base deve ser reduzida para 5 anos de reclusão, não podendo ser fixada no mínimo legal em razão da valoração negativa dos demais critérios elencados no referido dispositivo legal, nos termos já referidos na sentença, cujos fundamentos ratifico como razão de decidir.

Por outro lado, entendo que a causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 1º da Lei nº 9.613/98 há de ser mantida *in casu*, pois, consoante destacou o Ministério Público em suas contrarrazões recursais, à fl. 384, “(...) o esquema da lavagem contava não só com **Kátia Pablo**, mas também com outros integrantes (Hamude, Kely), sob comando e orientação do apelante. Não há dúvida de que o crime antecedente foi cometido por organização criminosa, sendo que o apelante e sua esposa praticaram a lavagem

na qualidade de integrantes desse grupo e com o apoio de outros membros, o que fica claro quando se analisa o conjunto das intercepções”. (Grifo no original)

Aplicada a referida causa de aumento, à base de 1/3, à pena-base, chega-se à pena definitiva de 6 anos e 8 meses de reclusão.

Por fim, após a reavaliação das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a pena de multa também deve ser diminuída, para que não haja discrepância entre a fixação das referidas sanções.

Em consequência, observada a condição econômica do acusado (proprietário de supermercado em SP), a pena de multa deve ser reduzida para 150 (cento e cinquenta) dias-multa, correspondendo cada dia-multa a um salário mínimo vigente à época dos fatos, devendo ser atualizada monetariamente quando da execução do julgado (art. 49, § 2º).

À vista do exposto, dou parcial provimento à apelação para reduzir a pena do réu para 6 anos e 8 meses de reclusão, bem como para diminuir a pena de multa para 150 (cento e cinquenta) dias-multa, correspondendo cada dia-multa a um salário mínimo vigente à época dos fatos.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 11.009-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO)
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: JOSÉ GUILHERME QUEIROZ FILHO
Advs./Procs.: DRS.ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTROS (APDO.)

EMENTA: PENAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. CRIME CUJO TIPO TEM NATUREZA ALTERNATIVA. TRABALHO EM MODO DEGRADANTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO QUANTO AO DOLO DE RECRUTAMENTO DE MENORES. CONDENAÇÃO PELO CRIME DO ART. 149 DO CP, CAPUT.

- A jurisprudência já resolveu abstratamente – e este TRF5 também já definiu concretamente, no HC 4174-PE, alusivo ao caso examinado – ser da competência da Justiça Federal o processo concernente ao crime de submissão à condição análoga à de escravo (art. 149 do CP), dada a sua natureza (ilícito contra a organização do trabalho); para além da dignidade das pessoas vitimadas, toda a coletividade padece com práticas subsumíveis à incriminante referida (e justamente na exasperação do objeto tutelado viceja a razão para atração da norma de competência estabelecida no art. 109, VI, da CF/88).

- O tipo que define o crime do art. 149 do CP tem natureza alternativa desde a reforma realizada pela Lei 11.803/2003, isto significando dizer que o seu cometimento pode se dar por mais de uma maneira, e não apenas através da limitação à liberdade de locomoção do trabalhador (STF, INQ 3412-AL). Ou seja: o crime ganhou fragmentariedade, de modo que sua realização dar-se-á quando pelo menos um dos aspectos da dignidade do trabalhador, dos três protegidos normativamente, tiver sido lesionado pela ação de seu empregador.

- A imputação ora examinada não trata de jornada laboral “exaustiva”, nem de limitação à “liberdade dos empregados”, mas exclusivamente de “condições laborais degradantes” – e nesta exata condição deve ser examinada.

- A definição do que vem a ser “condição degradante”, elemento fundamental para a incidência da norma examinada, reclama um preenchimento de sentido que só o intérprete pode dar. Não se trata de norma penal em branco, aquela cuja completude depende uma outra, mas de interpretar o comando legal à luz de valores ético-jurídicos que sejam capazes de lhe ditar uma operosidade segura (para os jurisdicionados) e

socialmente compatível (em atenção aos melhores anseios da comunidade).

- A orientação nº 4 da CONAET (Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE) assinala que “condições degradantes de trabalho são as que configuram desprezo à dignidade da pessoa humana, pelo descumprimento dos direitos fundamentais do trabalhador, em especial os referentes à higiene, saúde, segurança, moradia, repouso, alimentação ou outros relacionados a direitos da personalidade, decorrentes de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a vontade do trabalhador”; trata-se de enunciação que orienta o exercício da atividade fiscalizatória na UNIÃO, encontrando o seu fundamento de validade no primado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e no mínimo existencial dela decorrente, sendo certo, ademais, que não se debate no feito nada que pudesse infirmá-la como vetor hermenêutico adequado. Demais disso, está em perfeita harmonia com a norma insculpida no CP, art. 149, caput.

- A materialidade do crime está objetivada desde os 21 autos de infração lavrados, no período compreendido entre 03/02/2009 e 13/02/2009, pela Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), através do Grupo de Fiscalização Móvel (GEFM), na frente de trabalho rural do Engenho “Ribeiro Grande”, pertencente à USINA Cruangi S/A. A prova feita em juízo, outrossim, confirmou a existência de um grupo de trabalhadores que, contratados à margem da regularidade vigente na empresa para os empregados “do quadro”, acabaram submetidos a condições degradantes:

(i) a atuação foi desenvolvida na colheita da cana-

-de-açúcar, sabidamente castigante pela exposição ao sol;

(ii) todos os “contratos” foram celebrados através de intermediários (“gatos”), em manifesta fraude à legislação trabalhista, que prevê a realização de “contratos de safra” para atender às necessidades temporárias do empregador (art. 443, § 2º, letra a, da CLT), jamais permitindo a terceirização em hipótese como a examinada. Bem por isso, aliás, as CTPS sequer foram assinadas;

(iii) não havia exame para admissão e demissão;

(iv) muitos não utilizavam qualquer EPI (como botas e toucas árabes), prometidos mas não disponibilizados;

(v) a remuneração dava-se por produção, o que gerava, de um lado, a percepção de valores inferiores ao salário mínimo mensal e o não pagamento de repouso semanal remunerado; de outro, a necessidade de um sempre intenso ritmo de serviço, sob pena de serem ainda mais ínfimos os ganhos dos trabalhadores;

(vi) a jornada de trabalho estava compreendida no intervalo do final da madrugada até o fim da tarde, superior às 8 horas diárias previstas em lei, quando computados os trechos in itinere;

(vii) não havia suficiente oferta de água no local do mourejo, bem que os trabalhadores levavam de casa, muitos em garrafas PET; no mais, falava-se que um caminhão pipa passava no lugar, mas às 9:00h da manhã, quando o trabalho não se realizava no pior momento do dia e os trabalhadores, por certo, ainda dispunham da água que levavam consigo; depois poderiam, é verdade, beber da água disponibilizada aos empregados “regulares”, mas esta era servida distante do local onde o trabalho dos empregados “precários” era desenvolvido;

(viii) não havia condição de adequada armaze-

nagem da comida, aliás também levada de casa, durante a jornada; as refeições eram realizadas, por outro lado, sem proteção à irradiação solar, com os trabalhadores sentados no chão quente; (ix) não havia banheiro à disposição, nem nos ônibus de transporte, nem na frente de trabalho; os banheiros somente eram disponibilizados aos funcionários “regulares”, em distância não acessível aos “clandestinos” na velocidade desejada, razão por que as necessidades fisiológicas destes eram feitas muitas vezes a céu aberto, sem mínima condição de higiene, inclusive pela já noticiada escassez de água; e

(x) não havia material de atendimento médico, nem transporte em caso de acidente, todos deixados aos cuidados dos empregados “regulares”.

- A autoria é claríssima: o réu apelado era diretor-executivo da empresa, que administrava, titular, pois, do jus variandi inerente à condição de empregador – é impossível que uma contratação tão relevante (de mais de 250 funcionários), feita para atender às necessidades do fim de uma safra (urgentes), não lhe tivesse sido solicitada. Não faz qualquer sentido lógico, por outro lado, que o empresário personificador do alter ego do empreendimento tenha, anuindo à contratação, delegado a estanhos o modus operandi de realizá-la, a bem de que o assunto lhe escapasse da responsabilidade. Não é assim que acontece, sobretudo porque, ao fazê-lo, assumiu os riscos de o trabalho ser desempenhado em condições precárias e degradantes, as quais, de resto, eram perceptíveis a olho desarmado, bastando compará-las àquelas já dispensadas aos empregados “regulares” da mesma empresa;

- Se o empresário assumiu o risco de o trabalho ser desempenhado de maneira degradante –

porque, de fato, transferiu a contratação e a gestão de mais de 250 pessoas para agentes não dotados da expertise e das condições materiais que a usina tinha à mão –, nada nos autos garante que haja determinado ou mesmo assumido o risco de menores serem admitidos no serviço, o que pode ter sido feito, em tese, por conta e risco dos intermediários, sequer denunciados pelo MPF. A responsabilidade vigente em seara trabalhista não pode, sem grave violação à presunção de inocência, ser estendida ao direito penal. É relevante, outrossim, verificar que o ajustamento de conduta celebrado com o MTE implicou assunção de compromisso com os menores (o custeio inclusive do curso superior que venham a fazer), a denotar um zelo para com os tais diverso daquele que uma condenação pressuporia.

- A pena deve ser dosada, de um lado, levando em conta que as circunstâncias judiciais – pese embora o cenário já dramático da própria incriminação – são todas favoráveis ao réu (inclusive o curto tempo da contratação), sendo certo que o ajustamento de conduta com o MTE acabou significando o adimplemento dos direitos trabalhistas. Tudo isso impõe a fixação da pena-base no patamar mínimo (2 anos de reclusão); nada há a alterá-la em segunda fase; em terceira, existe a exasperação pelo concurso formal (com uma só ação foram cometidos crimes, do ponto de vista imediato, contra 252 trabalhadores), a implicar aumento na fração máxima permitida por lei (1/2, nos termos do art. 71 do CP); tudo isso redundando pena de 3 anos de reclusão, substituída por restritiva de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução;

- Apelação provida.

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, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 22 de julho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Convocado):

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença que, julgando improcedente a denúncia, absolveu o réu José Guilherme Queiroz Filho da prática do delito previsto no art. 149, *caput*, inciso I e § 2º do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Em suas razões, o Órgão Ministerial pugna pela reforma da sentença com total procedência da denúncia, sob o argumento de que estariam fartamente comprovados nos autos a autoria, bem como as condições degradantes de trabalho nas propriedades do réu, não se tratando, o quanto apurado em juízo, de meras irregularidades administrativas. Contrarrazões apresentadas (fls. 1558/1648). Nesta instância, remetidos os autos à douta Procuradoria Regional da República, opinou o ilustre representante do *Parquet* pelo provimento do apelo.

Houve revisão.

É o que importa relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Relator Convocado):

O caso, apesar de toda a estigma que carrega a imputação, não é dos mais difíceis; talvez sua maior complexidade resida na

compreensão normativa da disputa, ainda muito presa à noção de a ilicitude reclamar privação de liberdade.

COMPETÊNCIA

Antes de qualquer outro apontamento, vale dizer que a jurisprudência já resolveu abstratamente – e este TRF5 também já definiu concretamente, no HC 4.174-PE, alusivo ao caso examinado – ser da competência da Justiça Federal o processo concernente ao crime de submissão à condição análoga à de escravo (art. 149 do CP), dada a sua natureza (ilícito contra a organização do trabalho):

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART 149 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. TRABALHO ESCRAVO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME CONTRA A COLETIVIDADE DOS TRABALHADORES. ART 109, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

- A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano.

- A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho.

- Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho.

- Nesses casos, a prática do crime prevista no art. 149 do Código Penal (redução à condição análoga à de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça Federal (art. 109, VI, da Constituição) para processá-lo e julgá-lo.

- Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF Pleno. RE 398.041. Rel Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 30/11/2006. DJe de 18/12/2008).

De fato, para além da dignidade das pessoas vitimadas imediatamente, toda a coletividade padece com práticas subsumíveis à incriminante referida (e justamente na exasperação do objeto tutelado viceja a razão para atração da norma de competência estabelecida no art. 109, VI, da CF/88).

O TIPO PENAL

Eis o crime objeto da persecução (art. 149 do CP, § 2º, I):

Art. 149 - Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

Como se vê, o tipo que define o crime do art. 149 do CP tem natureza alternativa (desde o vigor da Lei 11.803/2003), isto significando dizer que o seu cometimento pode se dar por mais de uma maneira, e não apenas através da limitação à liberdade de locomoção do trabalhador (STF, INQ 3.412-AL). Ou seja: o crime ganhou fragmentariedade, de modo que sua realização dar-se-á quando pelo menos um dos aspectos da dignidade do trabalhador, dos três protegidos normativamente, tiver sido lesionado pela ação de seu empregador.

A imputação ora examinada não trata de jornada laboral “exaustiva”, nem de limitação à “liberdade dos empregados”, mas exclusivamente de “condições laborais degradantes” – e nesta exata condição deve ser examinada.

Resta saber, então, o que vem a ser condição degradante? A definição do elemento normativo fundamental para a incidência da norma examinada reclama, como se vê a partir de sua própria indeterminação, um preenchimento de sentido que só o intérprete pode dar.

Não se trata de norma penal em branco, aquela cuja completude depende de uma outra, mas de interpretar o comando legal à luz de valores ético-jurídicos que sejam capazes de lhe ditar uma operosidade segura (para os jurisdicionados) e socialmente compatível (em atenção aos melhores anseios da comunidade).

Neste sentido, reconhece-se a força da orientação nº 4 da Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo do Ministério do Trabalho e Emprego - CONAET, ao assinalar que *“condições degradantes de trabalho são as que configuram desprezo à dignidade da pessoa humana, pelo descumprimento dos direitos fundamentais do trabalhador, em especial os referentes à higiene, saúde, segurança, moradia, repouso, alimentação ou outros relacionados a direitos da personalidade, decorrentes de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a vontade do trabalhador”*.

Trata-se, como visto, de enunciação que orienta o exercício da atividade fiscalizatória na UNIÃO, encontrando o seu fundamento de validade no primado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e no mínimo existencial dela decorrente, sendo certo, ademais, que não se debate no feito nada que pudesse infirmá-la como vetor hermenêutico adequado. Demais disso, está em perfeita harmonia com a norma insculpida no CP, art. 149, *caput*.

