



TRF - 2ª Região

**INFOJUR**Informativo de  
Jurisprudência***A memória que se constrói: 20 Anos do INFOJUR***

*Há 20 anos, o Infojur foi criado pela Comissão de Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, formada, à época, pelos desembargadores federais Sergio Feltrin, Tania Heine, Poul Erik e André fontes. O informativo nasceu com o intuito de veicular decisões colegiadas de forma a contribuir para a pesquisa jurisprudencial que os diversos operadores do direito sempre buscaram nesta Corte Regional.*

*Ao longo desse período, sofreu algumas alterações, mas, a partir de 2016, o Infojur se sedimentou com a estrutura atual.*

*Visando a celebrar esse instrumento, selecionamos resenhas publicadas já no formato vigente, além de algumas produzidas no período inaugural. Através dessa compilação acreditamos ser possível ter um panorama, ainda que deveras fracionário, das demandas trazidas ao Tribunal, que contribuíram para a composição da memória do nosso colegiado.*

**ACÓRDÃOS EM DESTAQUE****HÁ 20 ANOS: [No início do INFOJUR](#)****ÓRGÃO ESPECIAL: [Repasso de verbas públicas municipais ao Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio-2016 – COJO](#)****ÓRGÃO ESPECIAL: [Remanescentes de comunidades quilombolas e a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/03](#)****1ª SEÇÃO ESPECIALIZADA: [“Seleção dos Poupançudos”](#): hipótese de marketing de emboscada em relação à marca de propriedade da CBF e à imagem da seleção brasileira de futebol****1ª TURMA ESPECIALIZADA: [Intermediação em crime de tráfico internacional de mulheres](#)****2ª TURMA ESPECIALIZADA: [Desnecessidade da privação de liberdade de locomoção para caracterização de condição análoga a de escravo](#)**

**2ª TURMA ESPECIALIZADA: Dupla maternidade: salário maternidade pode ser concedido à mãe não gestante em relação homoafetiva**

**3ª TURMA ESPECIALIZADA: Não incidência de Imposto de Renda sobre Stock Option Plans**

**4ª TURMA ESPECIALIZADA: O audiobook e o alcance da imunidade tributária sobre livros**

**5ª TURMA ESPECIALIZADA: Contaminação química por “pó de broca” abandonado pela União Federal na área conhecida como Cidade dos Meninos**

**5ª TURMA ESPECIALIZADA: Proibição de reforma compulsória de militar transgênero**

**6ª TURMA ESPECIALIZADA: Retorno de anistiado ao serviço público não pode ser realizado em regime jurídico diverso daquele que o empregado tinha por ocasião da demissão**

**6ª TURMA ESPECIALIZADA: Autodeclaração: ilegalidade em condicionar a aferição de sua veracidade a episódios de discriminação**

**6ª TURMA ESPECIALIZADA: Impedimento de inscrição de candidato casado ou com filhos para ingresso no Curso da Escola Naval**

**6ª TURMA ESPECIALIZADA: Proibição de pesca na região afetada pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana-MG**

**6ª TURMA ESPECIALIZADA: Retenção parcial de valores do Fundo de Participação dos Estados ante a não aplicação do percentual mínimo em serviços públicos de saúde**

**7ª TURMA ESPECIALIZADA: Descabimento de critério territorial para acesso ao ensino superior**

**8ª TURMA ESPECIALIZADA: A implementação da política pública de proteção ambiental não dispensa o respeito ao direito à moradia e existência digna das populações tradicionais**

## ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

[volta](#)

### No início do INFOJUR

INFOJUR 1 – Processo 99.02.06548-1 - 6ª TURMA

RELATOR: Desembargador Federal André Fontes

#### **Tribunal não permite que estrangeiro advogue sem registro da OAB**

Advogados estrangeiros que queiram exercer a profissão no Brasil têm que fazer o exame de ordem da OAB. A exigência do exame garante a qualidade técnica dos bacharéis de Direito que pretendam atuar no País.

Essa foi uma das fundamentações do voto do Dr. André Fontes, da 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que foi o relator do recurso apresentado por um advogado alemão contra sentença da Justiça Federal do Espírito Santo. "O exame é uma tentativa de selecionar, dentre os profissionais do Direito, aqueles que tenham um mínimo de qualificação técnica para postular em juízo defesa de direito alheio", afirmou o magistrado.

O advogado, casado com uma brasileira e residente no Brasil desde 94, ajuizou ação na 1ª instância para ser isentado de prestar o exame da Ordem dos Advogados. Segundo informações dos autos, ele se formou na Alemanha, sendo autorizado pelo Senador da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo a exercer a advocacia, conforme as leis daquele país. Mais tarde, teve seu diploma revalidado pelo Ministério da Educação e Cultura do Brasil, equiparando-se aos bacharéis de Direito formados em faculdades brasileiras.

Em 95, o advogado protocolou um processo administrativo na OAB, para obter o registro junto ao órgão, o qual foi negado, após quatro anos de tramitação. Em suas alegações, o bacharel sustentou que a Lei nº 8.906, de dezembro de 1994, que estabeleceu o exame de ordem para os advogados, contrariaria a Constituição.

Ele declarou que, visto que já possuiria autorização para advogar livremente na Alemanha, não deveria ser submetido a qualquer teste, e, por isso, o disposto na lei feriria o princípio constitucional da isonomia, dando tratamento desigual aos advogados brasileiros e estrangeiros.

Para o Dr. André Fontes, é justamente em respeito ao princípio da isonomia que deve ser exigido dos estrangeiros o exame da OAB, já que a exigência se estende a todos os bacharéis que queiram advogar, sejam brasileiros ou não, sem exceção.

O relator entendeu que a Constituição condiciona o exercício de qualquer ofício à comprovação das qualificações profissionais exigidas em lei, o que é o caso do exame da OAB: "Desta forma, a possibilidade de estrangeiro atuar na atividade advocatícia no Brasil sem o cumprimento do enunciado no inciso IV da Lei nº 8.906/94, configuraria, esta sim, ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que nem a lei, nem a Constituição da República previram tal exceção".

INFOJUR 3 – Processo 99.02.14284-2 - 1ª SEÇÃO

RELATOR: Desembargadora Federal Tania Heine

#### **Ex-Oficial é reincorporado à Aeronáutica através de ação rescisória**

A Primeira Seção do TRF da 2ª Região, por unanimidade, no julgamento de uma ação rescisória, rescindiu sentença e acórdão que haviam desligado da Aeronáutica um oficial com mais de doze anos prestados à instituição, entre estudo e serviço ativo. No dia 21/06/2001 foram julgados embargos de declaração do autor pedindo que fossem discriminados no voto todos os direitos a que ele faria jus a partir do desligamento em 1996. Os embargos garantiram ao oficial, com efeito retroativo, todas as promoções e respectivos soldos, bem como gratificações e indenizações no período com base nos paradigmas de sua turma, ou seja, de outros oficiais que se formaram junto com ele. Contudo, o acórdão que lhe garantiu o retorno à Aeronáutica foi julgado antes, em 15/2/2001.

Os fatos que levaram a seu desligamento da Arma começaram em 1988 quando, após três anos de estudo na Escola de Cadetes, ingressou na Academia da Força Aérea – AFA. Podendo optar pelos cursos de Aviação, Intendência ou Infantaria, escolheu o primeiro, mas foi, no entanto, reprovado no exame de vista, ainda durante o primeiro ano. Tendo que escolher entre um dos outros dois cursos, optou pela Infantaria, mas não havia vaga naquele ano. O curso na AFA tem duração de quatro anos, sendo os dois primeiros básicos e os dois últimos profissionalizantes. Ele então continuou o básico na Aviação até o ano seguinte, quando abria certo percentual de vagas na Infantaria. Contudo, dentro dos critérios administrativos da instituição, novamente ele não pôde fazer o curso. Em vista disso, decidiu entrar na Justiça e impetrou uma ação ordinária e outra cautelar com pedido de liminar a fim de garantir sua vaga na Infantaria. Ganhou a liminar, terminou o curso, foi declarado aspirante e designado para o VII COMAR de Manaus, onde serviu por seis anos.

Com sua esposa grávida de oito meses, recebeu a notícia de que a ação ordinária havia sido julgada e considerado improcedente seu pedido para cursar a Infantaria. De acordo com a Lei nº 6.880/80, teria, então, que ser licenciado da Aeronáutica, o que ocorreu em 24/07/96. Apelou da sentença na ação ordinária que, no entanto, foi confirmada em acórdão. Foi então que entrou com a ação rescisória, cujo pedido foi julgado procedente em 15/02/2001.

A relatora do acórdão que beneficiou o oficial, Desembargadora Tania Heine, reconheceu que a matéria era conflitante, mas entendeu que havia um fato consumado que, se desconsiderado, prejudicaria tanto o autor quanto a União Federal, que havia investido muito na formação do oficial. No processo foram anexadas declarações de superiores elogiando o desempenho do autor. *“Assim, a questão relativa ao direito ao Curso de Infantaria, mais precisamente ao direito de cursá-lo em face do percentual de vagas oferecidas (...) encontrava-se totalmente superada (...). O que existe (...) é uma situação consolidada, em que não há possibilidade de reverter ao status quo anterior (...) tampouco a União poderá recuperar o ‘incomensurável investimento na formação do cadete’, segundo palavras do douto assistente jurídico do DEPENS [da própria Aeronáutica](...) julgo procedente a ação rescisória para rescindir o acórdão (...) reintegrando o autor ao posto que ocupava antes de ser licenciado(...).”*

A relatora foi acompanhada por unanimidade pelos outros componentes da Primeira Seção.

#### INFOJUR 5 – Processo 2000.02.01.055631-6 - 1ª TURMA

RELATOR: Desembargador Federal Ney Fonseca

#### **Militar portador de Aids não pode ser reformado**

A Primeira Turma do TRF da 2ª Região decidiu, no dia 14/05/2001, que os militares portadores do vírus HIV não poderão ser reformados ou licenciados, caso não apresentem os sintomas da doença. O acórdão contraria uma norma das Forças Armadas que determina o licenciamento compulsório dos militares portadores do vírus independentemente da manifestação dos sintomas. A decisão foi tomada no julgamento de um recurso interposto pela União Federal contra liminar concedida pela 24ª Vara Federal. Na liminar, pedida em Ação Civil Pública, o Ministério Público Federal – MPF, além de impedir a reforma, pediu também que não fossem realizados os exames médicos obrigatórios a fim de detectar o vírus nos militares.

O relator do processo, Desembargador Ney Fonseca, em seu voto, entendeu que, se assiste razão ao MPF quanto aos perigos da reforma obrigatória, da mesma maneira está correta a União quanto à necessidade dos exames médicos. A seu ver, os exames são importantes “para a adoção de providências necessárias a atender o próprio portador da doença... permite também impedir a prática... de tarefas que possibilitem o contágio... permitindo assim sua permanência no serviço ativo em outras atividades, sem prejuízo de si próprio, dos colegas e dos cofres públicos”.

Quanto à reforma compulsória, observou que não é razoável reformar um profissional com capacidade de trabalho, podendo esse servidor ser readaptado a funções compatíveis com seu estado, conforme prevê o artigo 24 da Lei 8812/90. Neste sentido, foi favorável à cassação parcial da liminar, autorizando os exames médicos, mas impedindo a reforma. Seu voto, dando provimento parcial, foi acompanhado pela maioria da Turma, vencida a Desembargadora Julieta Lunz que foi favorável também à reforma, desde que para benefício do doente.

**INFOJUR 8 – Processo 1999.02.01.058113-6- 6ª TURMA**

RELATOR: Desembargador Federal André Kozlowski

**Tribunal garante indenização à viúva e aos filhos de Rubens Paiva**

Uma decisão da 6ª Turma do TRF-2ª Região assegurou indenização, por danos material e moral, à viúva e aos cinco filhos do ex-deputado Rubens Paiva, torturado e assassinado durante a ditadura militar. Apesar de já terem transcorrido 30 anos desde a morte do ex-deputado, a ação só foi ajuizada na Justiça Federal vinte anos após o fato, quando a Justiça Militar, onde tramitava um outro processo que apurava o desaparecimento, entendeu que a competência para julgar a causa da indenização à família de Rubens Paiva é da Justiça Federal. Em sua decisão, a Turma determinou que a União pague à esposa R\$ 3 mil, multiplicados pelo número de anos correspondentes à expectativa de vida do ex-deputado, levando-se em conta a sua idade à época do desaparecimento. A decisão também inclui na indenização o valor das despesas com que a família teve que arcar tentando localizar o paradeiro da vítima, mais 350 salários-mínimos a cada um dos beneficiados pela decisão, a título de reparação "pela dor da perda brutal de seu ente querido e brutal pressão a que foram submetidos". Além disso, a viúva receberá o valor referente a uma apólice de seguro devida contratada pela vítima junto à Atlântica Cia. Nacional de Seguros, que nunca havia sido saldada, e mais uma pensão vitalícia do INSS, correspondente aos descontos mensais que Rubens Paiva fazia para a Previdência. A decisão da 6ª Turma foi proferida nos autos da apelação apresentada pela União contra sentença da Justiça Federal do Rio.

Segundo informações dos autos, em 20 de janeiro de 1971, durante o governo do General Médici, Rubens Paiva teve sua residência no Rio invadida por seis homens usando roupas civis, fortemente armados. Eles renderam o próprio ex-deputado e empresário, sua esposa, os filhos do casal, que contavam na época 17, 15, 13, 11 e 10 anos de idade, e os empregados, declarando que estariam numa operação policial contra criminosos. Um dos invasores teria dito que havia recebido ordens de levar Rubens Paiva e sua esposa para prestar depoimento no quartel da 3ª Zona Aérea, apesar de não terem apresentado qualquer identidade ou intimação. Ainda de acordo com os autos, Rubens Paiva saiu dirigindo o próprio carro, acompanhado de dois dos que se diziam agentes. Os demais invasores permaneceram na casa. O empresário jamais retornou a sua casa. Em depoimento prestado nos autos, a viúva Eunice Facciola Paiva, mais tarde levada para interrogatório no extinto DOI-CODI (Departamento de Operações e Informações - Centro de Operações e Defesa Interna), declarou ter visto o nome e a fotografia de seu marido no livro de registros da delegacia, além de ter visto seu carro estacionado no pátio daquele órgão. Em seguida, diversas informações truncadas foram divulgadas publicamente, sendo que a versão oficial do Estado Maior do I Exército dava conta de que o ex-deputado teria fugido da Polícia, numa operação conduzida por "subversivos" e "terroristas", com os quais teria ligações, e que ele estaria foragido. Segundo informações prestadas no processo por um médico que teria examinado Rubens Paiva, ele se encontrava agonizante no DOI-CODI: "*ele era uma equimose só*". Ainda na década de 70, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana- CDDPH tentou oferecer denúncia contra a prisão do empresário ao Superior Tribunal Militar, mas segundo depoimento de um dos seus integrantes, os conselheiros foram coagidos pelos militares a pedir o arquivamento do processo, que só teve seguimento na Justiça Militar após a edição da Lei da Anistia.

Na apelação ao TRF, a União sustentou que a Lei nº 9.140, de 1995, asseguraria apenas à esposa, e não aos filhos, o direito à indenização devida aos familiares de perseguidos políticos. Essa lei reconhece como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. A União alegou que a lei asseguraria apenas o pagamento à viúva do valor único de 3 mil reais, multiplicado pelo número de anos correspondentes à expectativa de sobrevivência do desaparecido, levando-se em consideração a idade à época do desaparecimento. Com essa alegação, em sua defesa, a União afirmou que a indenização não poderia ter incluído as demais verbas determinadas em Juízo.

O relator do processo na 6ª Turma, Desembargador Federal André Kozlowski, entendeu que o valor previsto, a título de reparação, pela Lei nº 9.140/95 é uma parte das indenizações devidas por danos morais e materiais, devendo ser estendidas aos filhos do casal: "*os autores a elas fazem jus, tornando-se desnecessário tecer maiores considerações acerca da época de ditadura, quando vários cidadãos respeitados, pais de família, foram brutalmente presos e torturados até a morte, sem qualquer imputação legal. Acrescente-se ainda que o direito às demais parcelas não se condiciona à Lei nº 9.140/95, sendo certo que são cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato, a teor da Súmula nº 37 do STJ.*"

**SUSPENSÃO DE LIMINAR DEFERIDA - 0100626-73.2016.4.02.0000 (2016.00.00.100626-4)**

**INFOJUR 222**

**Decisão em 14/12/2016 - Disponibilização no e-DJF2R de 19/12/2016**

**Relator: Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND- Órgão Especial**

[volta](#)

## **Repasse de verbas públicas municipais ao Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio-2016 – COJO**

Trata-se de agravo interno interposto pelo MPF de decisão proferida pelo Corregedor Regional da Justiça Federal da 2ª Região, Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro, no exercício da Presidência do TRF2, em regime de plantão, que deferiu o pleito de suspensão, formulado pelo Município do Rio de Janeiro, de liminar proferida em ação civil pública.

Em 14/07/2016, o MPF propôs ACP em face do COJO, com pedido de liminar, para que fosse determinado que o réu desse ampla publicidade às suas receitas e gastos ao público em geral; fornecesse todas as informações aos órgãos estatais de controle; contabilizasse os bens e serviços providos pela UF como receita in natura dispondo-os, separadamente, em suas demonstrações contábeis, de forma a registrar os valores oriundos do governo federal a título de subsídio - e, finalmente, que apresentasse relatório consolidado informando a totalidade dos recursos despendidos até então com a organização dos Jogos Olímpicos Rio2016, discriminando os gastos com orçamento próprio e aqueles com subsídios da União Federal.

Foram expedidos mandados de citação e intimação para que o COJO se manifestasse sobre o pedido liminar. Em sua defesa prévia, pugnou pelo indeferimento da medida, declarando tratar-se de associação civil de direito privado, com natureza desportiva, sem fins econômicos, cujo objetivo era promover, organizar e realizar os Jogos Olímpicos e Paralímpicos no Rio de Janeiro, em 2016. Apontou que sua receita compreendia, exclusivamente, recursos advindos de patrocínio, de venda de ingressos para os eventos esportivos, do licenciamento de suas marcas para venda de produtos diversos e de repasses.

Assinalou, ainda, que custeava a totalidade de suas operações com recursos privados, não tendo recebido, por convênio ou por qualquer outro meio, recursos, verbas ou bens da União Federal, do Estado do Rio de Janeiro ou do Município do Rio de Janeiro, e que não havia déficit operacional.

A 3ª Vara Federal determinou a inclusão da UF, no polo passivo da ação, e deferiu, em parte, a liminar, determinando que, após o término dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos – Rio 2016, o COJO desse ampla publicidade às suas receitas e despesas (com ressalva de documentos restritos ou sigilosos, por motivo de interesse público, nos termos da lei) e que fornecesse todos os dados relativos a receitas e gastos ao MPF e ao TCU, no prazo de 10 dias da data da solicitação.

A declaração, fornecida pelo Ministro da Casa Civil e noticiada na imprensa (fato superveniente), de que a UF e o Município do Rio de Janeiro repassariam, respectivamente, cento e vinte milhões de reais e cento e cinquenta milhões de reais ao Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos – Rio 2016, para a cobertura de déficit, ensejou aditamento à inicial do MPF, para requerer a inclusão do Município do Rio de Janeiro no polo passivo da ação civil pública, como também nova providência em caráter liminar, a saber: abstenção de qualquer repasse de verbas públicas ao COJO, até que fosse propiciada ampla publicidade acerca de todas as suas receitas e despesas; que o Comitê Olímpico fornecesse a totalidade dos dados relativos a receitas e gastos ao MPF e ao TCU, e apresentasse, com a devida publicidade, as justificativas para o recebimento de verbas públicas, sob pena de multa diária; e, caso já tivessem sido feitos os repasses, que o COJO se abstinhasse de fazer uso de tais recursos, também sob pena de multa diária; e que a UF, o Município do Rio de Janeiro e o COJO informassem, no prazo de 48 horas, se o mencionado repasse fora de fato realizado, sob risco de bloqueio da quantia de duzentos e setenta milhões de reais da conta do Comitê Organizador e quebra de sigilo bancário deste último.

Em regime de plantão na 11ª Vara Federal, o magistrado entendeu que a análise do pedido liminar deveria ser precedida das manifestações dos órgãos envolvidos. Após a realização dos pronunciamentos solicitados, deferiu a liminar postulada pelo MPF, para determinar que a UF e o Município do Rio de Janeiro se abstinhassem de repassar verbas públicas ao COJO até que fosse dada ampla publicidade acerca de suas receitas e despesas; e que o Comitê Olímpico disponibilizasse todos os dados ao MPF e TCU, fornecendo as justificativas para o recebimento de verbas públicas, com igual publicidade, incorrendo em multa diária no valor de cem mil reais, em caso contrário. Na hipótese de já ter havido o repasse, requereu o julgador que nenhum pagamento ou transferência fosse realizado com esses recursos.

O Município do Rio de Janeiro pediu a suspensão da liminar, cabendo ao desembargador federal, corregedor regional da Justiça Federal da 2ª Região, Guilherme Couto de Castro, então no exercício da presidência do TRF2, decidir, em regime de plantão, sobre o pedido.

Ponderou, o julgador, que os efeitos do deferimento da liminar, proferida em regime de plantão no decorrer da competição olímpica, ameaçavam, per se, a realização dos jogos paralímpicos Rio-2016, já que a receita advinda da venda de ingressos e contratos de patrocínio, conforme demonstrado no pedido do Município, não custearia sua consumação.

Por outro giro, entendeu que a suspensão dos efeitos da tutela acautelatória não impediria o êxito da ação movida ou a imperativa transparência na prestação de contas dos convênios e recursos repassados e eventuais responsabilizações e punições de desvios.

Asseverou o desembargador, ainda, que a decisão combatida, tomada em juízo de cognição sumaríssima, tinha o potencial de acarretar grave prejuízo à ordem pública, jurídica e social, tendo em vista o risco de impedir a realização dos jogos paralímpicos. Deferiu, em vista disso, o pedido de suspensão dos efeitos da liminar atacada, e fixou sua vigência até a prolação da sentença na ação civil pública.

O MPF, inconformado, agravou da decisão, mencionando acórdãos do Plenário do TCU (2.596/2013, 3.427/2014 e 1.857/2015) referentes a atos de gestão, transparência, e gastos de dinheiro público em decorrência das Olimpíadas.

O Município do Rio de Janeiro contrarrazoou, mas a UF não se manifestou. Esta havia proposto igual medida de suspensão de liminar, separadamente, e reservou-se ao direito de apresentar sua manifestação nos autos específicos.

O presidente do TRF2, desembargador federal Poul Erik Dyrland, ao analisar o agravo interno interposto pelo MPF, salientou que a suspensão de liminar é medida de contracautela de caráter excepcional e não pode ser utilizada como sucedâneo recursal, devendo sofrer análise rigorosa de seus pressupostos – os quais, in casu, entendeu presentes para o deferimento da medida pleiteada. Considerou que no caso sub examine a decisão agravada visou a não colocar em risco a realização dos Jogos Paralímpicos Rio-2016, diante do periculum in mora inverso.

Quanto à forma de controle dos gastos públicos com os Jogos, sustentou o desembargador que tal discussão extrapola o âmbito de cognição da suspensão de liminar, adstrita à análise de violação à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade.

Entendeu, por fim, que as razões do parquet federal mostraram-se insuficientes a um possível juízo de retratação – mantendo, destarte, a decisão objurgada por seus próprios fundamentos, sendo acompanhado, à unanimidade, pelos membros do Órgão Especial.

Precedentes:

**STJ:** Súmula nº 208 (DJ de 03/06/1998);

**TFR:** Suspensão de Liminar nº 4.405/SP (DJU de 07/02/79).

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - 0000676-32.2012.4.02.5109 (2012.51.09.000676-8)**

**INFOJUR 229**

**Decisão em 13/04/2018 – Disponibilização no e-DJF2R de 18/04/2018**

**Relator: Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND - Órgão Especial**

[volta](#)

## **Remanescentes de comunidades quilombolas e a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/03**

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, normativa responsável pelas diretrizes para o procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas, em atendimento ao previsto no art. 68 do ADCT da Carta Magna de 1988.

O INCRA ajuizou ação de desapropriação, por interesse social, visando a regularizar território ocupado por comunidades remanescentes de quilombo, com fundamento no art. 68 do ADCT, no Decreto nº 4.887/2003, no Decreto-Lei nº 3.365/41 (que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública) e nos arts. 5º, XXXIV, e 216, § 1º, da CRFB/88.

O juiz de piso, reconhecendo a inconstitucionalidade, incidenter tantum, do Decreto nº 4.887/2003, julgou o feito extinto, sem resolução de mérito, ao argumento de que a pretensão da parte autora seria carente de base legal.

O INCRA e o MPF, em seus apelos, defenderam a constitucionalidade do Decreto supramencionado, pugnano pelo reconhecimento do suporte normativo da pretensão deduzida na exordial.

O relator das apelações, desembargador federal Reis Friede, trouxe à baila, primeiramente, a letra do art. 68 do ADCT: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.” Conforme sua compreensão, o Decreto em debate foi editado em face de tal dispositivo, e, quando do julgamento da referida ação de desapropriação, já era objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal, por intermédio da ADI nº 3.239/DF, havendo o relator, Ministro César Peluso, votado no sentido da sua inconstitucionalidade, de modo que o julgamento foi adiado, após pedido de vista.

Nesse concernente, asseverou o julgador, também, que o Decreto nº 4.887/03 distanciou-se do teor do art. 68 do ADCT, conquanto haja redefinido e ampliado o destinatário do dispositivo constitucional, que passou de “pessoas físicas descendentes daqueles que integraram uma

comunidade de quilombo e que estivessem, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, ocupando aquelas terras” para “grupos ético-raciais, representados por associações legalmente constituídas”.

Registrou, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido que o instituto da desapropriação, por se tratar de exceção ao direito de propriedade, deveria ser entendido de forma restritiva, não cabendo ao intérprete da norma autorizadora da desapropriação estender as hipóteses taxativamente previstas em lei.

Destacou o magistrado, por fim, que o Decreto subanálise criou uma verdadeira expansão da extensão territorial ao determinar consistirem em “terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.”