Degradante é, então, o trabalho praticado em regime de desprezo à dignidade da pessoa humana, pelo descumprimento dos direitos fundamentais do trabalhador, em especial os referentes à higiene, saúde, segurança, moradia, repouso e alimentação. Nisso consiste o exame que o Poder Judiciário é chamado a fazer – e tudo isso houve.

MATERIALIDADE

A materialidade do crime está objetivada desde os 21 autos de infração lavrados, no período compreendido entre 03/02/2009 e 13/02/2009, pela Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), através do Grupo de Fiscalização Móvel (GEFM), na frente de trabalho rural do Engenho “Ribeiro Grande”, pertencente à USINA Cruangi S/A.

A prova feita em juízo, outrossim, confirmou a existência de um grupo de trabalhadores que, contratados à margem da regulamentação vigente na empresa para os empregados “do quadro”, acabaram submetidos a condições degradantes.

Farei, invocando os termos da sentença, a análise dos principais aspectos do tratamento dispensado aos trabalhadores, ainda que venha a dela dissentir nas conclusões a que chegou:

(i) a atuação dos trabalhadores foi desenvolvida na colheita da cana-de-açúcar, sabidamente castigante pela exposição ao sol;

(ii) os “contratos” foram celebrados através de intermediários (“gatos”), em manifesta fraude à legislação trabalhista, que prevê a realização de “contratos de safra” para atender às necessidades temporárias do empregador (art. 443, § 2º, letra a, da CLT), jamais permitindo a terceirização em hipótese como a examinada. Bem por isso, aliás, as CTPS sequer foram assinadas. Tome-se o quanto destacado na sentença sobre o assunto (fls. 1474 e 1475):

O fato é que é comum encontrar trabalhadores rurais que consideram o trabalho por curto prazo um motivo desabonador de sua conduta, popularmente chamado de ‘sujar a carteira’. É que a prestação de serviço segmentada anotada na CTPS poderia ser vista por outros empregadores como um descaso do trabalhador, ou até mesmo que o sujeito não é competente para permanecer durante longos períodos no emprego.

De acordo com depoimento do arrematador Rudmar, em audiência de instrução, *“Ninguém queria fichar a carteira porque era por quinze dias. Aí diziam logo que era pra sujar a carteira. Não, eu não vou sujar a carteira, não vou fichar a carteira com três semanas”*.

O argumento não procede. Como visto, havia alternativas legais para a contratação por tempo determinado, superando os receios formais dos trabalhadores (se é que existem realmente), de modo que a precarização do trabalho não foi feita senão para atender aos propósitos do empregador.

(iii) não havia exame para admissão e demissão (fato incontroverso);

(iv) não se usava qualquer EPI, como botas e toucas árabes, todos prometidos, mas jamais disponibilizados. Vale transcrever a sentença no ponto, mesmo que seja para dela dissentir na valoração efetuada (fl. 1479):

Em relação ao uso de equipamentos de proteção (EPI's), os empreiteiros deixaram de fornecê-los. Mas segundo relatado pelas testemunhas, a maioria dos trabalhadores já os possuía em razão do labor realizado em outros Engenhos. Por sua vez, a empresa Cruangi também autorizou que fossem disponibilizados EPI's para os trabalhadores informais, caso algum deles não os detivesse. Neste sentido foram as declarações das testemunhas:

Antônio Caetano (arregimentador): “Na equipe que a gente estava, em média 80 por cento desse pessoa já estava com EPI's. (...) “A Usina se prontificou, se a gente precisasse de EPI era só solicitar que a Usina mandava”.

José Anderson da Silva (trabalhador rural): “A Usina forneceu os materiais só que o homem que era responsável pela gente não foi pegar não. (...) A gente tinha o EPI mas era nosso, com os próprios recursos. (...) A gente tinha tudo porque já era acostumado em trabalhar em outros lugares”.

(v) a remuneração dava-se por produção, o que gerava, de um lado, a percepção de valores inferiores ao salário mínimo mensal e o não pagamento de repouso semanal remunerado; de outro, a necessidade de um sempre intenso ritmo de serviço, sob pena de serem ainda mais ínfimos os ganhos dos trabalhadores; eis a sentença na parte que interessa (fl. 1472):

Assim, os trabalhadores rurais recebiam pagamento por produção. Ocorre que, sendo a atividade remunerada por produção, o valor a ser percebido pelo corte da cana só era conhecido pelos trabalhadores depois da finalização do trabalho.

Daí porque neste sistema os excessos de jornada são especialmente significativos. É que no intuito de melhorar a remuneração, os trabalhadores laboram ininterruptamente e de forma esgotante. Ademais, o paga-

mento não contempla os dias parados por motivos para os quais o trabalhador não concorreu, bem assim o descanso semanal remunerado.

Sucedee, ademais – isso é fato incontroverso –, que os intermediários (“gatos”) recebiam R\$ 8,20 por tonelada de cana cortada, sendo que somente repassavam R\$ 5,00 aos trabalhadores, o que conduzia à irrisoriedade da remuneração por estes auferidas. Daí a conclusão da sentença (fl. 1474):

Portanto, o pagamento exclusivamente de R\$ 5,00 ao trabalhador rural pela tonelada da cana-de-açúcar cortada, sem que haja a garantia de percepção de um salário-mínimo mensal, afronta diretamente não só o ordenamento jurídico interno, mas também a ordem internacional.

(vi) a jornada de trabalho estava compreendida no intervalo do final da madrugada até o fim da tarde, superior às 8 horas diárias previstas em lei, quando computados os trechos *in itinere* (fato incontroverso);

(vii) não havia suficiente oferta de água no local do mourejo; vide sentença (fl. 1478):

No que se refere ao fornecimento de água, os trabalhadores que já haviam laborado em outros Engenhos no início do período de safra possuíam garrafas térmicas com capacidade de 5 litros, e levavam de suas casas estas garrafas abastecidas de água. Aqueles desprovidos de garrafas térmicas utilizavam garrafas plásticas PET.

Caso a água acabasse durante o período em que estavam cortando a cana-de-açúcar, havia a possibilidade de os trabalhadores comparecerem ao local em que laboravam os empregados regulares da Usina Cruangi, cuja distância era de aproximadamente 400 metros, para reabastecerem suas garrafas. Havia ainda um carro pipa com água potável da própria empresa que circulava pelo local às 9 horas da manhã.

Trata-se de situação absurda. Os trabalhadores levavam água de casa, muitos em garrafas PET. Fala-se que um caminhão pipa passava no lugar, mas às 9:00h

da manhã, quando o trabalho não se realizava no pior momento do dia e os trabalhadores, por certo, ainda dispunham da água que levavam consigo. Depois poderiam, é verdade, beber da água disponibilizada aos empregados “regulares”, mas esta era servida distante do local onde o trabalho dos empregados “precários” era desenvolvido.

(viii) não havia condição de adequada armazenagem da comida, aliás também levada de casa, durante a jornada; as refeições eram realizadas, por outro lado, sem proteção à irradiação solar, com os trabalhadores sentados no chão quente; vide sentença, fl. 1480:

Cada trabalhador era responsável por levar seu próprio alimento. Existia uma tenda com algumas mesas e cadeiras para realizar as refeições, também pertencente aos trabalhadores empregados da Usina que, entretanto, poderia ser utilizada pelos trabalhadores informais. Nada obstante, mesmo com acesso ao local apropriado para efetuar suas refeições, restou comprovado nos autos que alguns preferiam almoçar embaixo de uma árvore.

(ix) não havia banheiro à disposição, nem nos ônibus de transporte, nem na frente de trabalho; os banheiros somente eram disponibilizados aos funcionários “regulares”, em distância não acessível aos “clandestinos” na velocidade desejada, razão por que as necessidades fisiológicas destes eram feitas muitas vezes a céu aberto, sem mínima condição de higiene, inclusive pela já noticiada escassez de água; transcrevo da sentença (fl. 1479):

Quanto à instalação de banheiros, apesar de inexistirem nos ônibus que transportavam os trabalhadores informais, havia a possibilidade de utilização dos banheiros móveis, na forma de tendas ou barracas, existentes nas frentes de trabalho dos empregados da Usina. Eis os relatos das testemunhas acerca das instalações sanitárias:

Rudmar (arregimentador): “Tinha as barracas do pessoal que a Usina estava cortando (...). Tinham várias barracas do pessoal da Usina, mas muitos não procuraram essas barracas. Tinha próximo, a Usina botou barracas”. “Quem quisesse ir ia”.

Antônio Caetano (arregimentador): “No meu ônibus não tinha, agora na frente tinha o que era os três banheiros da Usina”.

José Anderson da Silva (trabalhador rural): “tinha um banheiro lá que a turma fichada armava lá”(...) “é difícil alguma pessoa usar, porque a pessoa já é acostumada”.

(x) não havia material de atendimento médico, nem transporte em caso de acidente, todos deixados aos cuidados dos empregados “regulares” (fl. 1480):

Rudmar (arregimentador): “se caso acontecesse um caso desse a Usina tinha lá carro lá pra fazer qualquer tipo de socorro”.

Antônio Caetano (arregimentador): “O material de primeiros socorros não tinha no ônibus, mas na frente de trabalho sim”.

Não é possível, por tudo isso, dizer que o crime não foi cometido. Sim, crime houve. E decorreu desses múltiplos fatores, todos juntos, transformando o período de trabalho na empresa gerida pelo réu numa verdadeira indignidade.

AUTORIA

A autoria é claríssima: o réu apelado era diretor-executivo da USINA Cruangi S/A, que administrava, titular, pois, do *jus variandi* inerente à condição de empregador. É impossível que uma contratação tão relevante (de mais de 252 funcionários), feita para atender às necessidades do fim de uma safra (urgentes, portanto), não lhe tenha sido solicitada.

Não faz qualquer sentido lógico, por outro lado, que o empresário personificador do *alter ego* do empreendimento tenha, anuindo à contratação, delegado a estanhos o *modus operandi* de realizá-la, a bem de que o assunto lhe escapasse da responsabilidade.

Não é assim que acontece, sobretudo porque, ao fazê-lo, assumiu os riscos de o trabalho ser desempenhado em condições precárias e degradantes, as quais, de resto, eram perceptíveis a olho desarmado, bastando compará-las àquelas já dispensadas aos empregados “regulares” da mesma empresa.

A dúvida que se quer fazer lançar no julgador, com um interminável debate sobre o alcance das competências internas – um diretor pode isso, outro pode aquilo –, não é capaz de abalar as minhas próprias convicções.

MENORES

Se o empresário assumiu o risco de o trabalho ser desempenhado de maneira degradante – porque, de fato, transferiu a contratação e a gestão de 252 pessoas para agentes não dotados da expertise e das condições materiais que a usina tinha à mão –, nada nos autos garante que haja determinado ou mesmo assumido o risco de menores serem admitidos no serviço, o que pode ter sido feito, em tese, por conta e risco dos intermediários, sequer denunciados pelo MPF.

Neste sentido, se uma simples mirada no campo já permitiria ver o trabalho prestado em condições de atentado à dignidade dos trabalhadores, o mesmo não se pode dizer quanto à presença de menores (eram 27, num total de 252).

A responsabilidade vigente em seara trabalhista não pode, sem grave violação à presunção de inocência, ser estendida ao direito penal. É relevante, outrossim, verificar que o ajustamento de conduta celebrado com o MTE implicou assunção de compromisso com os menores (o custeio inclusive do curso superior que venham a fazer), a denotar um zelo para com os tais diverso daquele que uma condenação pressuporia.

DOSIMETRIA

Certa, pois, a necessidade de condenação, passa-se à dosimetria. A pena deve ser dosada levando-se em conta, de um lado, que as circunstâncias judiciais – pese embora o cenário já dramático da própria incriminação – são todas favoráveis ao réu (inclusive o curto tempo da contratação), o que se diz à luz do art. 59 do Código Penal, sendo certo que o ajustamento de conduta com o MTE acabou significando o adimplemento dos direitos trabalhistas, como a sentença o reconheceu às fls. 1475 e 1476. Tudo isso impõe a fixação da pena-base no patamar mínimo (2 anos de reclusão).

Nada há a alterá-la em segunda-fase, inclusive porque as circunstâncias agravantes possíveis (crime “cometido com abuso de autoridade” ou com “abuso de poder”, nos termos do art. 61, *f* ou *g*, do CP, fosse como fosse) já compõe a própria tessitura da incriminação examinada, pelo que não pode ser considerada novamente (*non bis in idem*).

Em terceira-fase, existe a exasperação pelo concurso formal (com uma só ação foram cometidos crime idênticos contra 252 trabalhadores), a implicar aumento na fração máxima permitida por lei (1/2, nos termos do art. 71 do CP).

Tudo isso redundaria pena de 3 anos de reclusão, substituída por restritiva de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução.

Em resumo, condeno o réu José Guilherme Queiroz Filho pelo cometimento do crime capitulado no CP, art. 149, *caput*, à pena de 3 anos de reclusão, a qual substituo por restritivas de direito (duas), a serem fixadas pelo juízo da execução.

Nestes termos, dou provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 11.069-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: MANOEL BATISTA DE LIMA NETO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. JOÃO PAULO RODRIGUES DO NASCIMENTO E OUTRO (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AQUISIÇÃO E TRANSPORTE DE AREIA EXTRAÍDA, SEM AUTORIZAÇÃO DA ÁREA DE ASSENTAMENTO DO INCRA. CONDUTA TIPIFICADA NO § 1º DO ART. 2º DA LEI N.º 8.176/91. EMENDATIO LIBELI. PRESCRIÇÃO RETROATIVA DO CRIME AMBIENTAL. DESNECESSIDADE DA DECLARAÇÃO DE ATIPICIDADE EM RELA-

ÇÃO AO DELITO DO ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98. INÉPCIA DA DENÚNCIA, ERRO DE TIPO E DE PROIBIÇÃO, AUSÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA, OFENSA À PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E EXCESSO NA APLICAÇÃO DA PENA NÃO CONFIGURADOS. READEQUAÇÃO DAS PENAS. INCOMPATIBILIDADE DA PENA DE RECUPERAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DEGRADADO COM A PRESCRIÇÃO DO CRIME AMBIENTAL. EXCLUSÃO DO AUMENTO DE PENA DECORRENTE DO CONCURSO FORMAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- Apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na denúncia para condenar o réu às penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, e de multa no valor de 10 (dez) salários mínimos, pela prática de condutas tipificadas nos arts. 55 da Lei nº 9.608/98 e 2º da Lei nº 8.176/91 (extração de areia sem autorização dos órgãos competentes), em concurso formal próprio (CP, art. 70, primeira parte).

- Pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direito, sendo a primeira de prestação de serviços à comunidade, tendo por objeto a recuperação da área degradada, mediante a apresentação de projeto aprovado pelo IBAMA, com o objetivo de recomposição das áreas impactadas, a ser executado pelo réu dentro do prazo da condenação, na forma do art. 8º, I, c/c o art. 9º, ambos da Lei nº 9.605/98, e a segunda de prestação pecuniária, no valor mensal de R\$ 80,00 (oitenta reais), a ser revertida em favor de instituição a ser escolhida na audiência admonitória.

- Conduta delituosa praticada antes do início da vigência da Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, tornando possível o reconhecimento de eventual prescrição retroativa entre a data do fato

e a data do recebimento da denúncia. Contagem do prazo prescricional de 2 (dois) anos para os crimes com condenação inferior a 1 (um) ano, nos termos da redação originária do art. 109, inciso VI, c/c o art. 110, caput, ambos do Código Penal.

- Pela prática do delito do art. 55 da Lei nº 9.605/98, a sentença condenou o apelante à pena privativa de liberdade de 9 (nove) meses de detenção, sem que tivesse havido a incidência de circunstâncias atenuantes agravantes ou de causas de diminuição ou de aumento de pena, salvo a majorante do concurso formal (CP, art. 70, primeira parte).

- No cálculo da prescrição, o magistrado deverá considerar a pena aplicada isoladamente a cada um dos delitos, excluindo eventual aumento de pena resultante do concurso formal (CP, art. 119).

- Constatação de que, entre a data do fato (22/09/2008) e a data do recebimento da denúncia (6/6/2012), transcorreu prazo superior a 2 (dois) anos, devendo ser reconhecida, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva referente ao crime ambiental. Prejudicada a apelação naquilo que disser respeito ao delito do art. 55 da Lei nº 9.605/98.

- Descrição fática contida na denúncia que permite a exata compreensão de que se imputa ao apelante a responsabilidade penal pela aquisição e transporte de areia extraída na área do Assentamento Ubu, localizado no Município de Itapissuma/PE, em razão de ter ele empregado nessa atividade caminhões de sua propriedade e de sua esposa, determinando ainda que seu funcionário cumprisse a tarefa.

- Constatação de que o apelante, em diversas oportunidades, atuou livremente no processo oferecendo defesa oral e escrita, sob a alegação principal de não ter autorizado ou determinado a seu motorista a compra de areia extraída clan-

destinamente, conforme depoimento prestado em juízo e alegações finais.

- Apesar de a conduta descrita não se subsumir ao caput do art. 55 da Lei nº 9.605/98, uma vez que sua atuação, segundo apurado no inquérito policial e narrado na denúncia, consistia na aquisição e no transporte de areia extraída sem autorização, não se faz necessária a declaração da atipicidade em relação ao crime ambiental, ante o reconhecimento da prescrição retroativa.

- Necessidade de emendatio libeli, no que tange ao crime de usurpação, a fim de que haja perfeita correlação entre a acusação (narrativa dos fatos) e a sentença, uma vez que a conduta descrita na denúncia se enquadra, não no caput do art. 2º da Lei nº 8.176/91 (Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo), mas, sim, na descrição típica do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.176/91 (Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no caput deste artigo).

- Não acolhimento da preliminar de inépcia da denúncia, tendo em vista que a tese defensiva consistiu basicamente na ausência de determinação para que seu funcionário procedesse à aquisição e ao transporte de areia extraída da área do Assentamento Ubu e no desconhecimento de que a extração do minério naquela área carecia de autorização dos órgãos competentes.

- Alegações de “erro de fato” e “erro de direito” que, apesar das denominações superadas pelo atual estágio da Ciência Penal, podem significar, cada uma delas, tanto erro de tipo quanto erro de proibição.

- Ainda que tivesse havido erro sobre alguma elementar do tipo penal (erro de tipo) ou sobre a ilicitude do fato (erro de proibição) por parte de seu funcionário, na condição de motorista do caminhão, o reconhecimento desses alegados “erro de direito e de fato” em nada aproveitaria ao apelante, uma vez que inexistente no ordenamento jurídico fundamento para afastar a responsabilidade do autor imediato com base em suposto erro do autor mediato.

- Não haveria ainda que se falar em erro próprio, por falta de conhecimento da ilicitude da aquisição e transporte de areia extraída clandestinamente do Assentamento Ubu, pois, se o apelante sabia previamente da necessidade de autorização para extração de areia, não poderia invocar sem seu favor “erro de direito” (erro de proibição).

- Não se mostra também possível reconhecer que o apelante incidiu em erro sobre elemento normativo do concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida”, art. 55 da Lei nº 9.605/98), uma vez que o recorrente, consoante trechos de seu depoimento, deixou claro saber da necessidade de autorização para extração de areia no local do Assentamento Ubu, e que sabia se determinada área era ou não legalizada através da exibição de documentos. Não reconhecimento do erro de tipo.

- Elementos de prova constantes dos autos que não deixam dúvidas de que o caminhão do apelante estava na área do Assentamento Ubu carregado de areia no momento de sua apreensão. Isso ficou bem claro do Auto de Apreensão constante do Inquérito Policial, que em seu item 1 discrimina como material apreendido 7,5m³ (sete e meio metros cúbicos) de areia. Depoimento da testemunha prestado à Polícia Federal e confirmado em Juízo afirmando que a areia encontrada no caminhão de propriedade do apelante foi

extraída do Assentamento Ubu. Alegação de ausência de provas suficientes para caracterização da materialidade delitiva rejeitada.

- Nos crimes de autoria mediata, a prova de que o autor imediato agiu em cumprimento a determinação do autor mediato dificilmente poderia ser obtida se não fosse através do depoimento daquele que pessoalmente praticou o fato, confrontado com o depoimento daquele de quem partiu a ordem para a prática do fato, em conjunto com os demais elementos de prova coligidos aos autos. A partir do depoimento do apelante, ficou claro que ele sabia da necessidade de autorização para extração de areia no local, seja porque o DNPM e o INCRA já haviam realizado vistorias no local, informando a todos sobre a proibição de extração de areia naquela área, seja porque o valor pago por carrada de areia extraída daquele Assentamento, cerca de R\$ 40 (quarenta reais) ou R\$ 50 (cinquenta reais), seria bastante inferior ao valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) cobrados, mediante vale, para a coleta de areia nas áreas legalizadas.

- Embora seja razoável entender que o coautor, esteja ou não na condição de réu, não pode atuar como testemunha de acusação, salvo nas hipóteses de delação premiada, haja vista a incompatibilidade entre o direito constitucional ao silêncio e a obrigação de dizer a verdade imposta a quem presta depoimento (AP 470/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 01/10/2009; HC 88.223/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 19/05/2008), na hipótese de autoria mediata, em que o executor material do fato funciona como mero instrumento do autor mediato, entendendo inexistir qualquer óbice a participação deste no processo como testemunha de acusação, pois nesse caso não

há qualquer incompatibilidade entre o dever de dizer a verdade e o direito de permanecer em silêncio.

- É evidente que o proprietário do caminhão não poderia ser responsabilizado pelo ilícito praticado pelo seu empregado, se não soubesse da prática do fato criminoso. Mas, no caso concreto, o dono do caminhão exercia a atividade de compra de areia e revenda para depósitos de material de construção, entregando ao motorista, em espécie, o dinheiro para o pagamento ou controlando os vales.

- Não merece reparos a conclusão a que chegou a MM. Juíza de primeiro grau ao afirmar que, apesar da retratação parcial, a testemunha continuou afirmando que o apelante era quem determinava onde ele iria buscar a areia e que comparecia por cerca de duas vezes por semana ao Assentamento Ubu, há mais de um mês antes da apreensão do caminhão (fl. 204-verso). Existência de prova suficiente de que o apelante determinou ao seu motorista a aquisição e o transporte de areia extraída de local que não gozava de autorização pelos órgãos competentes.

- Na aplicação da pena privativa de liberdade, assim como na pena pecuniária, observa-se que a Magistrada sentenciante não levou em consideração, seja em relação ao delito do art. 2º da Lei nº 8.176/91, seja com referência o crime do art. 55 da Lei nº 9.605/98, a quantidade de areia extraída, eventual ganho financeiro obtido pelo apelante ou sua parcela de contribuição para a degradação do meio ambiente. Rejeitada a alegação de ofensa à razoabilidade e à proporcionalidade na individualização da pena com relação ao crime de usuração.

- Necessidade de readequação das penas privativa de liberdade e de multa, bem como das penas substitutivas de prestação de serviços à co-

munidade e pecuniária, que resulta da prescrição do crime ambiental.

- Afastamento integral das penas privativa de liberdade e de multa pela prática do crime ambiental, ficando, no entanto, sem alteração as penas privativa e de liberdade e de multa pela prática do crime do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.176/91.

- Manutenção do valor do dia-multa, por se encontrar este em conformidade com os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista o grau de culpabilidade e a condição econômica do réu.

- À vista da prescrição do crime ambiental, não incide a causa de aumento de pena do concurso formal de crimes (CP, art. 70), exsurgindo ainda como inadequada a imposição de recuperação da área degradada, com fundamento no art. 8º, I, c/c o art. 9º, ambos da Lei nº 9.605/98, haja vista a prescrição do crime ambiental.

- Pena privativa de liberdade readequada para 2 (dois) anos de detenção, a ser cumprida em regime aberto (art. 33, § 2º, c, do CP), pela prática do crime do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.176/91, sendo esta a tipificação cabível em razão da emendatio libeli.

- Com a necessidade de readequação da prestação de serviços à comunidade, que exigiria o dispêndio de quantia significativa para por em prática o projeto de recuperação do meio ambiente degradado, a manutenção da pena pecuniária no patamar de R\$ 80,00 (oitenta reais) se mostra adequada e suficiente à repressão do delito.

- Aplicação, em substituição à pena de recuperação da área degradada, da pena de prestação de serviços à comunidade, ou a entidade pública ou privada sem fins lucrativos, a ser definida pelo juízo da execução, à razão de 1 (uma) hora por dia de condenação, pelo prazo de duração da pena privativa de liberdade.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, reconhecer a prescrição retroativa, em relação ao crime do art. 55 da Lei nº 9.608/98, com a readequação das penas aplicadas em face do crime capitulado no art. 2º, § 1º, da Lei 8.176/91, dando parcial 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, 5 de agosto de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelação interposta por Manoel Batista de Lima Neto (fls. 216 e 230/233-verso) contra sentença do Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco (fls. 201-209-verso), que julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na denúncia para condenar o ora apelante às penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, e de multa no valor de 10 (dez) salários mínimos, pela prática de condutas tipificadas nos arts. 55 da Lei nº 9.608/98 e 2º da Lei nº 8.176/91, em concurso formal próprio (CP, art. 70, primeira parte).

A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direito, sendo a primeira de prestação de serviços à comunidade, tendo por objeto a recuperação da área degradada, mediante a apresentação de projeto aprovado pelo IBAMA, com o objetivo de recomposição das áreas impactadas, a ser executado pelo réu dentro do prazo da condenação, na forma do art. 8º, I, c/c o art. 9º, ambos da Lei nº 9.605/98, e a segunda de prestação pecuniária, no valor mensal de R\$ 80,00 (oitenta reais), a ser revertida em favor de instituição a ser escolhida na audiência admonitória.

Na denúncia, o Ministério Público Federal imputou ao réu, ora apelante, a prática do crime ambiental definido no art. 55 da Lei nº

9.605/98 em concurso formal com o crime de usurpação tipificado no art. 2º da Lei nº 8.176/91, em decorrência da extração de areia, sem autorização dos órgãos competentes, em área do Assentamento Ubu, localizado no Município de Itapissuma/PE.

Em suas razões recursais, o apelante sustenta, em síntese, as seguintes teses:

a) Inépcia da denúncia por falta de clareza da inicial acusatória na descrição da conduta imputada ao acusado. Segundo o recorrente, o Ministério Público apenas narrou na peça vestibular que, no local da extração irregular de areia, foi constatada a presença de vários caminhões e de mais de 40 (quarenta) homens, não apontando que entre eles se encontrava o réu, mas apenas seu caminhão na posse de terceiro. A acusação teria, assim, deixado de descrever, de forma inteligível, a conduta pela qual o réu praticou os delitos em questão, impedindo o exercício do contraditório e da ampla defesa.

b) Improcedência da acusação por falta de provas suficientes da autoria. De acordo com o apelante, o reconhecimento da autoria se deu com base apenas no depoimento de uma testemunha, que sequer poderia figurar nessa condição, já que participou diretamente da prática do delito narrado, tendo ainda esta mesma testemunha se retratado da afirmação de que o apelante teria dado ordens para aquisição da areia na área do Assentamento Ubu.

c) Improcedência da acusação por falta de provas suficientes à configuração da materialidade delitiva. Alega o apelante que em momento algum ficou constatada a presença de areia extraída do Assentamento Ubu em seus caminhões, tendo o juiz se baseado em lógica ou suposições para chegar a conclusão inversa. Argumenta que, em se tratando de ações que deixam vestígios, seria indispensável o exame de corpo de delito para concluir-se diversamente.

d) Ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade na individualização da pena. Argui que, não havendo provas da quantidade de areia extraída e de que o apelante tenha obtido qualquer ganho financeiro com a extração de areia, e ainda levando em conta que a área onde ocorreu a suposta extração irregular do

minério vinha sendo explorada há muito tempo, sendo, portanto, seu falecido proprietário o verdadeiro responsável pela degradação ambiental, a condenação se mostra desproporcional.

e) Excesso na fixação da pena substitutiva de prestação de serviços à comunidade. Alega o apelante ser injusta sua condenação à integral recomposição do meio ambiente degradado, sem que tenha sido apurado em que medida sua conduta contribuiu para a degradação ambiental, tendo em vista ainda que a área já vinha sofrendo prejuízo em decorrência de atividades por ele não praticadas.

f) Erro de direito e erro de fato. Aduz que seu funcionário foi categórico ao afirmar que não sabia da necessidade de licença para extração de areia, sendo pessoa humilde e de baixo grau de escolaridade, não podendo, assim, o recorrente ser responsabilizado pelos atos de seus funcionários, quando estes, desconhecendo os limites legais, descumprem normas com o auxílio de seu veículo. Acrescenta que a falta de trabalhos de conscientização e advertência por parte de funcionários dos órgãos fiscalizadores levou seu preposto a erro acerca da proibição de extração de areia na localidade.

g) Improcedência da acusação, sob o argumento de ter sido apurado nos autos que o apelante em nenhum momento teve ciência dos fatos articulados na denúncia, salvo com a deflagração da operação policial que culminou com a propositura da ação penal.