Ante o exposto, entendeu a 7ª Turma Especializada suspender o julgamento das apelações interpostas, nos termos do voto proferido pelo desembargador federal Reis Friede, para que o Plenário do TRF2 se manifestasse acerca da constitucionalidade do mencionado Decreto.

O Ministério Público Federal apresentou, a seu turno, parecer, ressaltando, entre outras questões, que o art. 68 do ADCT veicula norma definidora de direito fundamental (e, portanto, autoaplicável e objeto de interpretação extensiva) que visa a garantir os direitos culturais dos remanescentes de quilombo que mantenham suas tradições e *modus vivendi*”, além de promover a justiça social de um grupo étnico estigmatizado, reparar uma injustiça histórica contra descendentes de escravos e tutelar o patrimônio cultural do país.

Sustentou, outrossim, a constitucionalidade da titulação coletiva das terras quilombolas e da conceituação sobre terras ocupadas por remanescentes de quilombo constante do Decreto nº 4.887/03, a partir de critérios impostos pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (que dispõe sobre povos indígenas e tribais) e pelo Pacto de San Jose da Costa Rica, ambos em vigor no ordenamento interno brasileiro.

Suscitada a arguição, foi distribuído o processo ao desembargador federal André Fontes, que determinou a oitiva de entidades a título de *amici curiae*.

A Coordenação Nacional das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – CONAQ se manifestou, pugnando pela constitucionalidade da normativa em debate, sob o argumento de que esta apenas concretizou o instituto da desapropriação como fórmula jurídica necessária à operação da transferência da propriedade para tais comunidades das terras sob domínio de particulares, tornando-se, inclusive, instrumento de apaziguamento social, em virtude do conflito fundiário existente.

O Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA também se pronunciou pela constitucionalidade do Decreto em tela, afirmando a necessidade dos seus parâmetros para a efetivação do direito reconhecido aos quilombolas no art. 68 do ADCT.

Houve a convocação de audiência pública, seguida de manifestações a favor da constitucionalidade do Decreto pela Associação de Comunidades Remanescentes de Quilombos do Rio de Janeiro – ACQUILERJ, dentre outras organizações.

Juntou-se aos autos, ademais, parecer do Procurador Regional da República sobre a “garantia do Direito à posse dos Remanescentes de Quilombos antes da Desapropriação”.

Após se habilitar como *amicus curiae*, a organização Terra de Direitos também defendeu a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/03.

O processo foi, enfim, distribuído à relatoria do desembargador federal Poul Erik, que esclareceu, ab initio, dispor o Regimento Interno do TRF2, em seu art. 17, caput, I, “c”, sobre a possibilidade de a Turma Especializada remeter os feitos de sua competência ao Órgão Especial quando reconhecer arguição de inconstitucionalidade ou relevância de matéria constitucional, desde que esta ainda não tenha sido decidida pelo Órgão Especial ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Assinalou o relator que, em 08/02/2018, o STF, em sessão plenária, julgou improcedente a ADI nº 3.239/DF, por maioria, nos termos do voto da Ministra Rosa Weber (vencido o Ministro César Peluso), e que tal decisão vincula todos os órgãos do Poder Judiciário, que devem pautar o exercício de suas funções na interpretação constitucional dada pela Corte Suprema.

Diante do reconhecimento da constitucionalidade do Decreto nº 4.887/03 pelo STF, o julgador não conheceu da arguição de inconstitucionalidade, julgando prejudicado o incidente, com a devolução dos autos à 7ª Turma Especializada, sendo seguido, à unanimidade, pelos demais membros do Órgão Especial..

Precedentes:

**STF:** ADI nº 3239/DF (Decisão em 23/02/2018).

**EMBARGOS INFRINGENTES - 0805184-80.2010.4.02.5101 (2010.51.01.805184-7)**

**INFOJUR 227**

**Decisão em 29/08/2017 - Disponibilização no e-DJF2R de 15/09/2017**

**Relator: Desembargador Federal ABEL GOMES**

**Relator para Acórdão: Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ – 1ª Seção Especializada**

[volta](#)

### **“Seleção dos Poupançudos”: hipótese de marketing de emboscada em relação à marca de propriedade da CBF e à imagem da seleção brasileira de futebol**

Trata-se de embargos infringentes opostos pela Caixa Econômica Federal – CEF em face de acórdão proferido pela 2ª Turma Especializada desta Corte, que, por maioria, dera provimento ao apelo interposto pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF, para reformar a sentença de piso, julgando procedentes os pedidos exordiais formulados pela autora/embargada, de modo que a Autarquia se abstinhasse, definitivamente, do uso não autorizado, em campanhas publicitárias, de marcas e signos distintivos de propriedade da Confederação - em específico no que diz respeito à promoção denominada “Seleção dos Poupançudos” -, procedendo, ainda, à devida indenização.

Na espécie, a campanha “Seleção dos Poupançudos” apresentava bonecos vestindo uniformes de futebol nas cores da bandeira nacional, em cuja blusa constava a marca da Caixa (representada pela letra “X”), emoldurada por um brasão. Ressalte-se que tal propaganda foi elaborada e veiculada por ocasião da Copa do Mundo de Futebol de 2010, não sendo a embargante, todavia, uma das patrocinadoras do evento.

O acórdão recorrido, lavrado em face da prevalência do voto divergente/vencedor, de autoria do desembargador federal Messod Azulay Neto, deu provimento ao recurso de apelação, conforme anteriormente mencionado, visualizando o julgador evidente hipótese de enriquecimento sem causa, configurada pelo uso desautorizado de imagem e prestígio de marca alheia, com a finalidade de com ela se associar, passando-se por patrocinador oficial, numa atitude que considerou tipicamente parasitária.

Nesse sentido, frisou que, a despeito da pura questão teórica, o que mais o impressionou, motivando sua apreciação, foi o confinamento do sinal em “X” (já utilizado pela CEF em outras propagandas) dentro de escudo idêntico ao da Seleção. Segundo o magistrado, do cotejo de imagens dos comerciais da Caixa relacionados ao tema ‘futebol’ depreende-se que ela não possui qualquer marca que se caracterize por um brasão – donde concluiu haver sido este “ardilosamente

engendrado para se assemelhar ao da CBF e imitar as características da camisa oficial da seleção brasileira, fazendo com que parecesse como se dela fosse”.

Já o voto vencido, da lavra do desembargador federal André Fontes, negou provimento ao apelo, prestigiando a sentença de primeiro grau, considerando que a promoção em comento não foi idealizada com base na Copa do Mundo de 2010 ou mesmo em produtos relacionados à Confederação Brasileira de Futebol (de modo a causar dúvida ou confusão ao público consumidor), e que tampouco demonstrou a autora, concretamente, o prejuízo que afirma ter sofrido.

Instaurada a divergência, a embargante pugnou pela reforma do acórdão prevalente, para que os pedidos iniciais fossem julgados improcedentes. Alegou, para tanto, a inviabilidade da apropriação do uso das cores verde e amarela pela embargada, bem como de que os anúncios com o assunto ‘futebol’ e que utilizam as cores nacionais possam vir a ser veiculados, exclusivamente, pelos patrocinadores autorizados da CBF - implicando tais práticas, a seu ver, na restrição e supressão da livre concorrência e iniciativa.

O MPF exarou parecer, opinando pelo improvimento do recurso.

Conforme o desembargador federal relator, Antonio Ivan Athié, a divergência posta nos autos se restringe em saber se a mencionada campanha publicitária consubstancia uso indevido de marcas registradas e de signos distintivos de titularidade da CBF.

Com tal intuito, perfilhou os fundamentos do voto condutor do recurso de apelação, apregoando que, uma vez que o futebol constitui “uma vitrine e as camisas de futebol verdadeiros outdoors ambulantes”, frequentemente se assiste à disputa de empresas pelo privilégio de pagar somas astronômicas para ostentarem suas marcas nos grandes clubes e seleções do mundo. E, no contexto descrito - prosseguiu -, é igualmente muito comum que outras tantas empresas “peguem carona” em marcas alheias, sem a devida contrapartida do patrocínio - incidindo na prática denominada “marketing de emboscada”.

O julgador destacou, a esse respeito, o teor do REsp 1.335.624/RJ, que distingue justamente a estratégia publicitária em debate, aplicada ao futebol: utilizar-se, de modo disfarçado, de símbolos aproximados que remetem o consumidor à seleção brasileira, apropriando-se de imagens cujos direitos são reservados à CBF.

Realçou que, em hipóteses como a relatada, não há que se falar em apoderamento dos símbolos nacionais (como pretende a embargante), mas sim na sua manipulação de modo a conduzir à ideia da “Seleção Canarina”.

No mesmo diapasão, afirmou não se deixar convencer pelo argumento de que o comercial em debate, ao promover serviços de poupança, não detinha a intenção de tomar proveito do prestígio da seleção nacional, uma vez que a “Seleção dos Poupançudos”, a despeito da tentativa de descaracterizar os personagens, representa jogadores de futebol que portam a camisa da Seleção, onde o escudo da CBF foi substituído por marca da CEF confinada em um brasão igual ao oficial, mantidos, inclusive, o mesmo formato e cores. Além disso – destacou o magistrado -, a propaganda foi elaborada e veiculada por ocasião da Copa do Mundo, o que confirma a tese, em seu entendimento, de que a Autarquia pretendia passar a impressão de tratar-se de uma das patrocinadoras do evento.

Assim, concluiu o relator pela prática de concorrência desleal decorrente do uso não autorizado de marcas e sinais distintivos alheios.

Ainda, sobre as alegações da CEF, por ocasião de suas razões recursais, afastou a hipótese de restrição e supressão da livre concorrência e iniciativa, na medida em que os direitos de imagem relativos à seleção brasileira de futebol pertencem à CBF, de acordo com posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme o exposto, o desembargador federal Ivan Athié negou provimento aos embargos infringentes, fazendo prevalecer a proposição esposada no voto vencedor do recurso de apelação.

O desembargador federal Abel Gomes, a seu turno, em voto vista, pontuou, primeiramente, que o caso concreto não trata de violação à Legislação Marcária, nem tampouco à Lei Pelé, porquanto não se verificam as hipóteses de nulidade de marca ou de uso indevido de símbolos de entidade de administração do desporto ou de prática desportiva - tratando-se, antes, de violação ao direito autoral da CBF.

No mais, apreendeu que a “Seleção dos Poupançudos”, ao fazer uso de cópias/imitações da camisa da Seleção, gerando uma associação imediata da CEF à imagem da seleção brasileira, viola direito autoral garantido no art. 7º, VIII, da Lei nº 9.610/98, que determina constituírem as obras de desenho, gravuras e esculturas obras intelectuais protegidas. Além disso - ressaltou -, levando-se em conta a relação passional que o público brasileiro tem para com o futebol, não se trata, in casu, apenas dos benefícios que poderiam ser auferidos graças à divulgação da marca no uniforme da Seleção. A conduta da CEF poderia levar a crer, também, tratar-se a Autarquia de patrocinadora oficial da Copa - em aproveitamento parasitário em relação aos verdadeiros patronos contratados.

Nesse diapasão, concluiu o julgador pela ocorrência, na espécie, do chamado “marketing de emboscada”, que, em seu parecer, consiste em toda publicidade paralela e oportunista,

relacionada ou associada de alguma forma a eventos, sem a autorização expressa dos realizadores, através de contrato de patrocínio exclusivo. Aduziu que tal prática encontra-se regulamentada na Lei nº 12.663/2012, que, dispendo sobre a Copa do Mundo FIFA 2014, define, em seu art. 18, o “marketing de emboscada por associação”, e, no art. 19, o “marketing de emboscada por intrusão”.

Isto posto, o desembargador federal Abel Gomes negou provimento aos embargos infringentes – posicionamento este que foi adotado, à unanimidade, pelos Membros da 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos termos do voto do relator, desembargador federal Ivan Athié.

Precedentes:

**STJ:** REsp 1.335.624 (DJ de 11/11/2013);

**TJ-SP:** APL 10631801320138260100 (DJ de 04/08/2015).

**APELAÇÃO CRIMINAL 0047126-14.1999.4.02.5101 (TRF2 1999.51.01.047126-6)**

**INFOJUR 220**

**Decisão em 08/06/2016 - Disponibilização no e-DJF2R de 08/07/2016**

**Relator: Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO - 1ª Turma Especializada**

[volta](#)

### **Intermediação para tráfico internacional de mulheres**

Trata-se de apelação criminal proferida contra sentença que condenou a ré pela prática do crime de tráfico de mulheres previsto no art. 231, §2º, com redação anterior à dada pelas Leis nº 11.106/2005 e 12.015/2009 c/c o art. 71, em continuidade delitiva, ambos do Código Penal.

A apelante foi denunciada em primeira instância, acusada de aliciar três mulheres para exercer prostituição em Israel, sob a promessa de que iriam trabalhar em uma lanchonete. Uma das vítimas foi morta aos vinte e seis anos de idade, em Tel Aviv.

A requerente apelou buscando sua absolvição, sob o argumento de que havia sido somente uma vítima da quadrilha que aliciava brasileiras para a prostituição em Israel, negando sua autoria.

O relator, desembargador federal Paulo Espírito Santo, frisou a importância desse caso, por sua natureza e gravidade, que mobilizou a Polícia Federal, o Itamaraty e o Senado Federal. Aludiu à repercussão na imprensa, de brasileiras terem sido levadas para fora do país, por máfias que as exploravam na prostituição e no trabalho escravo.