O Ministério Público Federal ofereceu contrarrazões (fls. 237/240 e 245/247) e parecer (fls. 245/247) pugnando pela manutenção da sentença.

Sem revisão, nos termos do art. 613, I, do CPC, c/c os arts. 29, IV, e 197 do Regimento Interno desta Corte, uma vez que aos delitos apurados nestes autos a lei comina pena privativa de liberdade de detenção.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

I) DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA (ART. 109, VI, C/C ART. 110, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.334/2010)

Consoante a denúncia, a conduta delituosa teria sido praticada em 22/09/2008, antes, portanto, do início da vigência da Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, tornando possível o reconhecimento de eventual prescrição retroativa entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia. Ainda deverá ser levado em conta o prazo prescricional de 2 (dois) anos para os crimes com condenação inferior a 1 (um) ano, nos termos da redação originária do art. 109, inciso VI, c/c o art. 110, *caput*, ambos do Código Penal, a seguir transcritos:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

Pela prática do delito do art. 55 da Lei nº 9.605/98, a sentença condenou o apelante à pena privativa de liberdade de 9 (nove) meses de detenção, sem que tivesse havido a incidência de circunstâncias atenuantes agravantes ou de causas de diminuição ou de aumento de pena, salvo a majorante do concurso formal (CP, art. 70, primeira parte).

Cumpre observar que, no cálculo da prescrição, o magistrado deverá considerar a pena aplicada isoladamente a cada um dos delitos, excluindo eventual aumento de pena resultante do concurso formal (CP, art. 119).

No caso dos autos, verifica-se que entre a data do fato (22/09/2008) e a data do recebimento da denúncia (6/6/2012) transcorreu

prazo superior a 2 (dois) anos, devendo ser reconhecida, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva referente ao crime ambiental.

Por decorrência lógica, fica prejudicada a apelação naquilo que disser respeito ao delito do art. 55 da Lei nº 9.605/98.

II) DA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA

Na parte em que faz referência ao acusado, a denúncia afirma ser ele proprietário de 2 (dois) caminhões, placas KJL-1417 e KIY-5633, que teriam sido utilizados para o carregamento de areia, chegando um deles a ser apreendido na operação policial. Vejamos:

MANOEL BATISTA DE LIMA NETO, por sua vez, possui dois caminhões de placa KJL 1417 – apreendido conforme Auto à fl. 3 – e KIY 5633 utilizados para o carregamento de areia.

Na peça vestibular o MPF ainda expõe que o condutor do veículo apreendido afirmou com segurança, em 22/09/2008, que o proprietário daquele caminhão tinha ciência da área de onde era extraída a areia, afirmação essa que poderia ser confirmada a partir da Informação nº 109/2011. Da mesma peça consta que, segundo informação prestada, em 12/12/2011, pelo então funcionário do acusado, o proprietário do veículo apreendido continua extraindo areia do Assentamento Ubu, com o mesmo caminhão antes apreendido. Confira-se:

Em suas declarações, o acusado negou que tenha extraído areia no assentamento Ubu; afirmou que seu motorista realizava a atividade sem sua autorização. Em contrapartida, o Sr. Genivaldo afirmou com segurança, em 22/09/2008, que o proprietário do caminhão tinha ciência da onde era extraída a areia. (fl. 4). O que foi confirmado, à fl. 130, por meio da Informação nº 109/2011.

Ainda de acordo com a informação policial, **em 12/12/2011**, por meio de contato pelo celular, Genivaldo afirmou que **MANOEL continua extraindo areia do Assentamento Ubu com o mesmo caminhão que fora apreendido** e hoje é de propriedade de sua esposa, Lenira Tajano de Lima.

Em que pese a equívoca expressão “continua extraindo areia” no último trecho transcrito, a leitura conjunta desses parágrafos,

em confronto com o inquérito policial, permite a compreensão de que o Ministério Público Federal imputa ao apelante responsabilidade penal pela aquisição e transporte de areia extraída na área do Assentamento Ubu, localizado no Município de Itapissuma/PE, por ter ele empregado nessa atividade caminhões de sua propriedade e de sua esposa, determinando ainda que seu funcionário cumprisse a tarefa.

Ademais, vê-se dos autos que o apelante, em diversas oportunidades, atuou livremente no processo oferecendo defesa oral e escrita, sob a alegação principal de não ter autorizado ou determinado a seu motorista a compra de areia extraída clandestinamente (resposta à acusação, fls. 38/40; depoimento prestado em juízo, fls. 181 e 187; alegações finais, fls. 197/199).

A propósito, convém deixar claro que, apesar de a conduta descrita não se subsumir ao *caput* do art. 55 da Lei nº 9.605/98, uma vez que sua atuação, segundo apurado no inquérito policial e narrado na denúncia, consistia na aquisição e no transporte de areia extraída sem autorização, não se faz necessária a declaração da atipicidade, ante o reconhecimento da prescrição do crime ambiental.

Não obstante, faz-se necessária a *emendatio libeli*, no que tange ao crime de usuração, a fim de que haja perfeita correlação entre a acusação (narrativa dos fatos) e a sentença, uma vez que a conduta descrita na denúncia se enquadra, não no *caput* do art. 2º da Lei nº 8.176/91 (*Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usuração, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo*), mas, sim, na descrição típica do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.176/91 (*Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no caput deste artigo*).

Assim, entendo não prosperar a alegação do apelante de que teria ficado impossibilitado de exercer adequadamente sua defesa, tendo em vista que sua tese defensiva consistiu basicamente na ausência de determinação para que seu funcionário procedesse à aquisição e ao transporte de areia extraída da área do Assen-

tamento Ubu e no desconhecimento de que a extração do minério naquela área carecia de autorização dos órgãos competentes.

III) DA ALEGAÇÃO DE ERRO DE DIREITO E DE FATO

De início, é importante consignar que as denominações “erro de fato” e “erro de direito” podem significar, cada uma delas, tanto erro de tipo quanto erro de proibição. Nesse sentido, vale transcrever a seguinte lição extraída da obra Tratado de Direito Penal - Volume 1, 14ª edição, de Cezar Roberto Bitencourt:

Para uma melhor compreensão do atual tratamento do erro jurídico-penal recomenda-se que se ignorem os velhos conceitos romanísticos de erro de direito e erro de fato. Não se trata, como pode parecer, simplesmente, de uma nova linguagem jurídica, mas trata-se, em verdade, de institutos diferentes que não guardam, necessariamente, exata correspondência aos antigos “erro de direito” e “erro de fato”. **O erro de tipo e o erro de proibição não representam uma simples renovação de normas, mas uma profunda modificação conceitual. São novas concepções, com novas e maiores abrangências. O erro de tipo abrange situações que, outrora, eram classificadas ora como erro de fato, ora como erro de direito. Por outro lado, o erro de proibição, além de incluir situações novas (como, por exemplo, a existência ou os limites da legítima defesa), antes não consideradas, abrange uma série de hipóteses antes classificadas como erro de direito.**

Assim, o erro jurídico-penal, independentemente de recair sobre situações fáticas ou jurídicas, quando inevitável, será relevante. **Não há, na verdade, coincidência entre os velhos e os novos conceitos. Mudou toda a sistemática. A ultrapassada classificação de erro de direito e erro de fato baseava-se na situação jurídica e na situação fática. A problemática, hoje, é diferente; enfoca-se outra questão: a tipicidade e a antijuridicidade (ilicitude). Ou seja, o erro pode recair sobre a tipicidade ou sobre a injuridicidade.**

O apelante invoca em seu favor suposto erro “de fato e de direito” praticado por seu funcionário ao transportar areia extraída de área de assentamento rural para o qual não havia autorização

dos órgãos competentes. Aduz que não pode ser responsabilizado por atos praticados por seus funcionários, com desconhecimento da lei.

Acerca do ponto, cumpre ressaltar que, mesmo se tivesse havido erro sobre alguma elementar do tipo penal (erro de tipo) ou sobre a ilicitude do fato (erro de proibição) por parte de seu funcionário, na condição de motorista do caminhão, o reconhecimento desse erro em nada aproveitaria ao apelante, uma vez que inexistente fundamento jurídico para afastar a responsabilidade do autor imediato com base em suposto erro do autor mediato.

Por outro lado, ainda que se compreendesse que o apelante pretendia em seu recurso alegar também erro próprio, por falta de conhecimento da ilicitude da aquisição e transporte da areia extraída clandestinamente do Assentamento Ubu, diante da ausência de autorização para tanto em favor do proprietário da gleba, a tese não mereceria acolhimento.

Isso porque o próprio apelante afirmou em juízo não ter determinado a seu motorista que procedesse à aquisição de areia no assentamento Ubu, declarando ainda que sabia se o local era legalizado pela apresentação de documentos pelo proprietário da terra (ver depoimento prestado em juízo, constante do DVD-R, em 7m16s e 10m19s, à fl.187). Ora, se o apelante sabia previamente da necessidade de autorização para extração de areia, não pode invocar sem seu favor “erro de direito” (erro de proibição).

De igual modo, não haveria como reconhecer que o apelante incidiu em erro sobre elemento normativo do tipo penal (“sem autorização legal”, art. 2º da Lei nº 8.176/91, e “sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida”, art. 55 da Lei nº 9.605/98), uma vez que o recorrente, consoante trechos de seu depoimento acima referenciados, deixou claro saber da necessidade de autorização para exploração de areia no local do Assentamento Ubu, e que sabia se determinada área era ou não legalizada através da exibição de documentos.

Com base nessas premissas, rejeito as alegações de erro de fato e de direito (erro de tipo e de proibição).

IV) DA ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA CARACTERIZAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA

O apelante defende não haver nos autos provas suficientes da ocorrência do fato típico, diante da inexistência de exame pericial atestando que a areia contida em seu caminhão no momento da apreensão havia sido extraída do Assentamento Ubu.

Não obstante o art. 158 do Código de Processo Penal exija o exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios, salvo na hipótese de tais vestígios terem desaparecido, nos termos do art. 167 do CPP, entendo que a configuração da materialidade delitiva não demanda prova pericial.

Decerto, não há dúvidas de que o conteúdo encontrado no caminhão do apelante era areia, não importando à configuração do crime o tipo ou a qualidade do material arenoso apreendido. O que importa saber, no caso concreto, é se o veículo do apelante estava carregado de areia extraída do Assentamento Ubu, e para se chegar a essa conclusão não se faz necessária a prova pericial.

Os elementos de prova constantes dos autos deixam claro que o caminhão do apelante estava na área do Assentamento Ubu carregado de areia no momento de sua apreensão. Isso ficou bem claro do Auto de Apreensão, à fl. 3 do Inquérito Policial, que em seu item 1 discrimina como material apreendido 7,5m³ (sete e meio metros cúbicos) de areia.

Não seria razoável entender que o caminhão estaria carregado de areia extraída de outra localidade, encontrando-se em área de acesso restrito, conforme laudo pericial de fls. 62/100, apenas de passagem. Ademais, o depoimento da testemunha prestado à Polícia Federal e confirmado em Juízo não deixa dúvidas de que a areia encontrada no caminhão de propriedade do apelante foi extraída do Assentamento Ubu. Vejamos:

QUE sempre recebeu ordens para carregar areia, o material foi retirado do local onde se encontrava nesta data, no assentamento Umbú, em Itapissuma/PE; QUE é o próprio pessoal da área que chama os caminhoneiros para retirar a areia e com isso ganharem algum dinheiro.

Conclui-se, portanto, que os elementos de prova coligidos aos autos são suficientes para demonstrar a existência do ilícito penal.

V) DA ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA

De acordo com o recorrente, a sentença atribuiu-lhe a autoria dos delitos tipificados no art. 2º da Lei nº 8.176/91 e no art. 55 da Lei nº 9.605/98 tomando por base apenas o depoimento prestado por testemunha, que sequer poderia figurar nessa condição, em razão de ter participado diretamente da prática delitativa. Aduz que, embora essa mesma testemunha tenha se retratado da afirmação de que o apelante teria dado ordens para aquisição da areia do Assentamento Ubu, ainda assim a Juíza sentenciante imputa ao recorrente a conduta delituosa.

Antes de tudo, cabe observar que, além do depoimento da testemunha Genivaldo José dos Santos, a sentença apontou, como fundamento a mais para compreender que o apelante determinou a seu funcionário a aquisição e transporte de areia extraída do Assentamento Ubu, o próprio depoimento prestado pelo apelante.

No depoimento do apelante teria ficado claro que ele sabia da necessidade de autorização para extração de areia no local, seja porque o DNPM e o INCRA já haviam realizado vistorias no local, informando a todos sobre a proibição de extração de areia naquela área, seja porque o valor pago por carrada de areia extraída daquele Assentamento, cerca de R\$ 40 (quarenta reais) ou R\$ 50 (cinquenta reais), seria bastante inferior ao valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) cobrados, mediante vale, para a coleta de areia nas áreas legalizadas.

Importa destacar que, nos crimes de autoria mediata, a prova de que o autor imediato agiu em cumprimento a determinação do autor mediato dificilmente poderia ser obtida se não fosse através do depoimento daquele que pessoalmente praticou o fato, confrontado com o depoimento daquele de quem partiu a ordem para a prática do fato, em conjunto com os demais elementos de prova coligidos aos autos.

É razoável entender que o coautor, esteja ou não na condição de réu, não possa atuar como testemunha de acusação, salvo nas hipóteses de delação premiada, haja vista a incompatibilidade entre o direito constitucional ao silêncio e a obrigação de dizer a verdade imposta a quem presta depoimento (AP 470/DF, Rel. Min.