Mencionou que, sobre este caso concreto, havia vasta documentação disponível na rede mundial de computadores.

Lembrou, o relator, que o crime de tráfico de mulheres foi alterado para crime de tráfico internacional de pessoas pela Lei nº 11.106/2005, que modificou a redação do art. 231 do Código Penal, mas apontou que os fatos antecederam essas alterações e que, portanto, a condenação teve fulcro na redação anterior.

O relator negou provimento ao recurso, mantendo a sentença de piso. Baseou-se no princípio da verdade real, extraindo da internet matérias retratando o caso em comento. Utilizou-se, também, dos testemunhos das vítimas, por possuírem valor fundamental para a resolução da lide, constituindo fonte direta de informações de como ocorreu a intermediação para o tráfico internacional de mulheres. E colacionou outros julgados do Tribunal Regional Federal, onde a apelante também figura como ré.

O desembargador federal alegou que a materialidade do crime e a autoria da apelante restaram comprovadas pois, apesar de outrora ter sido vítima da quadrilha que aliciava brasileiras

à prostituição, ao voltar ao Brasil, a acusada passou a cometer os crimes que a vitimaram. Reforçou seu entendimento, o fato de a acusada ter continuado a arregimentar mulheres para a prostituição no exterior, conforme apurado nos autos da ação penal nº 2004.81.00.006158-0, tendo aliciado duas primas, no ano de 2001, para viajarem à Espanha, com o suposto fim de trabalharem como garçonetes, mas que foram compelidas à prostituição.

Por derradeiro, o desembargador federal, Paulo Espírito Santo, concluiu pela ausência de prescrição, em razão da suspensão do processo e do prazo prescricional por 12 (doze) anos, decretada em 08 de fevereiro de 2001.

A Primeira Turma Especializada, por unanimidade, seguiu o voto do relator, negando provimento à apelação.

Precedentes:

**TRF1:** ACR 00014408020034014100 (DJ de 02/08/2004);

**TRF5:** ACR 200481000061580 (DJ de 03/10/2013).

**APELAÇÃO CRIMINAL - 0000554-37.2012.4.02.5103 (TRF2 2012.51.03.000554-1)**

**INFOJUR 222**

**Decisão em 13/09/2016 - Disponibilização no e-DJF2R de 04/10/2016**

**Relator: Desembargador Federal ANDRÉ FONTES - 2ª Turma Especializada**

[volta](#)

### **Desnecessidade da privação de liberdade de locomoção para caracterização de condição análoga a de escravo**

Trata-se de recurso interposto pelo Ministério Público Federal contra a sentença que absolveu três réus (Walter, Paulo e Jair) da prática, em concurso material, dos delitos de reduzir alguém à condição análoga a de escravo e de omitir informações de documento público previstos, respectivamente, no art. 149, caput e § 2º, I; e art. 297, § 4º, ambos do Código Penal/1940.

O MPF ofereceu denúncia, baseada em inspeção realizada pelo Grupo Regional de Fiscalização Rural do Ministério do Trabalho e Emprego, em propriedade rural voltada a plantações de grama e cana-de-açúcar, pertencente ao réu Walter. Nela foram constatadas irregularidades, como a falta de água potável, de local destinado à alimentação, de disponibilização de equipamento de proteção individual - EPI, bem como de instalações sanitárias, caracterizando condições degradantes de trabalho. Ademais, foram verificadas omissões nos registros das carteiras de trabalho dos empregados.

O juiz de primeira instância, após a realização da audiência de instrução e julgamento, expôs entendimento de que as ações praticadas e descritas na denúncia representavam, apenas, um descumprimento à legislação trabalhista - não configurando o fato típico disposto no art. 149 do CP. Com relação à conduta descrita no art. 297, § 4º, não verificou o dolo de falso diante da ausência de comprovação da intenção de lesar a fé pública através das omissões de registros nas CTPSs dos trabalhadores.

O parquet interpôs apelação, requerendo a condenação dos réus, sob o argumento de que empregados rurais laboravam sob condições degradantes - realidade atestada pelos servidores da Fiscalização Rural do Ministério do Trabalho, pelos auditores fiscais do trabalho, e reiterada pelos funcionários da fazenda em questão. Outrossim, alegou que, para restar caracterizado o delito do art. 149 do Diploma Penal, é necessário apenas que haja condições desumanas de trabalho, sendo preterível a privação da liberdade de ir e vir. Frisou o dolo de Paulo e Walter, vez que tinham ciência das irregularidades constantes nas CTPSs, tendo em vista o termo de ajustamento de conduta assinado por eles logo após a inspeção que constatou as condutas

descritas. No entanto, considerou acertada a decisão de absolver Jair, mediante a comprovação de que ele não era o responsável pelas contratações dos empregados, mas um intermediador responsável pelo seu transporte.

O relator, desembargador federal André Fontes, consignou que o conjunto probatório trazido ao processo foi suficiente para evidenciar a materialidade do crime e a autoria delitiva de Walter e Paulo, com relação ao ilícito de reduzir indivíduos a condições análogas a de escravos. Demonstrou, em seu voto, que o delito é um tipo penal misto, que descreve diversas condutas que caracterizam o ilícito, não sendo a privação de liberdade a única delas, conforme precedentes do STF e STJ.

Considerou as provas testemunhais frágeis e contraditórias, não sendo passíveis de aproveitamento na apreciação do caso.

No tocante à autoria delitiva, ponderou sobre a ausência de responsabilidade de Jair pelos crimes cometidos, reputando ser este apenas um trabalhador da fazenda, sem qualquer ingerência sobre as condições de trabalho na propriedade, encarregado de executar o transporte dos demais. Com relação aos outros réus, não restou comprovada, como alegou Walter, ter havido uma cessão gratuita a Paulo, do terreno onde foram constatadas as irregularidades. Aliás, depreendeu-se dos próprios depoimentos dos trabalhadores rurais que ambos os acusados os contrataram, o que demonstra o justo enquadramento de um e outro na conduta tipificada.

Com referência às omissões nas carteiras de trabalho dos empregados contratados, o julgador consignou ser o dolo demonstrado diferente do que descreve o § 4º do art. 297 do CP, já que o principal objetivo das supressões nas CTPSs era o não adimplemento das verbas trabalhistas e não o de ferir a fé pública. Assim, o desembargador federal entendeu que tais omissões caracterizavam apenas irregularidades a serem resolvidas na seara trabalhista.

O relator votou pela condenação de Paulo e Walter pela prática da conduta descrita no art. 149, caput, do CP, em interpretação conjunta ao § 2º, I, do mesmo dispositivo, e pela absolvição dos dois réus quanto à imputação do ilícito tipificado no art. 297, §4º, do CP, mantendo a absolvição de Jair quanto às duas acusações.

A 2ª Turma Especializada, à unanimidade, acompanhou o voto do desembargador André Fontes, dando parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal.

Precedentes:

**STJ:** REsp 1443133-TO (DJe de 29.02.2016); CC 127937-GO (DJe de 06.06.2014).

**APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA - 0143171-21.2015.4.02.5101 (TRF2 2015.51.01.143171-5)**

**INFOJUR 224**

**Decisão em 22/02/2017 - Disponibilização no e-DJF2R de 07/03/2017**

**Relator: Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO - 2ª Turma Especializada**

[volta](#)

### **Dupla maternidade: salário maternidade pode ser concedido à mãe não gestante, em relação homoafetiva**

Trata-se de apelação cível e remessa necessária de sentença que julgou procedente o pedido inicial, para, confirmando a tutela provisória anteriormente outorgada, condenar o INSS a conceder o salário maternidade em favor da autora, por cento e vinte dias, a partir de sua implantação, cabendo ao empregador o provimento da licença maternidade, pelo mesmo prazo.

A recorrida, casada com a parturiente, requerera, judicialmente, o benefício do salário maternidade, a ser implantado pelo INSS, por período de cento e vinte dias, cabendo ao empregador conceder a licença maternidade pelo mesmo intervalo de tempo.

O juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido autoral, o que deu ensejo ao recurso da autarquia previdenciária. Em suas razões, o Instituto aduziu, basicamente, que a concessão de benefício à apelada, que não se trata de parturiente, configuraria criação ou, pelo menos, extensão de novo benefício, sem a correspondente fonte de custeio total, já que não se encaixaria nas hipóteses legais dos arts. 71-A e 71-B da Lei nº 8.213/91. Tal ação - apregoou - seria vedada não só ao legislador, como também ao aplicador da lei ao caso concreto, nos termos do art. 195, § 5º, da Constituição Federal.

O desembargador federal Messod Azulay Neto, relator, entendeu não haver criação de privilégios na procedência do pedido, já que, na verdade, apenas uma das mães seria beneficiária direta do salário maternidade, tendo a escolha sido feita pelo casal. Ressaltou que o referido benefício não está ligado ao evento biológico ou à parturiente, mas ao bem estar da criança, conforme assegurado pela nossa Carta Magna. Ademais, lembrou que não se pode negar as consequências naturais do reconhecimento da dupla maternidade, reconhecimento este requerido judicialmente e concedido ao casal. Dessa forma, concluiu que qualquer das duas possui direito à fruição do salário maternidade, contanto que não haja recebimento dúplice. Por fim, o julgador apresentou jurisprudência do STF sobre o reconhecimento da relação homoafetiva como entidade familiar.

Decidiu a Segunda Turma Especializada, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa necessária, nos termos do voto do relator.

Precedentes:

**STF:** REsp 1443133-TO (DJe de 29.02.2016); CC 127937-GO (DJe de 06.06.2014).

**APELAÇÃO CÍVEL - 0010321-80.2013.4.02.5001 (2013.50.01.010321-3)**

**INFOJUR 232**

**Decisão em 01/10/2018 - Disponibilização no e-DJF2R de 03/10/2018**

**Relator: Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM - 3ª Turma Especializada**

[volta](#)

### **Não incidência de Imposto de Renda sobre Stock Option Plans**

Trata-se de apelação cível interposta de sentença proferida nos autos de mandamus que julgou improcedentes os pedidos exordiais e denegou a segurança.

O autor, ora recorrente, impetrou o writ contra suposto ato coator praticado pelo delegado da Delegacia Especial de Maiores Contribuintes no Rio de Janeiro e pelo delegado da Receita Federal do Brasil do Rio de Janeiro I, com o objetivo de que estes se abstivessem de exigir Imposto de Renda – IR sobre rendimentos do trabalho, em virtude dos ganhos ocasionalmente experimentados em decorrência do exercício de opções de compras de ações da empresa Qualicorp S.A. Ao final, requereu, ainda, a concessão da segurança e, por conseguinte, a confirmação, em definitivo, da liminar anteriormente concedida.

Alegou, também, na peça inicial, que os Stock Option Plans (Planos de Opção de Compras de Ações) possuem cunho contratual, mas que, devido à conclusão equivocada da Receita Federal, que entendeu pela natureza de remuneração resultante do trabalho, estariam sujeitos à tabela progressiva do Imposto de Renda, com alíquota de até 27,5%. Sustentou, ademais, que o procedimento de opção e obtenção de ações apresenta as mesmas características de um contrato mercantil, quais sejam: onerosidade, voluntariedade e risco.

O juízo a quo salientou que, ao adquirir ações em condições vantajosas, decorrentes do exercício do direito de opção, existe uma situação futura que corresponde ao ganho ou prejuízo com sua ulterior venda. Destarte, acentuou a possibilidade de ocorrência de lucro, caso aquelas sejam vendidas por preço superior ao de sua cotação de mercado no momento da aquisição, devendo incidir as alíquotas previstas no art. 21 da Lei nº 8.981/95, com redação definida pela Lei nº 13.259/16, que trata da legislação tributária federal.

No mais, aduziu existirem, no presente caso, dois fatos geradores distintos: o primeiro seria concernente ao exercício do direito de opção de compra das ações em caso de dispêndio de valor inferior ao seu preço de mercado na data da obtenção e o segundo estaria vinculado a um momento futuro, referente à sua alienação, ocasionando um ganho de capital.

Por ocasião do apelo, o autor apregou que duas características afastam as operações relativas aos Stock Option Plans do conceito de remuneração: i) o fato de o proveito econômico ser oriundo de venda e não de trabalho e ii) a circunstância de a outorga de condição de aquisição de ação representar esforços financeiros do trabalhador ao invés do recebimento de recursos.

O MPF opinou pelo provimento da apelação.

Quando da apreciação do recurso, o desembargador federal relator, Marcus Abraham, esclareceu cingir-se a controvérsia em definir a natureza jurídica do instituto implementado pela empresa Qualicorp S.A. com o intuito de beneficiar seus executivos, oferecendo, para tanto, a oportunidade de aquisição de participação societária na Companhia, nos termos do plano aprovado.

Explicitou que os Stock Option Plans dizem respeito à opção de compra futura de ações da empresa pelo empregado, com valor preestabelecido, e, em regra, inferior ao preço de mercado, respeitando o período de carência. Pontuou que o acréscimo patrimonial deduzido advém do contrato mercantil e não da retribuição do trabalhador, e, para corroborar seu entendimento, argumentou que já se encontra pacificado na jurisprudência que os Stock Options afastam a incidência da contribuição previdenciária estipulada pelo art. 22, I, da Lei nº 8.212/91, que dispõe sobre a organização da seguridade social, por constituir relação jurídica distinta da relação de emprego.