JOAQUIM BARBOSA, *DJ* 01/10/2009; HC 88.223/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2008, *DJe* 19/05/2008).

Todavia, na hipótese de autoria mediata, em que o executor material do fato funciona como mero instrumento do autor mediato, entendo inexistir qualquer óbice a participação deste no processo como testemunha de acusação, pois nesse caso não há qualquer incompatibilidade entre o dever de dizer a verdade e o direito de permanecer em silêncio.

É evidente que o proprietário do caminhão não poderia ser responsabilizado pelo ilícito praticado pelo seu empregado, se não soubesse da prática do fato criminoso. Mas, no caso concreto, o dono do caminhão exercia a atividade de compra de areia e revenda para depósitos de material de construção, entregando ao motorista, em espécie, o dinheiro para o pagamento ou controlando os vales.

Quanto ao mais, verifico que a sentença esclareceu o motivo de não ter levado em conta as afirmações prestadas pela testemunha Genivaldo José dos Santos, em sede de juízo de retratação. Entendo não merecer reparos a conclusão a que chegou a MM. Juíza de primeiro grau ao afirmar que, apesar da retratação parcial, a testemunha continuou afirmando que o apelante era quem determinava onde ele iria buscar a areia e que comparecia por cerca de duas vezes por semana ao Assentamento Ubu, há mais de um mês antes da apreensão do caminhão (fl. 204-verso).

Concluo, assim, pela existência de prova suficiente de que o apelante determinou ao seu motorista a aquisição e o transporte de areia extraída de local que não gozava de autorização pelos órgãos competentes.

À luz desses fundamentos, deve ser rejeitada a alegação de falta de provas suficientes da autoria delitiva.

VI) DA ALEGAÇÃO DE OFENSA À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O apelante alega ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade na individualização da pena, sob o argumento de que não há nos autos provas da quantidade de areia extraída e de que tenha havi-

do qualquer ganho financeiro de sua parte com essa extração, como também por não ter sido ele o único responsável pela degradação ambiental.

Cabe adiantar que, por consequência lógica, as penalidades relacionadas ao crime ambiental serão afastadas em consequência do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Resta, assim, analisar a alegação de ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade apenas quanto às penas aplicadas pela prática do crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91. São elas: pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos de detenção e de multa no equivalente a 60 (sessenta) dias-multa.

Na aplicação da pena privativa de liberdade, assim como na pena pecuniária, observa-se que a Magistrada sentenciante não levou em consideração, seja em relação ao delito do art. 2º da Lei nº 8.176/91, seja com referência ao crime do art. 55 da Lei nº 9.605/98, a quantidade de areia extraída, eventual ganho financeiro obtido pelo apelante ou sua parcela de contribuição para a degradação do meio ambiente.

Nas três fases de aplicação da pena, excetuada a causa de aumento do concurso formal, a sentença apontou como únicos pontos desfavoráveis ao apelante foram a culpabilidade e a personalidade. A primeira, pela maior reprovabilidade da conduta daquele que, sendo empresário experiente do ramo de extração mineral, não se contém em busca de maior lucro com a extração ilegal. A segunda, por ter o apelante continuado a exercer a extração ilegal, mesmo após a apreensão de seu caminhão, a demonstrar personalidade arredia, que não se curva às determinações legais e à atuação das autoridades constituídas.

A sentença fixou expressamente a quantidade de dias-multa com base no princípio da proporcionalidade, a partir do montante da pena privativa de liberdade, excluindo inclusive a aplicação do art. 72 do Código Penal (*no concurso de crimes as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente*). Os valores do dia-multa e da prestação pecuniária não destoam da condição econômica do apelante, aferida com base em informações por ele mesmo prestadas em seu depoimento pessoal.

Diante do reconhecimento da prescrição do crime do art. 55 da Lei nº 9.605/98, e não havendo sido considerados os fatores apontados pelo apelante na aplicação da pena para o crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91, fica prejudicada a análise da alegação em relação ao crime ambiental, não merecendo ser acolhida a alegação de ofensa à razoabilidade e à proporcionalidade na individualização da pena com relação ao crime de usuração.

VII) DA ALEGAÇÃO DE EXCESSO NA FIXAÇÃO DAS PENAS SUBSTITUTIVAS

Como dito anteriormente, o valor da prestação pecuniária condiz com a condição econômica do apelante, apurada a partir de informações prestadas por ele próprio em seu depoimento, não sendo razoável entender como excessiva a prestação pecuniária no valor de R\$ 80,00 (oitenta reais) para aquele que auferir renda superior a R\$ 1.300,00 (mil e trezentos reais), sem contar os ganhos obtidos com o exercício da atividade econômica de extração de areia.

No que tange à pena de prestação de serviços à comunidade, consistente na recuperação da área degradada, com fundamento no art. 8º, I, c/c o art. 9º, ambos da Lei nº 9.605/98, a prescrição do crime ambiental é que justificará sua alteração.

A partir dessas observações, não deve ser acolhida a alegação de excesso na individualização das penas substitutivas.

VIII) READEQUAÇÃO DAS PENAS

Resulta da prescrição do crime ambiental a necessidade de readequação das penas privativa de liberdade e de multa, bem como das penas substitutivas de prestação de serviços à comunidade e de pecuniária.

Afastam-se integralmente as penas privativa de liberdade e de multa pela prática do crime ambiental, ficando, no entanto, sem alteração as penas privativa de liberdade e de multa pela prática do crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91.

Permanece inalterado o valor do dia-multa, por se encontrar este em conformidade com os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista o grau de culpabilidade e a condição econômica do réu.

À vista da prescrição do crime ambiental, não incide a causa de aumento de pena do concurso formal de crimes (CP, art. 70), exsurgindo ainda como inadequada a imposição de recuperação da área degradada, com fundamento no art. 8º, I, c/c o art. 9º, ambos da Lei nº 9.605/98, haja vista a prescrição do crime ambiental.

Fica, assim, a pena privativa de liberdade readequada para 2 (dois) anos de detenção, a ser cumprida em regime aberto (art. 33, § 2º, c, do CP), pela prática do crime do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.176/91, sendo esta a tipificação cabível em razão da *emendatio libeli*.

Ressalto que, com a necessidade de readequação da prestação de serviços à comunidade, que exigiria o dispêndio de quantia significativa para por em prática o projeto de recuperação do meio ambiente degradado, a manutenção da pena pecuniária no patamar de R\$ 80,00 (oitenta reais) se mostra adequada e suficiente à repressão do delito.

Fixo, em substituição à pena de recuperação da área degradada, a pena de prestação de serviços à comunidade, ou a entidade pública ou privada sem fins lucrativos, a ser definida pelo juízo da execução, à razão de 1 (uma) hora por dia de condenação, pelo prazo de duração da pena privativa de liberdade.

Ante o exposto:

1) Reconheço, de ofício, a prescrição retroativa do crime ambiental (Lei nº 9.605/98, art. 55), motivo pelo qual declaro extinta a punibilidade em relação a esse crime, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal.

2) Procedo à readequação das penas pela prática do crime de usurpação (Lei nº 8.176/91, art. 2º, § 1º), nos moldes já delineados.

3) Nesses termos, dou provimento apenas parcial à apelação.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 5.547-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Impetrantes: AMIL ROBERTO MARINHO DE OLIVEIRA E OUTROS
Impetrado: JUÍZO DA 11ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Paciente: DANIELE BARBOSA DE OLIVEIRA (RÉU PRESO)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ARTS. 33, 35 E 40, I, DA LEI Nº 11.343, DE 23/8/2006). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REQUISITOS. ATENDIMENTO.

- Em 2/6/2014, a paciente foi presa em flagrante no Aeroporto Pinto Martins, em Fortaleza (CE), com seu marido e outras três pessoas, após buscar grupo de três comparsas que voltavam da Bolívia, transportando 8 kg de cocaína. Em 6/6/2014, a prisão em flagrante de todos foi convertida em custódia preventiva.

- A instrução deixou claro que restaram preenchidos os requisitos da prova da existência dos crimes de associação para tráfico internacional de entorpecentes (art. 33 c/c art. 40, I, e art. 35 da Lei nº 11.343/2006) e indícios suficientes de que a paciente é coautora (auto de prisão em flagrante, declarações dos comparsas na Polícia Federal, laudo preliminar de constatação).

- A paciente e seu marido – apontado como chefe do bando – também levaram o grupo ao aeroporto. Em pelo menos outras duas vezes, realizaram a mesma tarefa, levando e buscando a integrante do bando, a quem cabia fazer contato com fornecedor da droga na Bolívia e transportá-la ao Brasil.

- A prisão é necessária para preservar a ordem pública, pois desarticula o bando e faz cessar a atividade criminosa. A soma das penas máximas

cominadas aos delitos é superior aos quatro anos exigidos pelo art. 313, I, do Código de Processo Penal para decretação da prisão preventiva.

- A substituição da prisão por uma das medidas cautelares do art. 319 do CPP não é cabível (art. 282, § 6º, do CPP).

- O Ministério Público Federal ofereceu denúncia e a ação penal encontra-se na fase de resposta à acusação (art. 55 da Lei nº 11.343/2006).

- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 15 de julho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Daniele Barbosa de Oliveira, presa em 2/6/2014, em decorrência de prisão em flagrante por narcotráfico convertida em preventiva, em 6/6/2014, pelo Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará (fls. 2/15).

Segundo a impetração, a paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, porque:

(a) não teria praticado conduta ilícita, tendo, apenas, acompanhado seu marido, Adriano da Silva Barbosa, ao Aeroporto Pinto Martins, em Fortaleza (CE), para buscar conhecidos dele, que voltavam de viagem;

(b) é primária, do lar e possui residência fixa; e

(c) a prisão preventiva é medida cautelar excepcional e somente pode ser aplicada com observância dos requisitos do art. 312 do CPP e desde que não seja cabível sua substituição por outra medida cautelar, prevista no art. 282 do mesmo diploma normativo.

A liminar foi indeferida (fl. 35).

Nas informações (fls. 98/105 e documentos de fls. 39/97 e 106/152), a autoridade impetrada esclareceu que remanescem os requisitos da custódia cautelar, determinada como garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, em face de prova da materialidade do delito e de indícios suficientes de que a paciente integra quadrilha especializada no tráfico internacional de entorpecentes.

Em parecer (fls. 156/163), a Procuradoria Regional da República da 5ª Região opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

A solução da controvérsia está em determinar se a prisão de Daniele Barbosa de Oliveira configuraria constrangimento ilegal, uma vez que não representaria ameaça à ordem pública, pois é primária, possui residência fixa e tem uma filha pequena.

Do (des)acerto na decretação da custódia preventiva

O magistrado da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará indeferiu pedido de relaxamento de prisão, porque remanescem requisitos da custódia cautelar, determinada para preservar a **ordem pública**, da real possibilidade de a paciente continuar a delinquir, e para **assegurar aplicação da lei penal**, em face de prova de materialidade do delito e de indícios suficientes de que a paciente integra quadrilha especializada no tráfico internacional de entorpecentes.

Nesse ponto, transcrevo trecho da decisão (fls. 149/152):¹

¹ <<http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resconsproc.asp>>, acesso 14/7/2014 às 17h11.

6. No dia 2 de junho de 2014, DANIELE BARBOSA DE OLIVEIRA e outros foram presos em flagrante delito como incurso no crime previsto no art. 33, c/c art. 40, I, e art. 35, todos da Lei nº 11.343/2006.

7. No dia 6 de junho de 2014, este Juízo converteu a prisão em flagrante em preventiva nos autos da Comunicação de Prisão em Flagrante nº 0002668-24.2014.4.05.8100 visando assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública (fls. 86/92).

8. DANIELE BARBOSA DE OLIVEIRA, por seu patrono, vem pleitear sua liberdade aos argumentos de que é primária, tem bons antecedentes, residência fixa e profissão definida. Ademais, disse não ter envolvimento no crime flagrado, pois estava apenas acompanhando o marido, o também detido ADRIANO DA SILVA BARBOSA.

9. Com efeito, pelos documentos colacionados, tem-se que a requerente é primária e possui residência fixa. No inquisitório afirmou ser do lar, o que ratificou no presente pedido.

10. Expôs no flagrante que foi ao aeroporto juntamente com o marido ADRIANO DA SILVA BARBOSA receber os amigos MARIA EUGÊNIA, CARLOS HENRIQUE e NATYHELEN a pedido de MARIA EUGÊNIA, mas não sabia que os agentes estavam traficando droga, sequer tendo conhecimento para onde tinham viajado. Disse que ADRIANO não foi ao aeroporto deixar MARIA EUGÊNIA, tendo apenas ido buscá-la, e que encontraram por acaso FRANCISCO DEIBSON e mais duas pessoas que disse não conhecer (ALANE FERNANDES e TACIANO HERBESON) somente no estacionamento, quando já estavam indo embora (fls. 41/42).

11. Já ADRIANO DA SILVA confirmou ter ido deixar MARIA EUGÊNIA, NATYHELEN e CARLOS HENRIQUE no aeroporto juntamente com DANIELE, DEIBSON e ALANE. Asseverou que todos – DANIELE, DEIBSON, ALANE e TACIANO – foram receber MARIA EUGÊNIA, NATYHELEN e CARLOS HENRIQUE no aeroporto (fls. 50/51).

12. O Agente de Polícia Federal condutor dos réus, Erasmo Jorge Sales Pinto, esclareceu que ALANE FERNANDES LIRA, FRANCISCO DEIBSON DE SOUSA PEREIRA, DANIELE BARBOSA DE OLIVEIRA e ADRIANO DA SILVA BARBOSA foram deixar no dia 21 de maio de 2014 CARLOS HENRI-

QUE DA SILVA no aeroporto Pinto Martins, o qual empreendeu viagem a Santa Cruz de La Sierra, Bolívia, juntamente com MARIA EUGENIA SOUSA TAVARES e NATYHELEN SILVA DE MOURA, para adquirir cocaína.

13. Esclareceu o condutor que ADRIANO DA SILVA BARBOSA, FRANCISCO DEIBSON DE SOUSA PEREIRA, TACIANO HERBESON DA SILVA PANTALEÃO, ALANE FERNANDES LIRA e DANIELE BARBOSA DE OLIVEIRA receberam o grupo – CARLOS HENRIQUE, MARIA EUGÊNIA e NATYHELEN – no retorno da Bolívia no dia 2 de junho de 2014 no Aeroporto Pinto Martins e que todos conversavam e riam, demonstrando que se conheciam (fls. 35/36).

14. Assim, constata-se que a versão apresentada por DANIELE BARBOSA DE OLIVEIRA não condiz com o que afirmou seu esposo ADRIANO DA SILVA BARBOSA e o Agente de Polícia Federal.

15. Ponderou o Representante Ministerial com propriedade (fls. 94/98):

Com efeito, o flagrante foi validamente realizado na ocasião em que a requerente acompanhava o grupo que conduzia quase 8 quilos de cocaína importados da Bolívia. Não só a requerente se achava no local da apreensão da droga, mas foi possível comprovar sua presença também nos dois embarques do grupo que se deslocou para a Bolívia para apanhar a cocaína.

Tais circunstâncias são eloquentes e demonstram a clara ligação da ré com o grupo criminoso, bem como seu inequívoco auxílio às atividades de importação da substância. Ressalte-se que o marido da postulante é pessoa já enfronhada no mundo do crime, respondendo a processo por tráfico e homicídio, sendo a versão apresentada pela flagranteada para justificar sua presença no aeroporto frágil e inverossímil.

Assim, há elementos plausíveis a apontar para a participação da investigada na empreitada criminoso, sendo certo que esta foi presa no momento em que recepcionava um carregamento de droga proveniente do estrangeiro.

(...)

Registro que os investigados constituem verdadeira organização criminosa apta a importar diretamente da Bolívia elevada quantidade de substância entorpecente, sendo que pelo menos três de seus integrantes possuem graves antecedentes criminais. A postulante tem clara inserção neste grupo, não só sendo a esposa de um de seus líderes, mas também havendo participado de atividades auxiliares da importação da substância em uma operação ousada e sofisticada, que denota larga intimidade com o tráfico.

A afirmação da defesa de que os quase 8 quilos de cocaína seriam uma “pequena quantidade” de drogas é totalmente dissociada da realidade, sendo esta uma elevadíssima apreensão de substância nociva e de alto valor no mundo do crime.

16. O crime de tráfico internacional de entorpecentes é muito grave e os fatos apontam para, em tese, a existência de uma organização criminosa voltada para a prática desse tipo de delito como bem ponderado pelo *Parquet*.

17. As diferentes versões apresentadas e a competente atuação da Polícia Federal apontam o envolvimento de todos os agentes presos em flagrante delito com o tráfico internacional de drogas em investigação.

18. A propósito, MARIA EUGÊNIA SOUSA TAVARES afirmou na Polícia que nos meses de março e abril do ano corrente foi a Bolívia adquirir cocaína, transportando o entorpecente em uma cinta presa ao corpo, com idêntico *modus operandi*.

19. FRANCISCO DEIBSON DE SOUSA PEREIRA, ADRIANO DA SILVA BARBOSA e MARIA EUGÊNIA SOUSA TAVARES possuem antecedentes criminais.

20. A denúncia anônima que deu azo à investigação apontou ADRIANO, esposo da requerente, como chefe da organização, quem arremontou o pessoal para o tráfico da cocaína.

A análise das razões do impetrante e daquelas que sustentaram a prisão, fazem sobressair dois pontos controvertidos:

a) se há indícios suficientes de que a autoria dos delitos em questão (importação de 8 kg de cocaína e associação para o tráfico) recai, também, sobre a paciente; e,

b) se há elementos concretos que autorizem concluir que a mesma voltará a delinquir, caso seja colocada em liberdade.

Segundo o impetrante, a paciente não tinha qualquer conhecimento de que estava no aeroporto para apanhar aqueles que retornavam da Bolívia com a droga.

Não há, todavia, como abraçar referida versão. Restou evidenciado nos autos que a paciente não foi apenas apanhá-los no aeroporto, mas também se fazia presente quando os mesmos embarcaram.

Não se pode deixar de considerar, também, que a paciente conhecia atividade profissional de seu marido, que já havia realizado a mesma operação outras vezes nos meses que antecederam o da prisão (fls. 64/65 e 66/68).

Assim, a ligação com os demais agentes do fato, os quais já registravam antecedentes e praticaram a mesma operação de tráfico outras vezes, o fato da mesma estar recepcionando aqueles que traziam a droga, e, notadamente, o fato de ter ido deixá-los no aeroporto quando se dirigiam ao local do recebimento da droga, evidenciam o conhecimento e a adesão subjetiva da paciente à conduta perpetrada pelos demais agentes da conduta criminosa.

De outro lado, evidenciado também que a prática criminosa que levou à prisão em flagrante não se trata de um ato isolado, mas de uma das operações já realizadas pelo grupo integrado pela paciente.

Perceba-se que só Maria Eugênia Sousa Tavares, um dos “portadores” presos, o grupo já havia trazido droga da Bolívia pelo menos outras duas vezes (fls. 66/68).

Essa reiteração autoriza concluir que, uma vez solta, a paciente retornará à prática de atos criminosos, quer pela propensão que se delineou, quer pelo fato de que as práticas anteriores geraram ativos que certamente serão objeto de ocultação/dissimulação.

Nesse sentido, já vem decidindo o STF, conforme se vê abaixo:

A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva. (STF, HC nº 95.024/SP, 1ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 20/02/2009)

Outrossim, em consulta ao sítio da Seção Judiciária do Ceará², verificou-se que o Ministério Público Federal já ofereceu denúncia e a ação penal encontra-se na fase de resposta à acusação (art. 55 da Lei nº 11.343/2006).

Ante ao exposto, denego a ordem.

É como voto.

REMESSA EX OFFICIO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 569.134-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Parte A.: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Parte R.: MUNICÍPIO DE PAULISTA (PE)
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA ANDRADE E OUTROS (PARTE R.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. UTILIZAÇÃO DE DEPÓSITO IRREGULAR E CLANDENSTINO DE REJEITOS E ENTULHOS (LIXÃO DA MIRUEIRA). INSTALAÇÃO DE ATERRO SANITÁRIO. RECUPERAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE LICENÇA DE FUNCIONAMENTO. IMPO-

² <<http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resconsproc.asp>>, acesso às 15h40 de 14/7/2014.

SIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) AO MUNICÍPIO. POSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA PER RELATIONEM. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA.

- A matéria devolvida a esta Corte Regional diz respeito à utilização, pelo Município de Paulista-PE, de área denominada Mirueira, como local de descarrego clandestino e irregular de lixo urbano (Lixão da Mirueira), o que contraria a legislação ambiental em vigor.

- O STF no julgamento do AI 852.520 (AgRedD) entendeu que a fundamentação per relationem pode ser utilizada pelo julgador, sem que isso implique em negativa de prestação jurisdicional. Dessa forma, adota-se parte das razões da douta sentença guerreada como fundamento desta decisão.

- “Em suma, são quatro os objetivos do IBAMA, na presente demanda: (i) busca a obtenção de ordem judicial que proíba e interdite o réu de proceder ao despejo ou depósito de lixo e resíduos oriundos dos serviços de limpeza urbana em qualquer lugar que não corresponda a aterro sanitário adequado a esse fim, devidamente licenciado pela CPRH; (ii) visa esta ação a compelir o Município-réu a licenciar, instalar e pôr em operação aterro sanitário regular e licenciado; (iii) pretende por meio da presente ação que o réu seja condenado a recuperar todos os danos ambientais decorrentes do funcionamento do lixão de sua responsabilidade, (iv) bem como a condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais difusos ao meio ambiente”.

- “A partir de denúncias recebidas no ano de 2008, fiscais do IBAMA constataram a existência de depósito clandestino e irregular de resíduos sólidos, o chamado “lixão”, no local denominado Mirueira, no Município do Paulista/PE, tendo sido lavrados auto de infração e termo de embargo/interdição (fls. 28/36). Extrai-se dos docu-

mentos colacionados aos autos que, passados mais de três anos, a situação irregular permanecia, qual seja, depósito de lixo no local, agravando-se, assim, os danos ambientais decorrentes de tal conduta”.

- “Ressalte-se que a informação trazida pela demandada acerca da formalização de contrato com a empresa Ecopesa Ambiental Ltda., visando a remediação do “lixão” da Mirueira, o transbordo dos resíduos domiciliares, dentre outras ações, não exaure o objeto da presente ação, que visa à implantação de aterro sanitário definitivo para o município, após devidamente licenciado pela CPRH, impedindo-se, assim, o despejo de resíduos sólidos no local indicado na exordial, além da recuperação da área que vem sendo afetada com o “lixão”.

- “Por outro lado, afigura-se possível a indenização por danos causados ao meio ambiente e impostos à coletividade, decorrentes do funcionamento do ‘lixão’ irregular”.

- “Somente o município, e não o Agente Público (Prefeito), deve ser responsabilizado no que tange à imposição de multa diária em caso de eventual descumprimento da presente decisão judicial, consoante entendimento do eg. TRF 5ª Região”.

- Manutenção da condenação do município a desativar o “lixão da Mirueira” no prazo de dois meses, e apresentar, em sede de cumprimento de sentença, o comprovante de protocolização de projeto de aterro sanitário definitivo e pedido de licença ambiental para o referido aterro sanitário junto à CPRH, a pedido do réu; a, obedecido o prazo de tolerância de dois meses, abster-se de despejar e depositar entulho, lixo e rejeitos de toda a natureza em qualquer lugar que não corresponda a aterro sanitário licenciado pela CPRH, ainda que este pertença e seja operado

por outros municípios; a, no prazo de seis meses, dar início às obras de implantação do aterro sanitário, contado esse prazo de seis meses da data de sua intimação da decisão da CPRH que lhe comunicar a concessão de licença ambiental para início dessas mesmas obras; a, no prazo de seis meses, concluir e terminar todas obras físicas e instalações de seu aterro sanitário referido no item acima, em estrita consonância com as especificações autorizadas pela CPRH, contado esse prazo a partir do início de suas obras; a, no prazo de dois meses, contados a partir da licença ambiental de operação, pôr em plena operação o seu aterro sanitário, de acordo com as especificações e condicionantes determinadas pela CPRH; a, no prazo de seis meses, contados a partir do momento em que essa decisão se torne exigível, apresentar ao IBAMA um Projeto de Recuperação de Área Degradada, a ser elaborado por engenheiro sanitário e por engenheiro florestal ou agrônomo contratado às suas expensas, com vistas a recuperar os danos ambientais cometidos no local de funcionamento do lixão irregular de sua responsabilidade e de que cuida esta ação, bem como reflorestar a dita área, projeto esse que deverá ser elaborado conforme as “ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS PARA A ELABORAÇÃO DE PROJETOS DE RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS - PRAD OBJETIVANDO A REVEGETAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS POR DESMATAMENTO” e o “ROTEIRO PARA ELABORAÇÃO DE PLANO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA - PRAD - RECOMPOSIÇÃO FLORESTAL”; ao pagamento de multa diária na importância de R\$ 100,00 (cem reais) por cada dia de atraso ou descumprimento de qualquer dos prazos e obrigações aqui condenado; ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a títulos de danos morais

difusos, quantia essa a ser paga ao Fundo de Defesa, que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85 e regulamentado pelo Decreto nº 1.306/1994; ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.000,00, a teor do art. 20, § 4º, do CPC.

- Remessa oficial não provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de REOAC 569134-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 11 de junho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de remessa de ofício, em face da sentença proferida nos autos da ação civil pública proposta pelo IBAMA, que julgou procedentes os pedidos, condenando o Município de Paulista-PE: a desativar o “lixão da Mirueira” (área identificada na inicial), no prazo de dois meses, e apresentar, em sede de cumprimento de sentença, o comprovante de protocolização de projeto de aterro sanitário definitivo e pedido de licença ambiental para o referido aterro sanitário junto à CPRH, a pedido do réu; a, obedecido o prazo de tolerância de dois meses, abster-se de despejar e depositar entulho, lixo e rejeitos de toda a natureza em qualquer lugar que não corresponda a aterro sanitário licenciado pela CPRH, ainda que este pertença e seja operado por outros Municípios; a, no prazo de seis meses, dar início às obras de implantação do aterro sanitário, contado esse prazo de seis meses da data de sua intimação da decisão da CPRH que lhe comunicar a concessão de

licença ambiental para início dessas mesmas obras; a, no prazo de seis meses, concluir e terminar todas as obras físicas e instalações de seu aterro sanitário referido no item acima, em estrita consonância com as especificações autorizadas pela CPRH, contado esse prazo a partir do início de suas obras; a, no prazo de dois meses, contados a partir da licença ambiental de operação, pôr em plena operação o seu aterro sanitário, de acordo com as especificações e condicionantes determinadas pela CPRH; a, no prazo de seis meses, contados a partir do momento em que essa decisão se torne exigível, apresentar ao IBAMA um Projeto de Recuperação de Área Degradada, a ser elaborado por engenheiro sanitário e por engenheiro florestal ou agrônomo contratado às suas expensas, com vistas a recuperar os danos ambientais cometidos no local de funcionamento do lixão irregular de sua responsabilidade e de que cuida esta ação, bem como reflorestar a dita área, projeto esse que deverá ser elaborado conforme as “ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS PARA ELABORAÇÃO DE PROJETOS DE RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS - PRAD OBJETIVANDO A REVEGETAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS POR DESMATAMENTO” e o “ROTEIRO PARA ELABORAÇÃO DE PLANO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA - PRAD - RECOMPOSIÇÃO FLORESTAL”; ao pagamento de multa diária na importância de R\$ 100,00 (cem reais) por cada dia de atraso ou descumprimento de qualquer dos prazos e obrigações aqui condenado; ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a títulos de danos morais difusos, quantia essa a ser paga ao Fundo de Defesa, que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85 e regulamentado pelo Decreto nº 1.306/19947; ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.000,00, a teor do art. 20, § 4º, do CPC.

2. Por força do duplo grau obrigatório os autos subiram a este Tribunal Regional.

3. No Parecer 5.263/2014, a Procuradoria Regional da República opina pelo não provimento da remessa necessária (fls. 253/257).

4. É o que havia de relevante para relatar.