Além disso, afirmou restar inequívoca a caracterização de um contrato mercantil, estando presentes os atributos de onerosidade, voluntariedade e risco, e em não havendo certeza de que no futuro haverá lucro. Ademais, declarou que o aludido programa não estaria inserido implicitamente nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 457 da CLT, que determinam as importâncias que compõem o salário. Desta feita, inferiu que, muito embora os Stock Option Plans pressuponham a existência da relação de trabalho, não se confundem com contraprestação ao labor empregado.

Inobstante – prosseguiu o magistrado -, mesmo que o art. 43, II, do CTN lecionasse que o Imposto de Renda incide sobre proventos de qualquer natureza, não há como se aplicar a regra ao caso em análise, haja vista o fato gerador constituir-se na disponibilização dos rendimentos ao beneficiário. Deste modo, concluiu não estar aparente, na hipótese, a natureza de acréscimo patrimonial remuneratório.

Já o voto vencido, lavrado pela desembargadora federal Cláudia Maria Pereira Bastos Neiva, negou provimento à apelação e pugnou pela manutenção da sentença recorrida,

julgando improcedente o pedido autoral e alegando a incidência do IR sobre o acréscimo patrimonial remuneratório na compra de ações por valores abaixo aos de mercado.

Asseverou que o benefício em debate é concedido apenas aos empregados da sociedade, em forma de retribuição aos serviços prestados e como incentivo à continuidade do vínculo empregatício, existindo cláusula de rescisão contratual de opção de compra para o caso de quebra desse vínculo.

Diante do exposto, a 3ª Turma Especializada desta Corte, por maioria, deu provimento ao apelo, nos termos do voto do relator.

Precedentes:

**TRF3:** AC 0021090-58.2012.4.03.6100 (e-DJF3R de 27/10/2016); ACREO 0017762-52.2014.4.03.6100 (e-DJF3R de 28/07/2016).

[APELAÇÃO CÍVEL - 0008064-15.2009.4.02.5101 \(2009.51.01.008064-9\)](#)

[INFOJUR 224](#)

Decisão em 18/10/2016 - Disponibilização no e-DJF2R de 20/10/2016

Relator: Desembargador Federal LUIZ ANTÔNIO SOARES

Relator: Desembargadora Federal LETICIA MELLO - 4ª Turma Especializada

[volta](#)

## O audiobook e o alcance da imunidade tributária sobre livros

A empresa Bom de Ouvir Editora S.A. propôs ação ordinária em face da União Federal, com o objetivo de ver reconhecida imunidade tributária sobre os livros em áudio por ela comercializados.

A sentença julgou improcedente o pedido, ao dispor que a norma do art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal de 1988 deveria ser interpretada de forma estrita, abrangendo apenas os livros impressos em papel, com exclusão de outros suportes, como CDs ou DVDs, além de livros eletrônicos.

A editora recorreu, defendendo que a imunidade em questão visa promover a disseminação do conhecimento. Ponderou que, à época, o constituinte originário não teria meios de prever novas formas de armazenamento de conteúdo de livros e periódicos que surgiriam no futuro.

O relator originário, desembargador federal Luiz Antônio Soares, asseverou que, tendo a norma imunizante, limitativa ao poder de tributar do Estado, uma característica de excepcionalidade, deve ser interpretada restritivamente.

Apontou posicionamento do STF, favorável à imunidade das listas telefônicas, álbuns de figurinhas, anúncios de propaganda (desde que impressos no corpo do jornal ou periódico), manuais técnicos na forma de apostilas e filmes, e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais ou periódicos - não havendo, contudo, julgamento acerca de audiolivros, cd-roms, softwares e assemelhados.\*

Concluiu pela impossibilidade de interpretação extensiva do dispositivo constitucional para abranger outros meios de divulgação de conhecimento que não o papel.

No intuito de corroborar tal posição, colacionou duas decisões monocráticas da Corte Suprema, entendendo inviável a extensão da referida imunidade a cd-roms que acompanham livros didáticos. Nesses termos, negou provimento ao recurso.

A desembargadora federal Letícia de Santis Mello pediu vista dos autos, mas adiantou seu posicionamento durante a sessão de julgamento, declarando que a imunidade disposta no art. 150, VL, “d”, da CF/88 abarca o livro eletrônico.

No início de suas considerações, assinalou que as imunidades caracterizam-se pela salvaguarda dos direitos fundamentais e que devem ser interpretadas de forma a maximizar essa preservação. Esclareceu que a expressão “papel destinado a sua impressão” foi incluída no texto constitucional, porque, à época do governo Vargas, com a censura aos jornais, verificou-se a tributação elevada do referido insumo, objetivando impedir sua produção – aspecto histórico que justifica a ênfase à expressão supracitada.

Mencionou, ainda, que o livro eletrônico não chegou a ser discutido durante a Constituinte de 1988, como esclareceu Ives Gandra da Silva Martins, pois sua popularização aconteceu apenas em 2008, com o lançamento do dispositivo kindle.

A julgadora elucidou que o próprio STF, através de uma interpretação teleológica, tem estendido essa imunidade ao IPI e ao Imposto de Importação, incidentes sobre as peças de reposição de equipamentos gráficos.

Ponderou, por fim, sobre a questão da mutação constitucional, que só pode ser limitada pela literalidade do texto, e este não dispõe da expressão “livro físico”. Portanto, ao seu entender, ocorreu uma atualização do texto vivo, tema explorado pelos doutrinadores Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto.

O juiz federal convocado Ricarlos Almagro, por sua vez, também antecipou seu voto. Discorreu, inicialmente, sobre a valorização do elemento teleológico no processo interpretativo. Defendeu que a imunidade voltada ao livro e ao papel destinado a sua impressão não restringe o conceito de livro tão somente ao formato físico, sobretudo porque, em 1988, não havia a difusão desses em mídias eletrônicas, daí não ter ocorrido uma previsão explícita. Corroborou seu entendimento mencionando a emenda constitucional nº 75, de 2013, que acresceu a imunidade aos fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil, não distinguindo se o conteúdo é veiculado em arquivos digitais (sem distinção ao suporte utilizado). Diante disso, avaliou que essa identidade ontológica consiste no argumento mais relevante para sustentar a extensão da imunidade ou sua abrangência em relação ao livro falado.

O magistrado sustentou, finalmente, que o mesmo conteúdo, embora em formato diferente, não deve receber tratamento jurídico distinto, e concluiu que não há diferença ontológica entre livro em formato de papel, em formato digital ou em formato de áudio.

A Quarta Turma Especializada, por maioria, deu provimento ao recurso da editora, nos termos do voto da desembargadora federal Letícia de Santis Mello, vencido o relator originário.

Precedentes:

**STF:** RE 199.183 (DJ de 12/06/98); RE 221.239 (DJ de 06/08/2004); RE 87.049 (PLENO DE 13.04.78, RTJ 87/608); RE 213.094 (DJ de 15/10/99); RE 183.403 (DJ de 04/05/2001); RE 282387 (DJ de 08/06/2006); RE 341989 (DJ de 06/09/2005); Súmula nº 657.

\*após o julgamento desta apelação, o STF decidiu, em repercussão geral, que a imunidade tributária a livros, jornais, periódicos e ao papel destinado a sua impressão deve abranger os livros eletrônicos, os suportes exclusivos para leitura e armazenamento, além de componentes eletrônicos que acompanhem material didático (RE 330817) Teses de repercussão geral. RE 330817 (08/03/2017): A imunidade tributária constante do artigo 150, VI, “d”, da Constituição Federal aplica-se ao livro eletrônico (e-book), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo. No RE 595676 (08/03/2017), os ministros assinalaram que “a imunidade tributária da alínea “d” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal alcança componentes eletrônicos destinados exclusivamente a integrar unidades didáticas com fascículos.

**APELAÇÃO CÍVEL 0012213-59.2006.4.02.5101 (2006.51.01.012213-8)**

**INFOJUR 223 – O DIREITO E O MEIO AMBIENTE**

**Decisão em 11/11/2016 - Disponibilização no e-DJF2R de 17/11/2016**

**Relator: Juíza Federal Convocada CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA - 5ª Turma Especializada**

[volta](#)

### **Contaminação química por “pó de broca” abandonado pela União Federal na área conhecida como Cidade dos Meninos**

Residentes da localidade denominada Cidade dos Meninos, situada em Duque de Caxias, propuseram ação indenizatória, em face da União Federal, pelos danos morais e materiais causados em razão da contaminação decorrente da exposição ao HCH (hexaclorociclohexano) ou “pó de broca”.

Alegaram os autores, ora recorrentes, na peça inicial, que, no referido local, em 1947, se achava instalada a Fundação Cristo Redentor para atendimento a menores carentes, sendo essa mesma área, posteriormente, escolhida pelo governo federal para implantação de uma fábrica de pesticidas onde funcionava o Instituto de Malariologia. Declararam, ainda, que, após a desativação da fábrica, na década de 60, foram ali abandonadas 350 toneladas de “pó de broca”, contaminando o meio ambiente e colocando em risco os moradores da região, que, segundo constatação do Centro de Estudos de Saúde do Trabalhador e Ecologia Humana (CESTEH – FIOCRUZ), apresentam altos níveis de concentração de HCH no sangue. Apregoaram – também na peça exordial - que a União Federal não adotou as providências necessárias para descontaminar a área afetada, causando danos ao meio ambiente e à população local, e Informaram que a Fundação Oswaldo Cruz realizou exames em centenas de moradores para verificação do nível de contaminação, constatando que a grande maioria dos habitantes da região está infectada. Requereram, por fim, a aplicação da responsabilidade civil objetiva quanto aos danos gerados pela omissão do Poder Público.

Em primeira instância, o pedido foi negado ao argumento de que não teria restado provada a omissão estatal apta a gerar os supostos danos, e que o pedido de indenização tinha por base, evento futuro e incerto, consubstanciado em possível dano causado pela contaminação pelo “pó de broca”.

A parte-autora, inconformada, apelou, sustentando, em preliminar, cerceamento de defesa, e requerendo a anulação da sentença recorrida, além de, no mérito, pugnar pela procedência dos

pedidos formulados, a saber: tratamento médico, pensionamento proporcional ao nível de incapacidade, remoção para nova unidade habitacional e danos morais.

No concernente ao cerceamento de defesa, a relatora, Juíza Federal Convocada Carmen Silvia Lima de Arruda, votou pelo seu descabimento, pois as provas oral e testemunhal requeridas, supervenientemente, revelaram-se desnecessárias para o deslinde da controvérsia.

Por ocasião da análise de mérito, ressaltou que, embora algumas medidas tenham sido adotadas pelo Poder Público, na prática, não houve notícias da remoção dos moradores do local. Apontou que, em 1993, foi firmado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre o Ministério da Saúde, Ministério do Meio Ambiente, IBAMA, FEEMA, Legião Brasileira de Assistência, Município de Duque de Caxias, Fiocruz e PUC-RJ. Pelos termos ajustados, a União Federal assumiria a responsabilidade completa e permanente pela descontaminação da área da “Cidade dos Meninos”, bem como pela assistência à população afetada, restando acordado, também, seu dever de arcar com a integralidade dos recursos necessários à implementação das medidas propostas pelos órgãos técnicos. Dentre as obrigações da UF, elencadas no TAC, a magistrada ressaltou: o imediato isolamento e cercamento da área foco da contaminação pelo HCH; a responsabilidade de recompor o status quo ante; o repasse de verbas à realização dos trabalhos de diagnóstico e elaboração do plano de ação, e a prestação da mais ampla assistência médica aos indivíduos contaminados (sendo prioritário o atendimento aos menores).

Destacou, a relatora, ainda, que, em 1995, a Secretaria de Assistência Social procedeu à transferência de 650 crianças, restando no local 1300 famílias, ali residentes. Em 2006 – prosseguiu -, foi firmado termo de compromisso entre a União, o estado do Rio de Janeiro e o Município de Duque de Caxias, consignando que a alienação do imóvel da “Cidade dos Meninos” deveria ser articulada em parceria com a Secretaria do Patrimônio da União (SPU), estando adstrita à remediação ambiental e indenização da população exposta. Declarou, também, que, como consequência da inércia e ineficiência do Poder Executivo em solucionar definitivamente a questão da contaminação da área, houve a propositura de diversas ações judiciais.

Ao examinar a questão de fundo, a seu turno, a magistrada teceu breves considerações acerca do histórico da localidade objeto da lide. Esclareceu que essa pertencera, inicialmente, à Ordem de São Bento, e que era destinada à lavoura. Abandonada em 1697 passou ao domínio da UF em 1931. Em 1943, a União a doou à Fundação Darcy Vargas, para que ali fosse implantado o projeto “Cidade das Meninas” - que compreendia uma instituição de amparo, abrigo e educação somente para meninas. Em 1946, o patrimônio foi transferido à Fundação Abrigo Cristo Redentor, que incorporou o projeto anterior, modificando-o no sentido do acolhimento de,

apenas, crianças do sexo masculino (daí a denominação “Cidade dos Meninos”). Houve a construção, então, de uma escola agrícola de 40 pavilhões, com capacidade para acolher 50 crianças em cada um deles. No mesmo ano, o Decreto-Lei nº 9.655 criou o Instituto de Malariologia do Departamento Nacional de Saúde do Ministério da Saúde. Em 1947, o instituto foi instalado em oito pavilhões desocupados da “Cidade dos Meninos”. Em 1950, foi inaugurada fábrica para a produção de inseticida HCH e BHC, visando ao combate de endemias rurais, como malária, febre amarela e doença de Chagas. Cinco anos depois, os laboratórios foram transferidos para Belo Horizonte e São Cristóvão, acarretando o fechamento parcial da fábrica, e, em 1962, ocorreu a transferência definitiva das instalações para a Estação Carlos Chagas, com a devolução da área para a Fundação Cristo Redentor, que reativou o projeto inicial, destinando os pavilhões ao abrigo de crianças. Em 1987, as unidades da Fundação foram incorporadas pela LBA.