5. Dispensada revisão. Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT (Relator):

1. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA ajuizou a presente ação civil pública em desfavor do Município de Paulista-PE, objetivando, em apertada síntese, a condenação do réu a apresentar projeto de aterro sanitário definitivo e pedido de licença ambiental junto à Agência Estadual de Meio Ambiente - CPRH, para abster-se de despejar e depositar entulho, lixo e rejeitos de toda natureza em qualquer lugar que não corresponda a aterro sanitário devidamente licenciado, bem como dar início e concluir as obras de implantação do aterro, além de apresentar ao IBAMA Projeto de Recuperação de Área Degradada - PRAD, com vistas a recuperar os danos ambientais no local de funcionamento do lixão irregular. Por fim, requereu o IBAMA a condenação no pagamento de multa pelo eventual descumprimento de quaisquer dessas obrigações e danos morais difusos em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

2. A matéria devolvida a esta Corte Regional diz respeito à utilização, pelo Município de Paulista-PE, de área denominada Mirueira, como local de descarrego clandestino e irregular de lixo urbano (Lixão da Mirueira), o que contraria a legislação ambiental em vigor.

3. O STF no julgamento do AI 852.520 (AgRedD) entendeu que a fundamentação *per relationem* pode ser utilizada pelo julgador, sem que isso implique em negativa de prestação jurisdicional. Dessa forma, adota-se parte das razões da douta sentença guereada como fundamento desta decisão. Trago, aqui, parte da fundamentação da mesma como motivação deste voto¹:

¹ Sobre a adoção da técnica, v. decisão do e. STF no julgamento do AI 852.520 (AgRedD). Impende registrar, também, o posicionamento da doutrina, explicitando que a fundamentação *per relationem* pode ser utilizada pelo julgador desde que: “a) não tenha havido suscitado de fato ao argumento novo, b) a peça processual à qual se reporta a decisão esteja substancialmente fundamentada, aplicando-se, ainda tudo o que se disse até aqui sobre os fundamentos da própria decisão, c) a peça que contém a fundamentação referida esteja nos autos e que a ela possam ter acesso as partes”. (*In* Curso de Processo Civil, vol. 02, Fredie Didier Junior e outros, p. 272)

Nos autos presentes, o IBAMA requereu ao Juízo a concessão de liminar, para os seguintes propósitos: a) ordenar ao réu que, obedecido prazo de tolerância de quatro meses, se abstenha de despejar e depositar entulho, lixo e rejeitos de toda natureza em qualquer lugar que não corresponda a aterro sanitário licenciado pela CPRH, ainda que estes pertençam e sejam operados por outros municípios; b) ordene o réu, no prazo de quatro meses, apresentar a esse Juízo o comprovante de protocolização de projeto de aterro sanitário definitivo e do respectivo pedido de licença ambiental junto à CPRH - Agência Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, projeto e pedido de licença ambiental junto à CPRH - Agência Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos e pedido de licença esses a serem apresentados segundo as orientações prévias e parâmetros a serem fornecidas pela CPRH, a pedido dos réus; c) imponha e comine ao réu e ao Prefeito do Município-requerido multa diária na importância de 1.000,00 (mil reais), devida solidariamente por cada um deles, pelo eventual descumprimento de qualquer dos prazos e obrigações que forem determinados sem sede de liminar. Ao final, pugnou pela procedência dos pedidos para: a) condenar o réu a, no prazo de dois meses, apresentarem a esse Juízo o comprovante de protocolização de projeto de aterro sanitário definitivo e pedido de licença ambiental para o mesmo aterro sanitário definitivo e de pedido de licença ambiental para o mesmo aterro junto à CPRH, a pedido dos réus; b) condenar o réu a, obedecido o prazo de tolerância de dois meses, abster-se de despejar e depositar entulho, lixo e rejeitos de toda a natureza em qualquer lugar que não corresponda a aterro sanitário licenciado pela CPRH, ainda que este pertença e seja operado por outros municípios; c) condenar o réu a, no prazo de seis meses, dar início das obras de implantação do aterro sanitário, contado esse prazo de seis meses da data de sua intimação da decisão da CPRH que lhe comunicar a concessão de licença ambiental para início dessas mesmas obras; d) condenar o réu a, no prazo de seis meses, concluir e terminar todas obras físicas e instalações de seu aterro sanitário referido no item acima, em estrita consonância com as especificações autorizadas pela CPRH, contado esse prazo a partir do início de suas obras; e) condenar o réu a, no prazo de dois meses, contados a partir da licença ambiental de operação, pôr em plena opera-

ção o seu aterro sanitário, de acordo com as especificações e condicionantes determinadas pela CPRH; f) condenar o réu a, no prazo de seis meses, contados a partir do momento em que essa decisão se torne exigível, apresentar ao IBAMA um Projeto de Recuperação de Área Degradada, a ser elaborado por engenheiro sanitarista e por engenheiro florestal ou agrônomo contratado às suas expensas, com vistas a recuperar os danos ambientais cometidos no local de funcionamento do lixão irregular de sua responsabilidade e de que cuida esta ação, bem como reflorestar a dita área, projeto esse que deverá ser elaborado conforme as “ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS PARA ELABORAÇÃO DE PROJETOS DE RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS - PRAD OBJETIVANDO A REVEGETAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS POR DESMATAMENTO” e o “ROTEIRO PARA ELABORAÇÃO DE PLANO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA - PRAD - RECOMPOSIÇÃO FLORESTAL”; g) condenar o réu e o Prefeito do Município-requerido ao pagamento de multa diária na importância de R\$ 1.000,00 (mil reais) devida solidariamente por cada um deles, por cada dia de atraso ou descumprimento de qualquer dos prazos e obrigações que a forem condenados na decisão de mérito; h) condenar o réu em soma a ser arbitrada pelo Juízo a títulos de danos morais difusos, quantia essa a ser paga ao Fundo de Defesa, que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85 e o Decreto nº 1.306/94. Em síntese, o autor pretende obter provimento jurisdicional para condenar o Município do Paulista a providenciar um aterro sanitário, licenciado pela CPRH, desativando o “Lixão” da Mirueira.

24. Em suma, são quatro os objetivos do IBAMA, na presente demanda: (i) busca a obtenção de ordem judicial que proíba e interdite o réu de proceder ao despejo ou depósito de lixo e resíduos oriundos dos serviços de limpeza urbana em qualquer lugar que não corresponda a aterro sanitário adequado a esse fim, devidamente licenciado pela CPRH; (ii) visa esta ação a compelir o Município-réu a licenciar, instalar e pôr em operação aterro sanitário regular e licenciado; (iii) pretende por meio da presente ação que o réu seja condenado a recuperar todos os danos ambientais decorrentes do funcionamento do lixão de sua responsabilidade, (iv) bem como a condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais difusos ao meio ambiente.

25. Verifico que a matéria ventilada, nos autos, não é estranha às hostes da Justiça Federal. Nesse sentido, acosto precedente tratando de matéria semelhante:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIXO URBANO. MUNICÍPIO DE PAUDALHO/PE. DEPÓSITO A CÉU ABERTO. AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO. RECUPERAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. CONSTRUÇÃO DE ATERRO SANITÁRIO LICENCIADO PELO CPRH. RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL.

1. Apelação do Município de Paudalho/PE e remessa oficial em face da sentença que julgou procedentes os pedidos, feitos em ação civil pública, de condenação à reparação de dano ambiental causado, concernentes ao depósito irregular de lixo urbano no município.

2. A CF/88 estabelece, no art. 225, que todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo o Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo, para que seja assegurado o interesse coletivo. Sem dúvida, ao Poder Judiciário cabe, embora excepcionalmente, a imposição da implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando a omissão perpetrada comprometa a própria integridade dos direitos sociais igualmente protegidos pela Carta Magna vigente.

3. É fato incontroverso que o Município-réu promove, ilegalmente, o descarte, a céu aberto, de resíduos sólidos diretamente sobre o solo, formando o “lixão”. Ante a ausência de licenciamento e conseqüente falta de técnicas protetivas apropriadas ou cautela no tratamento dos rejeitos domésticos, coloca-se em risco o meio ambiente e a saúde da população.

4. A existência de local adequado para pôr lixo não é só medida ambiental, mas de saúde pública, a requerer toda a atenção das autoridades competentes. Salienta-se que o município possui a responsabilidade pela saúde pública e de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, razão pela qual mostram-se acertadas as condenações presentes na sentença de primeiro grau.

5. Apelação e remessa oficial improvidas.

(APELREEX 00072470220114058300, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma, DJe - Data: 07/08/2013 - Página: 177.) (Grifos)

26. Adoto como fundamentação trecho do Parecer apresentado pelo MPF (fls. 201/201-v.), *in verbis*:

No mérito, assiste razão à parte autora.

A partir de denúncias recebidas no ano de 2008, fiscais do IBAMA constataram a existência de depósito clandestino e irregular de resíduos sólidos, o chamado “lixão”, no local denominado Mirueira, no Município do Paulista/PE, tendo sido lavrados auto de infração e termo de embargo/interdição (fls. 28/36).

Extrai-se dos documentos colacionados aos autos que, passados mais de três anos, a situação irregular permanecia, qual seja, depósito de lixo no local, agravando-se assim, os danos ambientais decorrentes de tal conduta.

Ainda que o réu tenha adotado algumas medidas paliativas, como a contratação provisória de empresa privada para tratamento de resíduos sólidos em município vizinho, mostra-se imprescindível a elaboração de projeto de aterro sanitário definitivo, com consequente concessão de licença ambiental pela CPRH, bem como a apresentação ao IBAMA de Projeto de Recuperação de Área Degradada, com vistas a recuperar completamente os danos ambientais cometidos no local, devendo ser observadas as especificações técnicas pertinentes, como pretende o IBAMA. Tal pedido encontra guarida em vasta legislação (...) como a Lei nº 12.305/2010, art. 47, e Lei nº 6.938/81, art. 2º, I e VIII. (...)

Ressalte-se que a informação trazida pela demandada acerca da formalização de contrato com a empresa Ecopesa Ambiental Ltda., visando a remediação do “lixão” da Mirueira, o transbordo dos resíduos domiciliares, dentre outras ações, não exaure o objeto da presente ação, que visa à implantação de aterro sanitário definitivo para o município, após devidamente licenciado pela CPRH, impedindo-se, assim, o despejo de resíduos sólidos no local indicado na exordial, além da recuperação da área que vem sendo afetada com o “lixão”.

Por outro lado, afigura-se possível a indenização por danos causados ao meio ambiente e impostos à coletividade, decorrentes do funcionamento do “lixão” irregular. (...). (Grifos).

27. Após compulsar os autos e apreciar as provas colacionadas, pondero que os pleitos autorais merecem ser acolhidos, em parte. Explícito. Somente o município, e não o Agente Público (Prefeito), deve ser responsabilizado no que tange à imposição de multa diária em caso de eventual descumprimento da presente decisão judicial, consoante entendimento do eg. TRF 5ª Região. Corroborando e fundamentando a conclusão acima, reproduzo o precedente abaixo:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. UTILIZAÇÃO DE LIXÃO IRREGULAR. INSTALAÇÃO DE ATERRO SANITÁRIO. RECUPERAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE LICENÇA DE FUNCIONAMENTO. MUNICÍPIO QUE FOI ADVERTIDO ANTERIORMENTE ACERCA DOS DANOS QUE ESTAVA CAUSANDO AO AMBIENTE. INÉRCIA. APLICAÇÃO DO ART. 23, VI, DA CF; ART. 47, II DA LEI 12.305/2010; ART. 10, LEI 6.938/81 (REDAÇÃO DA LC 140/2011). IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) AO MUNICÍPIO. POSSIBILIDADE. MULTA DIÁRIA (ASTREINTES). RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO (PREFEITO). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZATIVO. UTILIZAÇÃO PARCIAL DA TÉCNICA *PER RELATIONEM*. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O STF no julgamento do AI 852.520 (AgRedD) entendeu que a fundamentação *per relationem* pode ser utilizada pelo julgador, sem que isso implique em negativa de prestação jurisdicional. Dessa forma, adota-se parte das razões da douta sentença guerreada como fundamento desta decisão, discordando apenas no que pertine à imposição de multa diária ao Prefeito do Município-réu.

2. “Versam os autos acerca de ação civil pública ambiental, na qual o IBAMA deseja impedir a utilização de lixão irregular, a instalação de aterro sanitário licenciado, a recuperação dos danos ambientais e indenização por danos morais”.

3. “(...) de acordo com art. 23, VI, da Carta Magna é competência comum da União, Estados, DF e Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. Por sua vez, o art. 47, II,

da Lei 12.305/2010 expressamente proíbe o lançamento de resíduos sólidos ou rejeitos *in natura* a céu aberto, exatamente como vem acontecendo na hipótese em exame. De outra parte, o art. 10, *caput*, da Lei 6.938/81, na redação da LC 140/2011, estabelece que: (...) A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. (Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011)

4. “A despeito da indicada manutenção do lixão no Sítio Cajueiro, o Município de Condado não demonstrou, nem mesmo alegou, que tinha a licença de funcionamento, o que demonstra a irregularidade da sua conduta. Daí a necessidade de exigir-lhe a regular instalação de um aterro sanitário, devidamente licenciado pelo órgão competente, cabendo-lhe ainda a reparação dos danos ambientais causados pela sua atitude irregular”.

5. “O mesmo se diga quanto aos danos morais. Não foi a primeira vez que o Município de Condado praticou o combatido ato ilícito. Pelo contrário, outras duas vezes já foi advertido pela sua irregularidade, voltando, no entanto, a repeti-la. E tem razão o IBAMA ao argumentar que a alegação de falta de recursos financeiros não pode lhe socorrer, já que lhe é facultado contrair empréstimos, fazer parcerias, firmar convênios, etc. O fato é que a proteção do meio ambiente deveria ser uma prioridade municipal, o que infelizmente não aconteceu com o demandado.

6. “Quanto à competência para o licenciamento, é realmente da CPRH nesta situação, por ser o órgão estadual responsável. Deveras, um lixão irregular não causa impacto ambiental meramente local, não se aplicando ao caso o art. 6º da Resolução CONAMA 237/97. Pelo contrário, trata de impacto que alcança o limite territorial dos municípios vizinhos, incidindo o art. 5º da citada Resolução”.