Segundo a relatora, com a desativação da fábrica, lá foram abandonadas toneladas de material tóxico, ocasionando a contaminação de, aproximadamente, 40.000 m<sup>2</sup>. Após diversos estudos científicos, a área foi classificada como de perigo urgente para a saúde pública, em função da contaminação de pessoas e animais, bem como do solo, da vegetação e, conseqüentemente, dos alimentos e da água da região. Em 1991, os técnicos da Feema apontaram a necessidade do afastamento da população. Após duas décadas de tentativas e tratativas, todavia, a UF, na condição de agente-poluidor, não foi capaz de evitar a perpetuação do dano. O local não foi descontaminado, não houve a remediação dos danos ambientais, e tampouco o acompanhamento ou tratamento da saúde dos residentes.

Visando a corroborar seu entendimento, a magistrada colacionou diversos julgados, demonstrando que a responsabilidade civil ambiental possui natureza objetiva, não havendo necessidade de se buscar a incidência do elemento subjetivo da culpa.

Verificou que, no caso sob exame, os autores – seis, no total - são todos moradores da Cidade dos Meninos, porém somente três deles estão contaminados por compostos organoclorados decorrentes da exposição constante ao HCH e BHC, consoante resultados laboratoriais obtidos pela Fiocruz e corroborados pela perícia médica.

A juíza explanou que, no caso sob análise, o bem deteriorado é a saúde dos autores contaminados, o que justifica a condenação da União à reparação do dano. No entanto, complementou que, como os referidos autores, embora contaminados, não apresentaram qualquer complicação de saúde resultante da contaminação, não mereceu prosperar a pretensão de condenação da ré ao custeio de tratamento. Também não foi verificada diminuição ou perda da capacidade laborativa, mantendo, a julgadora, a improcedência com relação ao pensionamento

proporcional ao grau de incapacidade. Quanto à remoção dos autores para uma nova unidade habitacional, acolheu o pleito, porquanto a retirada de todas as pessoas do local assegura a dignidade da pessoa humana.

Entendeu a julgadora, por fim, caracterizados a omissão da ré com relação aos fatos narrados, o prejuízo advindo da contaminação dos autores e o nexo causal entre a conduta e o dano, devendo a União ressarcir em danos morais os autores contaminados. Orientando-se pelos critérios sugeridos pela doutrina, jurisprudência e pelo Projeto de Lei nº 3.304/2004, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados (que autoriza a UF a conceder indenização aos ocupantes de imóveis residenciais localizados na Cidade dos Meninos), fixou o valor de ressarcimento em R\$ 10.000,00, corrigidos monetariamente a partir da data do julgamento da apelação, e acrescidos de juros moratórios, a partir da data da citação, no percentual de 1% ao mês, para cada autor infectado.

Em seu voto, a magistrada, deu parcial provimento à apelação, para reformar a sentença de primeiro grau e julgar procedente, em parte, o pedido, condenando a ré a providenciar a remoção de todos os autores para uma nova unidade habitacional e a proceder ao pagamento da indenização supramencionada, no que foi acompanhada, à unanimidade, pela Quinta Turma Especializada.

Precedentes:

**STF:** RE 1.090.968 - SP (DJe de 03/08/2010); RE 1.090.968 - SP (DJe de 03/08/2010).

**STJ:** Súmula nº 362 (DJe de 31.10.2008); REsp 2005/0008476-9 (DJe de 11/11/2009); MS 201100123180 (DJe de 21/06/2012); AGRSLS 201200797957 (DJe de 06/06/2012).

**TRF2:** AC 103083 (DJU de 27/01/2005).

**APELAÇÃO CÍVEL/ REMESSA NECESSÁRIA – 0002781-93.2018.4.02.5101**

**INFOJUR 243**

**Decisão em 28/09/2021 - Disponibilização no e-Proc**

**Relator: Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO - 5ª Turma Especializada**

[volta](#)

### **Proibição de reforma compulsória de militar transgênero**

A Defensoria Pública da União – DPU ajuizou ação civil pública em face da União Federal pleiteando que fosse determinado à ré que promovesse a retificação do nome e gênero dos servidores transexuais nos assentos de todos os servidores públicos, em sentido amplo, desde que requerido. Solicitou, ainda, que a ré se abstinhasse de dar continuidade aos processos de aposentadoria e reforma dos servidores transexuais, devendo permitir sua integração ao corpo, quadro, arma e serviço próprio condizente com a autodeterminação de seu gênero, sem prejuízo da progressão funcional, computando-se o período em que alguns militares estiveram em licença para tratamento da saúde como tempo de serviço. Requereu tutela antecipada em igual sentido.

Em sua exordial, narrou a autora que, embora tenha havido inegável avanço na efetivação dos direitos dos indivíduos transexuais, com a edição do Decreto nº 8.727/2016 (que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional), ocorrem casos de tratamento preconceituoso contra servidores militares que são colocados em licença médica ou submetidos a processos de aposentadoria compulsória, em decorrência de sua transexualidade. Descreveu, ainda, que tais servidores têm sido impedidos de, através da promoção, avançarem em suas respectivas carreiras.

Esclareceu a Defensoria que, em 2018, a Organização Mundial da Saúde – OMS removeu de sua classificação oficial de doenças, a CID-11, o chamado “transtorno de identidade de gênero”, descaracterizando a transexualidade como uma patologia.

Prosseguiu a DPU informando que o Conselho Federal de Psicologia é favorável à despatologização das identidades trans e travestis, seguindo tendência mundial. Mencionou, ainda, os princípios de Yogyakarta que tratam da aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

A fim de evidenciar suas alegações, a autora elencou exemplos de tratamentos discriminatórios conferidos pela Marinha a uma cabo e a uma segundo-sargento, que motivaram o ajuizamento de ações individuais, ainda em curso.

Concluiu, sustentando que a ré tem desrespeitado diversos preceitos constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana, a vedação à discriminação, a igualdade, como também tem violado compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional, tal como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado em nosso ordenamento por meio do Decreto nº 592/92.

A UF pugnou pela extinção do feito sem apreciação do mérito, alegando ilegitimidade ativa da DPU para o manejo da ação coletiva, posto que a legislação não a autorizaria a “ajuizar ação coletiva para proteger quaisquer direitos transindividuais, mas apenas aqueles direcionados à proteção de pessoas hipossuficientes economicamente”. Quanto ao pedido de tutela de urgência, clamou por seu indeferimento, declarando que o Poder Público respeita o princípio da legalidade, não lhe cabendo inovar na ordem jurídica, concedendo direitos, impondo obrigações e restrições não previstos em lei. Sustentou, outrossim, que a matéria analisada é reservada à política legislativa, descabendo ao Poder Judiciário se imiscuir no controle de políticas públicas. Por fim, com fundamento no art. 142, § 3º, X, da Constituição Federal, afirmou que o Decreto nº 8.727/2016 não deve ser aplicado à Administração Militar.

O MPU, na qualidade de custos iuris, se manifestou contrário a sustentação de ilegitimidade arguida pela UF, com fundamento nas decisões do STF na ADI nº 3.943 e no RE nº 733.433, com repercussão geral reconhecida, que definiram que a Defensoria Pública possui legitimidade para a propositura de ação civil pública e que tal qualidade tem lugar na defesa dos hipossuficientes, mesmo nos casos em que haja possíveis beneficiados não necessitados, como no caso dos autos, onde uma parcela considerável das pessoas cujos direitos pretende-se tutelar é de hipossuficientes econômicos.

A legitimidade ativa da DPU foi reconhecida pelo juízo de piso.

Ao final, a magistrada extinguiu o feito sem apreciação do mérito, na forma do art. 485, VI, do CPC, na parte referente aos servidores civis (na medida em que não foi apresentada prova de que algum servidor civil tenha sido aposentado compulsoriamente em razão da transexualidade) e julgou procedente, em parte, o pedido para condenar a UF a reconhecer o nome social de transexuais em todos os seus órgãos das Forças Armadas, assim como se abster de realizar aposentadorias ou reformas de militares sob a discriminatória alegação da doença “transexualismo”. Ressalvou a hipótese de quando a mudança de sexo violasse as

regras do edital que, licitamente, restringisse a vaga para pessoas de um só gênero. Por fim, deferiu a tutela antecipada, devendo a ré, de imediato, cumprir as determinações contidas na sentença. Remessa necessária tida por interposta. DPU e UF apelaram.

O relator, desembargador federal Ricardo Perlingeiro principiou seu voto determinando dever incidir, no caso, o disposto no art. 19 da Lei nº 4.717/65: “a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo”, em razão de a questão estar inserida no microsistema de tutela coletiva.

A fim de corroborar sua compreensão sobre o tema, colacionou julgado do STJ em igual sentido.

Esclareceu que “Diante da complexidade do tema apresentado, que envolve inclusive uma abordagem metajurídica, se faz necessário racionalizar e organizar as terminologias e os fundamentos jurídicos que alicerçaram as teses defendidas pelas partes do processo, a fim de enfrentá-los de uma forma lógico-jurídica, aplicando, assim, o ordenamento jurídico, de forma a atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Nesse diapasão, deteve-se profundamente nas terminologias empregadas na hipótese dos autos, aperfeiçoando-as, no intuito de evitar ambiguidades, desinformações e tratamentos pejorativos, além de alinhá-las às recentes decisões do STF, dada a inegável envergadura constitucional da matéria.

Daí, debruçou-se sobre o alcance semântico do termo transexual, não apenas sob o prisma jurídico, mas sobretudo, de uma perspectiva psicológica, psiquiátrica e antropológica, com o propósito de conferir maior rigor científico, “buscando, nessas ciências, os acurados significantes abarcados nos direitos sexuais, em especial aqueles da comunidade LGBTI+”.

Citou excerto da tese de doutorado de Camila de Jesus Mello (USP-2012), intitulada “a transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão”: “Os transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico: homens que acreditam e se comportam como se fossem mulheres, e vice-versa. Tal identificação gera um desconforto ou sentimento de inadequação ao próprio corpo, com sofrimento significativo e um desejo de viver e de ser aceito como pessoa pertencente ao outro

sexo. Com base nessa crença, promovem alterações em seus corpos, aproximando-os da aparência própria ao seu gênero de identificação”.

Mencionou o julgador que o conceito supracitado foi utilizado no voto vencedor do ministro Edson Fachin, na ADI nº 4.275, que julgou procedente a ação declaratória de inconstitucionalidade para “dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil” (STF, Tribunal Pleno, ADI 4.275, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 7.3.2018).

Evidenciou, no entanto, que o termo empregado na decisão acima passou a ser transgênero e entendeu imperiosa para o julgado a definição de ambos os conceitos. Citou, então, as autoras Elizabeth Zambrano e Maria Luiza Heiborn (“Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos”): “Todos os indivíduos que reivindicam um gênero que não se apoia em seu sexo biológico podem ser chamados de ‘transgêneros’, incluindo-se aí, além dos transexuais que realizam cirurgia para trocar de sexo, as travestis que reconhecem seu sexo biológico, mas têm seu gênero identificado como feminino; as travestis que dizem pertencer a ambos os sexos/gêneros; e transexuais masculinos e femininos que se percebem como homens ou mulheres, mas não desejam fazer cirurgia para mudar de sexo. A classificação das práticas sexuais de um determinado indivíduo como homo ou heterossexuais dependerá da categoria de referência para definir sua identidade (o sexo ou o gênero)” e esclareceu que tal definição foi empregada pelo Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 2.265/2019 que em seu art. 1º, assim dispõe: “Compreende-se por transgênero ou incongruência de gênero a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero”.

À vista disso, decidiu-se o relator por utilizar a expressão transgênero, ao invés de transexual, vez que aquela define com maior precisão o fenômeno abordado no caso, abrangendo todas as situações nas quais há um descompasso entre o sexo biológico e a identidade de gênero.

Acentuou que a utilização dessa terminologia não implicaria em julgamento extra ou ultra petita, baseando-se nas palavras da ministra Nancy Andrichi, no julgamento do REsp 1793637, do STJ: “cabe ao julgador, ademais, a interpretação lógico-sistemática do pedido formulado

na petição inicial a partir da análise dos fatos e da causa de pedir, o que atende à necessidade de conceder à parte o que foi efetivamente requerido por ela, interpretando o pedido a partir de um exame completo da petição inicial, e não apenas da parte da petição destinada aos requerimentos finais, sem que isso implique decisão extra ou ultra petita”.

Em seguida, enfrentou o tema da despatologização da incongruência de gênero, uma vez que a UF entende que o transgênero é portador de uma doença capaz de afastá-lo do trabalho. Respeitante a esse tema, pontuou que diversas atitudes vêm sendo tomadas com o intuito de encerrar o estigma de que a incongruência de gênero seja um transtorno psiquiátrico. Dentre essas ações, citou a inclusão, pela OMS, da incongruência de gênero no capítulo de “condições relacionada à saúde sexual”, da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID, em sua edição atualizada (CID-11). Portanto, retirou-se a incongruência de gênero do capítulo de “transtornos de identidade sexual” como estava inserido na edição anterior (CID-10).

Já a American Psychiatric Association, na última edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais DSM (DMS-5), de 2014, deixou de tratar os transgêneros como portadores de transtornos mentais, passando a classificar tal fenômeno como disforia de gênero.

Ademais, prosseguiu, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, o Conselho Federal de Medicina (CFM), editou a Resolução nº 2.265/2019, revogando expressamente a Resolução nº 1.955/2010 – que entendia ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual.

Diante do exposto, o julgador demonstrou que, do ponto de vista científico-normativo, a incongruência de gênero deixou de ser uma patologia, avaliando não proceder a conduta empregada pela UF de reformar sistematicamente militares, ao fundamento de ser aquela uma doença incapacitante para o serviço militar.

No que tange à análise de questões estritamente jurídicas, o relator principiou por analisar o argumento da ré no sentido de o Decreto nº 8.727/2016 não se aplicar às Forças Armadas, por força do art. 142, § 3º, X, da Constituição Federal que assim dispõe: “X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de

guerra”. Na perspectiva da União, esclareceu, aquele decreto teria invadido matéria reservada ao domínio da lei.

Nesse concerne, asseverou não vislumbrar qualquer impedimento para a aplicação do referido decreto nas Forças Armadas, já que este tem por fundamento o poder normativo da Administração e não trata de quaisquer das matérias enumeradas no art. 142 da Constituição. Limita-se, na verdade, a disciplinar e uniformizar, no âmbito da Administração Pública Federal - nela incluídas as Forças Armadas - de que forma devem ser tratados os transgêneros que detém vínculo jurídico com a União, a fim de dar cumprimento aos postulados da dignidade da pessoa humana.

Nesse ponto, destacou que o STF, analisando o tema 761 da repercussão geral, bem como a ADI nº 4.275, firmou a seguinte tese: “1 – O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo para tanto nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa. 2 – Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo “transgênero”. 3 – Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. 4 – Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos”.

Dessa feita, declarou o relator que o direito à autodeterminação de gênero está garantido em nosso ordenamento jurídico, com eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos órgãos do Poder Judiciário (salvo o STF), e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, não havendo qualquer razão jurídica para se excluir a Marinha, o Exército e a Aeronáutica desta vinculação.

Destacou, outrossim, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H.), em procedimento consultivo instaurado por iniciativa da República da Costa Rica (Parecer Consultivo OC-24/2017), com fundamento nos artigos 64.1 e 64.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), e que tinha por objeto a interpretação e alcance dos artigos 11.2, 18 e 24 em relação ao art. 1º, todos daquele instrumento, reafirmou, na linha de diversos outros instrumentos convencionais adotados no âmbito do sistema global de direitos humanos, a essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa humana e

a indispensabilidade do respeito e da proteção estatal à convivência harmônica e ao desenvolvimento livre, digno e pleno das diversas expressões de gênero e da sexualidade, vindo a assentar, sobre tais aspectos, as seguintes conclusões: “a) O direito à identidade deriva do reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade e do direito à vida privada (supra, pars. 88 e 89); b) O direito à identidade foi reconhecido por este Tribunal como um direito protegido pela Convenção Americana (supra, par. 90); (...) d) O reconhecimento da afirmação da identidade sexual e de gênero como uma manifestação da autonomia pessoal é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas que se encontra protegido pela Convenção Americana em seus artigos 7 e 11.2 (supra, par. 98); (...) f) A identidade de gênero foi definida neste parecer como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa sente, e pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento (supra, par. 94); g) O sexo, o gênero, bem como as identidades, funções e atributos socialmente construídos a partir das diferenças biológicas derivadas do sexo atribuído no momento do nascimento, longe de constituir componentes objetivos e imutáveis que individualizam a pessoa, por ser um fato de natureza física ou biológica, acabam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detém e descansam em uma construção da identidade de gênero autopercebida, relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito à vida privada (supra, par. 95) (...) i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero, incluindo a proteção contra a violência, a tortura, os maus-tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à moradia, ao acesso à seguridade social, bem como o direito à liberdade de expressão e associação (supra, par. 98), e j) O Estado deve assegurar que indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e com o mesmo respeito a que têm direito todas as pessoas (supra, par. 100)”.

Sobre esse tema, lecionou o relator que a jurisprudência da Corte I.D.H. tem precedência sobre a legislação nacional nos países que se sujeitam à sua jurisdição, e, em 2014 estabeleceu que o controle de convencionalidade é ainda mais abrangente, envolvendo todas as autoridades estatais (compreendendo órgãos executivos, legislativos e judiciários). Outrossim, prosseguiu, a implementação de leis nacionais deve seguir a interpretação que a própria Corte I.D.H. confere à CADH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

E arrematou sua análise sobre esse tema, concluindo que, uma vez que o transgênero retifique seu registro civil para que passe a refletir o seu gênero, tal decisão deve ser

respeitada e observada pela Administração Pública, Civil ou Militar, inexistindo qualquer latitude para não se aplicar o Decreto nº 8.727/2016 nas Forças Armadas.

Outro ponto a que deu realce, foi a alegação da União de que o Corpo de Praças da Armada é composto exclusivamente por indivíduos do sexo masculino e que “quando o autor mudou de gênero inviabilizou a sua permanência no Quadro de Pessoal em que ingressou originariamente”.

Ponderou o julgador que essa argumentação teria que ser analisada em conjunto com outros argumentos lançados pela ré acerca da necessidade de legislação que regulasse a matéria, bem como na impossibilidade de o Poder Judiciário interferir em questões de mérito administrativo.

Demonstrou o desembargador federal, baseando-se na Lei nº 13.541/2017 (que alterou a lei nº 9.519/1997), que a alegação da composição exclusiva do Corpo de Praças da Armada por indivíduos do sexo masculino não se sustenta, pois restou evidente que a partir de 2017 é permitida a presença de mulheres no Corpo de Praças da Armada e no Corpo de Fuzileiros Navais. Sobre esse tema achou por bem transcrever parte da exposição de motivos da norma modificadora: “[...] 5. A norma em vigor, com a finalidade de proteção à família, também impede que mulheres ingressem no Corpo da Armada e no Corpo de Fuzileiros Navais e impõe limitações para ingresso no Corpo de Intendentes e no Corpo de Saúde da Marinha. 6. No entanto, o Comando da Marinha julga que tais restrições não são mais justificadas, haja vista que, tanto no País como nas demais Nações, a mulher vem demonstrando ser capaz de ocupar cargos que outrora eram destinados exclusivamente aos homens, desde os mais simples até os mais elevados da Administração Pública e das Forças Armadas. 7. Dessa forma, atendido o proposto pelo Comandante da Marinha, as mulheres passarão a ter acesso aos cargos operativos da Marinha do Brasil, no Corpo da Armada ou no Corpo de Fuzileiros Navais”.

Transcreveu, outrossim, diversos artigos da citada lei. Esta que disciplina, inclusive, a forma como se dará a participação das mulheres no caso de guerra (§ 1º do art. 9º) e pontuou que tal lei não se aplica tão somente aos oficiais como sustentou a União, uma vez que o parágrafo único do art. 16, dispõe que: “compete ao Comandante da Marinha regulamentar a constituição e a organização do Corpo de Praças da Marinha, observados, no que couber, os princípios estabelecidos para Oficiais no art. 9º desta Lei”.

Destacou, ainda, o tema 121 da repercussão geral, no qual o STF fixou a tese de que “apenas lei pode definir os requisitos para ingresso nas Forças Armadas” e citou que a Lei nº 12.705/2012 permitiu o ingresso das mulheres na linha militar bélica do Exército. Ademais,

esclareceu que as vedações ao ingresso das mulheres foram derrubadas por meio de lei formal, de iniciativa do Presidente da República e decretada pelo Congresso Nacional.

Frisou que há vasta jurisprudência do STF no sentido de que: (i) a ação civil pública é mecanismo idôneo para impor ao Poder Público obrigação de fazer consistente na promoção da dignidade da pessoa humana; (ii) em tais situações não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes; (iii) e a efetivação da dignidade da pessoa humana tem eficácia plena e aplicação imediata.

Em face de tal posicionamento, entendeu não haver qualquer obstáculo em condenar a União que estabeleça (conforme já foi recomendado pelo MPF) programas de reabilitação ou transferência de militares transgêneros para funções compatíveis em outros Corpos ou Quadros das Forças Armadas, caso exerçam originalmente funções que não possam ser ocupadas por mulheres, uma vez que em todas as Forças é admitida a presença de militares de ambos os sexos, o que fornece efetividade aos direitos constitucionais a eles assegurados.

Outro ponto enfrentado pelo desembargador federal, em seu voto, foi concernente ao argumento de que a retificação do gênero de transgênero, após o seu ingresso nas Forças Armadas, seria um privilégio, já que viabilizaria o acesso a um cargo no qual originariamente lhe seria vedado. Ressaltou que tal entendimento não é consentâneo com a realidade que compõe o heterogêneo grupo dos LGBTI+. E declarou que tal retificação não pode ser vista como um bônus mas como um ato de exercício da cidadania que afasta os estigmas que há séculos estão permeados no seio da nossa sociedade. E ponderou: “Relembro que, conforme explicado alhures, a concepção dos sistemas jurídicos ainda busca uma vetusta ideia de congruência entre sexo, fenômeno biológico, e gênero, fenômeno psicossocial. Todavia, o STF vem, por meio dos processos de filtragem constitucional e de interpretação conforme a constituição, aperfeiçoando o sentido que o nosso sistema jurídico emprega nesses fenômenos, conferindo-lhes um significado mais atual e harmônico com os demais ramos das ciências sociais, a exemplo da ADI nº 4.275 e da ADO nº 26”.

O julgador transcreveu trecho da ADO nº 26, da lavra do ministro Celso de Mello, publicada em outubro de 2020: “A questão da homossexualidade, surgida em um momento no qual ainda não se debatia o tema pertinente à ‘ideologia de gênero’, tem assumido, em nosso País, ao longo de séculos de repressão, de intolerância e de preconceito, graves proporções que tanto afetam as pessoas em virtude de sua orientação sexual (ou, mesmo, de sua identidade de gênero), marginalizando-as, estigmatizando-as e privando-as de direitos

básicos, em contexto social que lhes é claramente hostil e vulnerador do postulado da essencial dignidade do ser humano”.

À vista disso, entendeu imprescindível a reforma da sentença no respeitante a ressalva aplicada de que quando “a mudança de sexo violar as regras do edital que, licitamente, restringiu a vaga para pessoas de um só gênero”. E explicou que para além de se buscar assegurar a isonomia dos certames públicos, que é um direito de estatura constitucional, a referida ressalva entra em colisão com outros tantos postulados igualmente constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana. E defendeu que a citada ressalva, ao contrário de propiciar a isonomia nos concursos, acaba por agravar o quadro de discriminação sofrido por essa parcela da sociedade e, em última instância, perpetua o cenário de exclusão por eles vivenciado, em uma desproporcional aplicação do princípio da igualdade.

Ressaltou que no inquérito civil, que precedeu a ACP, foram constatados apenas 4 casos de discriminação aos transgêneros, nas 3 Forças, o que, per se, demonstra quão minoritário é esse grupo em relação ao numeroso efetivo e como empreender esforços para restringir ainda mais a sua presença, sob o argumento da isonomia, tão somente amplifica e eterniza as discriminações sofridas por eles. Prosseguiu extraíndo trecho da obra “Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade”, de Joaquim Barbosa Gomes: “toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.”

Daí, concluiu o julgador que não há nada a obstaculizar a plena efetivação do direito à identidade de gênero, conforme definido pelo tema 761 da repercussão geral do STF, bem como na ADI nº 4.275, além de disciplinado no Decreto nº 8.727/2016.

Relativamente ao capítulo do apelo da DPU, declarou não merecer reparo a sentença no que diz respeito aos honorários advocatícios. A jurisprudência consolidada do STJ determina que não há condenação em honorários em ACP, salvo comprovada má-fé.

Por derradeiro, entendeu pela reforma da sentença na parte em que julgou extinta a ação com relação aos servidores civis, por falta de interesse de agir, ante a insuficiência probatória, já que não foi demonstrado tratamento discriminatório da UF contra os servidores civis transgêneros.

O relator esclareceu que as condições da ação devem ser analisadas in status assertionis, quer dizer, tal como apresentado e, superada a fase postulatória, a matéria passa a ser de mérito. Portanto, prosseguiu, a pretensão da DPU deve ser julgada improcedente por insuficiência de prova, conforme pacífica jurisprudência. Ressaltou, no entanto, que por se tratar de ACP, com relação aos servidores civis, a decisão não fará coisa julgada material (já que julgado improcedente por insuficiência probatória). Portanto, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

O julgador concedeu tutela provisória de urgência, agora ampliada por decisão colegiada, para condenar a UF a cumprir, de imediato, as disposições deste julgado.