7. No que pertine à imposição da multa diária (astreintes) diretamente contra o agente público, a jurisprudência do STJ e desta Corte Regional vem entendendo pela sua impossibilidade, haja vista ausência de preceito le-

gal autorizativo, devendo tal imposição, em caso de descumprimento de decisão judicial decorrente de obrigação de fazer ou não fazer, ser direcionada exclusivamente contra a Administração Pública. Precedentes: RESP 200500736827, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, *DJe* DATA: 26/04/2010; APELREEX 000709491 20104058400, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, *DJe* - Data: 30/06/2011 - Página: 242; AG 200905000985186, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 - Terceira Turma, *DJe* - Data: 05/03/2010 - Página: 326; AG 200605000769087, Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, TRF5 - Segunda Turma, *DJ* - Data: 08/01/2008 - Página: 547).

8. "(...) julgo PROCEDENTE o pedido, condenando o Município de Condado ao seguinte: 1) apresentar, em 2 meses, comprovante de projeto de aterro sanitário definitivo e de pedido de licença ambiental para o mesmo aterro, junto à CPRH e de acordo com suas orientações e parâmetros; 2) não mais despejar e depositar entulho, lixo e rejeitos de toda natureza não só no Sítio Cajueiro, mas também em qualquer lugar que não corresponda ao aterro sanitário licenciado pela CPRH, o que deverá acontecer depois de 2 meses, contados do término do prazo concedido no item 1 supra; 3) iniciar as obras de implantação do aterro sanitário após 6 meses da decisão da CPRH de licença ambiental; 4) concluir a referida obra no prazo de 6 meses, contados do prazo concedido no item anterior, de acordo com as especificações da CPRH; 5) apresentar projeto de recuperação de área degradada no prazo de 6 meses, contados do prazo mencionado no item 4; (...) Condeno o Município de Condado, ainda, ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de dano moral ambiental, o que faço com base na gravidade do dano e na condição econômica do ofensor. A quantia deverá ser posteriormente revertida ao Fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85".

9. Remessa oficial parcialmente provida, apenas para afastar a aplicação da multa diária ao Prefeito do Município de Condado/PE.

(REO 00008414420114058306, Desembargador Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Primeira Turma, *DJe* - Data: 12/09/2013 - Página: 90.)

JULGO PROCEDENTES os pedidos, nos termos do art. 269, I, CPC, para:

a) condenar o Município-réu do Paulista/PE a desativar o “lixão da Mirueira” (área identificada na inicial), no prazo de dois meses, e apresentar, em sede de cumprimento de sentença, o comprovante de protocolização de projeto de aterro sanitário definitivo e pedido de licença ambiental para o referido aterro sanitário junto à CPRH, a pedido do réu;

b) condenar o Município-réu do Paulista/PE a, obedecido o prazo de tolerância de dois meses, abster-se de despejar e depositar entulho, lixo e rejeitos de toda a natureza em qualquer lugar que não corresponda a aterro sanitário licenciado pela CPRH, ainda que este perença e seja operado por outros municípios;

c) condenar o Município-réu do Paulista/PE a, no prazo de seis meses, dar início às obras de implantação do aterro sanitário, contado esse prazo de seis meses da data de sua intimação da decisão da CPRH que lhe comunicar a concessão de licença ambiental para início dessas mesmas obras;

d) condenar o Município-réu do Paulista/PE a, no prazo de seis meses, concluir e terminar todas obras físicas e instalações de seu aterro sanitário referido no item acima, em estrita consonância com as especificações autorizadas pela CPRH, contado esse prazo a partir do início de suas obras;

e) condenar o Município-réu do Paulista/PE a, no prazo de dois meses, contados a partir da licença ambiental de operação, pôr em plena operação o seu aterro sanitário, de acordo com as especificações e condicionantes determinadas pela CPRH;

f) condenar o Município-réu do Paulista/PE a, no prazo de seis meses, contados a partir do momento em que essa decisão se torne exigível, apresentar ao IBAMA um Projeto de Recuperação de Área Degradada, a ser elaborado por engenheiro sanitário e por engenheiro florestal ou agrônomo contratado às suas expensas, com vistas a recuperar os danos ambientais cometidos no local de funcionamento do lixão irregular de sua res-

ponsabilidade e de que cuida esta ação, bem como reflorestar a dita área, projeto esse que deverá ser elaborado conforme as “ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS PARA A ELABORAÇÃO DE PROJETOS DE RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS - PRAD OBJETIVANDO A REVEGETAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS POR DESMATAMENTO” e o “ROTEIRO PARA ELABORAÇÃO DE PLANO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA - PRAD - RECOMPOSIÇÃO FLORESTAL”;

g) condenar o Município-réu do Paulista/PE ao pagamento de multa diária na importância de R\$ 100,00 (cem reais) por cada dia de atraso ou descumprimento de qualquer dos prazos e obrigações aqui condenado;

h) condenar o Município-réu do Paulista/PE ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a títulos de danos morais difusos, quantia essa a ser paga ao Fundo de Defesa, de que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85 e regulamentado pelo Decreto nº 1.306/1994;

Condeno o Município-réu do Paulista/PE ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 1.000,00 (um mil reais), em atenção ao art. 20, § 4º, do CPC.

4. Diante do exposto, nego provimento à remessa oficial, mantendo a sentença de origem pelos seus próprios fundamentos.

5. É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

7291-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias.....	13
7338-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias.....	21

AGRAVO DE INSTRUMENTO

132350-PB	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado).....	28
136232-CE	Rel. Des. Federal Cesar Carvalho (Convocado) ..	35
0800114-36.2014.4.05.0000 (PJe)	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	45
0801287-95.2014.4.05.0000 (PJe)	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	57

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

0801326-92.2014.4.05.0000 (PJe)	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	61
---------------------------------	---	----

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

24424-CE	Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro (Convocado)	75
27684-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	107
29081-PB	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	121
30316-SE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	128
30544-PB	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	139
30660-CE	Rel. Des. Federal Gustavo de Paiva Gadelha (Convocado)	163
30894-SE	Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira (Convocado)	170

APELAÇÃO CÍVEL

552451-RN	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	180
561093-PB	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	203

568176-CE	Rel ^a . Des ^a . Federal Joana Carolina Lins Pereira (Convocada)	212
569624-SE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	220
0800543-66.2013.4.05.8300 (PJe)	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	230

APELAÇÃO CRIMINAL

10694-RN	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convo- cado)	233
10765-CE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ...	256
11009-PE	Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro (Con- vocado)	270
11069-PE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	286

HABEAS CORPUS

5547-CE	Rel. Des. Federal Fernando Braga	308
---------	--	-----

REMESSA EX OFFICIO NA APELAÇÃO CÍVEL

569134-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	315
-----------	--	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Trbt	Ação anulatória. Lançamento. Imposto de Renda Pessoa Física. Substituição tributária. IRPF incidente sobre aluguéis pagos por pessoa jurídica. Retenção devidamente efetivada. Responsabilidade do substituto tributário. Não configuração. Lançamento suplementar de IRPF. Responsabilidade do locador (contribuinte). Aluguéis percebidos por pessoa física de pessoa jurídica. Retenção de IRPF na fonte. Valores informados em DIRPF pelo contribuinte e quantias indicadas pela fonte pagadora (locatário) em DIRF. Não coincidência. Perícia. Comprovação parcial em juízo. APELREEX 30894-SE 170
Cv, Amb e PrCv	Ação Civil Pública. Inundações. Manutenção e preservação de diques e equipamentos. Sistema de contenção e bombeamento de barragem. Obrigação do DNOCS. Omissão. Responsabilidade civil e ambiental objetiva. Teoria do risco integral. Aplicabilidade. Força maior. Não configuração. Danos aos interesses individuais homogêneos. Dano moral coletivo. Existência. Condenação em reparação dos danos. AC 552451-RN 180
PrCv	Ação Civil Pública. Litisconsórcio facultativo entre Ministério Público Federal e Estadual. Possibilidade. Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 5º. Inocorrência de veto. APELREEX 24424-CE 75
Amb	Ação Civil Pública. Ocupação irregular de área de praia. Barraca de praia. Praia de Cumbuco-CE. Área de preservação perma-

	nente. Determinação de remoção das instalações, construções, edificações, na sua integralidade. Condenação na obrigação de fazer consistente na recuperação física do dano ambiental e paisagístico causado. APELREEX 30660-CE 163
Ct e Adm	Ação Civil Pública. Restauração de bens tombados como patrimônio histórico. Casa e igreja da Fazenda Tejupeba. Responsabilidade primária dos proprietários. Ausência de comprovação da suficiência financeira dos proprietários do bem para a restauração dos elementos artísticos. Custo elevado. Responsabilidade do IPHAN. Possibilidade. AC 569624-SE 220
Ct	Ação Civil Pública ambiental. Utilização de depósito irregular e clandestino de rejeitos e entulhos (Lixão da Mirueira). Instalação de aterro sanitário. Recuperação de danos ambientais. Indenização por danos morais. Possibilidade. Inexistência de licença de funcionamento. Imposição de multa diária (<i>astreintes</i>) ao município. Possibilidade. REOAC 569134-PE 315
Adm	Ação de indenização por danos morais. Cadeirante. Impedimento de acesso ao interior de Agência da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Ausência de via de acesso apropriada. Constrangimento e humilhação públicos diante das demais pessoas ali presentes. Danos morais. Ocorrência. AC 0800543-66.2013.4.05.8300 (PJe) 230
Trbt, Ct e PrCv	Ação objetivando a decretação da nulidade de execuções fiscais. Contribuições previdenciárias sobre a remuneração paga aos

	empregados da parte agrícola de empresa agroindustrial com base no art. 22 da Lei 8.212/1991. Ausência de ilegalidade. AC 561093-PB 203
Adm e Amb	Ação popular. Projeto orla. Beira-mar da praia do Bessa em João Pessoa. Requalificação urbana. Vegetação nativa protetora/fixadora das dunas e ninhos de tartaruga-de-pente existentes na praia. Área de preservação permanente. Projeto urbanístico que não atende às questões ambientais. APELREEX 30544-PB 139
PrCv	Ação rescisória. Pedido de desconstituição da sentença rescindenda. Ausência de dolo da ré. Improcedência da ação. AR 7338-PE 21
Ct, Adm e PrCv	Ação rescisória. Servidores públicos. Médicos do quadro do Poder Judiciário Federal. Jornada de trabalho de quatro horas. Entendimento do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Prevalência. Improcedência da rescisória. AR 7291-PE 13
Adm PrCv	Agravo em suspensão de liminar. Decisão proferida em ação civil pública. Suspensão da inauguração de Unidade de Pronto Atendimento – UPA. Risco de grave lesão à saúde pública. Demonstração. Hipótese que justifica a concessão da contracautela política. AgRg na SL 0801.326-92.2014.4.05.0000 (PJe) 61
Prev	Aposentadoria especial. Médica. Segurada autônoma. Contagem do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde. Possibilidade. APELREEX 30316-SE 128

C

Trbt e PrCv	Contribuições sociais sobre valores pagos a título de serviços de assistência médica a empregados próprios da empresa ou por ela conveniada. Ausência de natureza remuneratória. Ocorrência de isenção tributária, desde que a assistência médica abranja a totalidade de empregados e dirigentes da empresa. APELREEX 27684-CE 107
Pen e PrPen	Crime de aquisição e transporte de areia extraída sem autorização de área de assentamento do INCRA. Conduta tipificada na Lei nº 8.176/91, art. 2º, § 1º. <i>Emendatio libeli</i> . Prescrição retroativa do crime ambiental. Desnecessidade da declaração de atipicidade em relação ao delito da Lei nº 9.605/98, art. 55. Readequação das penas. Incompatibilidade da pena de recuperação do meio ambiente degradado com a prescrição do crime ambiental. ACr 11069-PE 286
PrPen e Pen	Crime de lavagem de dinheiro. Materialidade e autoria. Comprovação. Inquéritos ou ações penais em curso. Majoração da pena-base. Impossibilidade. Causa de aumento. Incidência. Inépcia da denúncia. Rejeição. ACr 10765-CE 256
Pen	Crime de redução a condição análoga à de escravo. Crime cujo tipo tem natureza alternativa. Trabalho de maneira degradante. Ausência de comprovação quanto ao dolo de recrutamento de menores. Condenação pelo crime do CP, art. 149, <i>caput</i> . ACr 11009-PE 270

D

PrCv	Direito à saúde. Concessão de cão guia. Inexistência de obrigação do Estado. AgTr 136232-CE 35
------	--

E

PrCv e Adm	Ensino superior. Professor. Supressão de vantagem. Diferença entre os vencimentos da classe de professor adjunto para a de professor titular. Alteração na classificação de professores. Decadência. Não ocorrência. AgTr 0801287-95.2014.4.05.0000-PB (PJe) 57
Pen e PrPen	Estelionato majorado em continuidade delitiva. Concussão. Concurso material de crimes. Apropriação de verbas do Sistema Único de Saúde (SUS) mediante inserção de informações falsas em autorização de internação hospitalar (AIH). Exigência de vantagens indevidas a pacientes assistidos pelo SUS valendo-se da condição de médico conveniado. Autoria e materialidade comprovadas. ACr 10694-RN 233
Amb	Execução de sentença proferida em ação civil pública. Ocupação irregular em terreno de praia. Dano ambiental reconhecido. Novas ocupações. Direito difuso. Efeito <i>erga omnes</i> . AgTr 132350-PB 28

H

PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Associação para tráfico internacional de entorpecentes. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Requisitos. Atendimento. HC 5547-CE 308
-------	--

M

Adm	Militar. Processo disciplinar. Próprio nacional residencial. Inobservância do dever de guardar silêncio em determinado horário. Expulsão da unidade habitacional sob pena de multa de 10 vezes o valor pago pelo uso do bem. Imposição de multa mensal, de grande onerosidade, pela inobservância da obrigação. Permanência do militar. Ordem de prisão por 8 dias. Excesso das sanções. Direito à moradia. Proteção da unidade familiar de baixa renda. Suspensão das penas. Cabimento. AgTr 0800114-36.2014.4. 05.0000 (PJe) 45
-----	---

P

Prev	Pensão por morte. Falecimento do esposo da autora. Percepção anterior de amparo social pelo <i>de cuius</i> . Trabalhador rural. Início de prova material. Prova testemunhal. Direito ao benefício. APELREEX 29081-PB 121
------	---

R

Ct	Responsabilidade civil do Estado. Ação policial clandestina. Ingresso no edifício sede do Poder Legislativo Municipal. Abordagem de Secretária da Saúde local. Dano moral. Nexo de causalidade evidenciado. AC 568176-CE 212
----	--