Ex positis, votou no sentido de negar provimento à apelação e à remessa necessária, tida por interposta a favor da União, e de dar parcial provimento à remessa necessária, tida por interposta, e ao apelo da Defensoria Pública da União para, reformando parcialmente a sentença, condenar a UF, em todos os seus órgãos das Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica, a reconhecer o nome social dos seus militares transgêneros, assim como se abster de reformá-los mediante a alegação da doença ‘transexualismo’, sem qualquer ressalva, bem como para, com relação aos servidores civis, julgar improcedente o pedido por insuficiência de provas.

Os demais votantes da 5ª Turma Especializada desta Corte acompanharam o relator, à unanimidade.

Precedentes:

**STF:** ADI 3943 (DJe 05/08/2015); RE 733433 (DJe 06/04/2016); ADI 4275 (DJe 07/03/2019); RE 592.581 (DJe 01/02//2016); ADO 26 (DJe 6.10.2020);

**STJ:** REsp 1793637 (DJe 19/11/2020); AgInt no REsp 1367400 (DJe 18/12/2020); REsp 1578981 (DJe: 04/02/2019); AgInt no REsp 1841683 (DJe 24/09/2020);

**TRF2:** AC 200550010052476 ( DJe 27/07/2014); AC 0133016-90.2014.4.02.5101 (DJe 11/05/2020).

**APELAÇÃO CÍVEL 0018178-03.2015.4.02.5101 (TRF2 2015.51.01.018178-8)**

**INFOJUR 218**

**Decisão em 26/1/2016 - Disponibilização no e-DJF2R de 1/2/2016**

**Relator: Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ - 6ª Turma Especializada**

[volta](#)

### **Retorno de anistiado ao serviço público não pode ser realizado em regime jurídico diverso daquele que o empregado tinha por ocasião da demissão**

O apelante era empregado público contratado pelo Banco Meridional S.A., sob o regime celetista, para exercer o cargo de “Operador Máquina Estagiário”, tendo sido dispensado em 1990. Em 2010, foi readmitido em função de parecer definitivo da CEI – Comissão Interministerial de Anistia, de acordo com a Lei 8.878/94 que concedeu, de forma genérica, a anistia aos servidores públicos civis e empregados públicos exonerados, demitidos ou dispensados durante o governo Collor, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992.

Após sua reintegração, passou a compor o quadro do Ministério da Fazenda, tendo sido cedido à Superintendência da Polícia Federal do Estado do Rio de Janeiro, exercendo ali a função de Agente Administrativo.

O apelante propôs ação em face da União Federal pedindo seu enquadramento no Regime Jurídico Único e a condenação ao pagamento das verbas pretéritas e reflexas das vantagens devidas, considerando seu desvio para a função de agente administrativo desde a convocação.

O juiz de piso julgou improcedente o pedido.

A relatora, desembargadora federal SALETE MACCALÓZ, apontou que a análise do art. 2º da Lei 8.878/94 demonstra que o legislador procurou garantir o retorno dos anistiados ao mesmo cargo ou emprego anteriormente ocupado. Portanto, o apelante, dispensado do Banco Meridional do Brasil, Sociedade de Economia Mista, com personalidade jurídica de Direito Privado, sob o Regime Celetista, ao ser anistiado, em 2010, deveria retornar ao mesmo regime jurídico a que estava submetido antes da demissão ou dispensa, não sendo lícita a transposição para o Regime Estatutário.

Esclareceu a relatora que apenas aos servidores regidos pela Lei 1.711/52 ou pela CLT, integrantes da Administração Direta, se aplica o reenquadramento disposto no art. 243 da Lei 8.112/90 e no art. 19 da ADCT/88.

Asseverou a relatora que, superada a questão da inexistência do direito ao reenquadramento, restou prejudicada a análise dos pedidos de condenação da União Federal ao pagamento das verbas pretéritas e vantagens reflexas.

Quanto à indenização pelo período que ficou em disponibilidade, a relatora assinalou que o pedido era desprovido de amparo legal, pois a Lei 8.878/97 dispôs que a anistia só geraria efeitos financeiros a partir do efetivo retorno à atividade.

Finalizou observando que o desvio de função não foi demonstrado, pois o apelante não carregou aos autos provas quanto às funções exercidas em razão de sua cessão, tampouco esclareceu quais eram as atribuições inerentes ao seu cargo.

A relatora foi acompanhada, à unanimidade, pela Sexta Turma Especializada.

Precedentes:

**STJ:** AGRG no RESP 1443412/PE (DJe de 22/5/2014); MS 14828/DF (DJe de 14/9/2010); RESP 1433562 (DJe de 2/12/2015).

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL 0005335-10.2018.4.02.5001 (2018.50.01.005335-9)

INFOJUR 234 – AÇÕES AFIRMATIVAS

Decisão em 14/06/2019 - Disponibilização no e-DJF2R de 18/06/2019

Relator: Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO - 6ª Turma Especializada

[volta](#)

### **Autodeclaração: ilegalidade em condicionar a aferição de sua veracidade a episódios de discriminação**

Trata-se de remessa necessária e de apelação cível interposta pela Universidade Federal Fluminense - UFF, contra sentença que julgou procedente o pedido formulado por concorrente às vagas reservadas a PPI (preto, pardo e indígena) destinadas a estudantes que cursaram o ensino médio completo em escola pública.

Alegou o autor que se inscreveu em processo seletivo da UFF, por meio do SISU, para vaga do curso de medicina e, ultrapassadas todas as fases do concurso, foi selecionado, obtendo a sétima colocação dentre as nove vagas reservadas - diante da pontuação alcançada.

Afirmou que compareceu à universidade, munido da documentação exigida, mas que sua matrícula foi indeferida após ser submetido a uma entrevista, sob o fundamento de que não apresentou relatos de experiência de discriminação racial/étnica ou entregou documentos comprobatórios de sua cor.

Declarou, ainda, que não havia dúvida com relação à autodeclaração, haja vista ser filho de pai negro e mãe branca e que a instituição de ensino apenas entrevistava os candidatos que considerava “menos negros”, sem questionar a cor, mas apenas se haviam sofrido constrangimento em função dela, agindo de forma ilegal e arbitrária.

Ajuizou ação ordinária, pleiteando a efetivação da matrícula no curso de Medicina da UFF, pelo sistema de reserva de vagas raciais, a declaração de nulidade do procedimento administrativo ao qual foi submetido, bem como cópia da filmagem da entrevista realizada.

A sentença acolheu o pedido inaugural e preservou os efeitos da tutela antecipada, a qual determinou que a UFF procedesse à matrícula do autor.

A UFF apelou e após razões e contrarrazões, o MPF opinou pelo desprovimento do recurso.

O relator, desembargador federal Guilherme Couto de Castro, iniciou seu voto por auferir a legalidade do indeferimento da matrícula por falta de enquadramento na política de ação afirmativa.

Asseverou que incumbe à Universidade, dentro do conceito de autonomia que lhe foi assegurado pelo art. 207 da CF e pelo disposto no art. 53 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), definir a forma de implementação de ações afirmativas, observada a lei, bem como os critérios de seleção.

Esclareceu que a Lei nº 12.711/12 determinou que as instituições federais de educação superior reservem vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas e, em seu art. 3º, dispôs sobre a destinação das vagas dos autodeclarados pretos, pardos e indígenas.

Já quanto à legitimidade da Comissão Avaliadora, o julgador elucidou que o STF fixou a tese de que “é legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa” (Relatoria do Ministro Roberto Barroso, ADC nº 41, publicado em 17/08/17).

Ponderou o relator que o cerne da controvérsia reside em verificar se a comissão agiu em conformidade com a legislação vigente, passando então à sua análise.

In casu, elucidou que, segundo a narrativa contida na exordial, após a entrevista na qual foi inquirido se, em razão de sua cor, passou por constrangimentos, teve sua matrícula indeferida e foi compelido a redigir um recurso de 30 linhas (sem que pudesse se comunicar com sua mãe ou seu advogado que estavam no recinto ao lado), que foi igualmente indeferido, sem motivação, pela Administração da UFF.

A ré não refutou os fatos narrados pelo autor, em contestação, e se limitou a afirmar que “a análise realizada pela Comissão observou as normas legais, não havendo qualquer discriminação em relação a parte autora”; e que “não há que se falar em ilegalidade pela ausência de transcrição da entrevista”.

O julgador pontuou que houve ilegalidade na conduta da Universidade, na medida em que a Comissão extrapolou os limites legais quanto à aferição da autodeclaração, ao condicioná-la a episódios de discriminação.

Corroborando tal entendimento, destacou trecho da bem lançada sentença, a saber: “[...] a Comissão acabou por criar parâmetro não previsto na norma que regula o certame. Ou seja, além de cursar o ensino médio integralmente em escola pública e ser negro (preto, pardo ou índio) - requisitos estes expressamente previstos na legislação que rege o processo seletivo do SISU -, o candidato deve, necessariamente- segundo a Comissão, - ter sofrido discriminação racial, sob pena de não ter direito à vaga”.

Ainda apontou o desembargador federal que os fatos narrados demonstram conduta indevida da Comissão no momento da interposição do recurso, como indevida foi a obrigatoriedade de apresentação de documentos que comprovassem a cor do candidato, uma vez que o edital não exigiu, apenas elencou como possível, a apresentação adicional de documentos públicos que corroborassem a veracidade da autodeclaração. Elucidou que o critério do fenótipo deve prevalecer sobre o da ascendência, mas que a discussão acerca do critério utilizado cede diante do procedimento equivocado adotado pela Comissão. E, concluiu que: “O correto seria, então, uma nova avaliação, e não prover a vaga em si.”

Ponderou que o autor já cursou 3 períodos do curso (em razão de decisão liminar) e que, do ponto de vista prático, reverter essa situação não traria qualquer benefício, restando a situação fática consolidada no tempo e devendo ser preservada em prol da segurança jurídica.

Diante do exposto, negou provimento à apelação e à remessa necessária - com a majoração da verba honorária em 1% sobre o valor fixado pela sentença, nos termos do art. 85, § 11, do CPC - no que foi seguido, à unanimidade, pela 6ª Turma Especializada deste TRF2.

Precedentes:

**STF:** ADC 41 (DJe de 17/08/2017); STJ: REsp 1540146 (DJe 08/09/2015);

**TRF2:** AMS 2017.50.01.028682-9 (e-DJF2R de 29/01/2019); AC 2017.51.01.186414-8 (e-DJF2R de 13/11/2018).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5006950-78.2019.4.02.0000**

**INFOJUR 237**

**Decisão em 30/01/2020 - Disponibilização e-PROC**

**Relator: Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA**

**Relator para Acórdão: Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO - 6ª Turma Especializada**

[volta](#)

## **Impedimento de inscrição de candidato casado ou com filhos para ingresso no Curso da Escola Naval**

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face da União Federal, requerendo a concessão de tutela de urgência para que fosse a ela determinada a revisão imediata do item 3.1.2, alínea b, de edital de abertura do Concurso Público de Admissão à Escola Naval (CPAEN), de forma a viabilizar a inscrição de pessoas casadas, que vivam em união estável ou que tenham filhos, bem como para obstar o desligamento de candidato(a)s aprovado(a)s aos cursos oferecidos pela Escola Naval que se encontram nessas situações. Requereu, ainda, a republicação do referido edital com as devidas alterações e reabertura do prazo de inscrições.

A ação foi ajuizada a fim de afastar a cláusula supramencionada que, na visão do MPF, exclui do processo seletivo potenciais candidatos tão somente por comporem entidade familiar, assim entendida no art. 226 da CF/88 não só como pessoas casadas e com filhos, mas também em união estável (§ 3º) ou que criem sozinhas seus descendentes (§ 4º).

O juízo do piso indeferiu a tutela liminar pretendida por entender ausente a probabilidade do direito alegado.

Arguiu que, embora, em princípio, a exigência questionada possa ser vista como uma limitação ao CPAEN, sob uma análise minuciosa, evidencia ato de proteção constitucional à família e, ainda, revela uma das faces da relação especial de sujeição da carreira militar, que ostenta peculiaridades como, verbi gratia, a vedação à sindicalização e à greve.

O magistrado, a fim de corroborar seu entendimento, citou trecho da obra a seguir: “Há situações em que as restrições aos direitos fundamentais são justificadas pelo fato de os respectivos titulares encontrarem-se no âmbito de relações especiais de sujeição com o Poder Público. É que, em certos casos, a necessidade de viabilizar o adequado funcionamento das instituições estatais impõe a limitação de direitos fundamentais dos indivíduos que as integram. São exemplos as relações jurídicas que se inserem os funcionários públicos, os

presos, os estudantes de escolas públicas e os militares.” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e Direitos Fundamentais).

Ressaltou, ainda, o caráter temporário de tal exigência, aplicável, apenas, durante o curso (que se dá em regime de internato pelo período de 4 anos), em total harmonia com o disposto no art. 144 da Lei nº 6.880/80 (Estatuto Militar) que permite o casamento, à exceção de militares sujeitos a regulamentos de cursos de formação.

Após o indeferimento da liminar pelo juízo a quo, o MPF interpôs agravo de instrumento, com pedido de tutela recursal, firme nos argumentos defendidos na exordial.

Em suas razões, o agravante pleiteou a concessão de imediato efeito suspensivo da decisão objurgada, para que fosse determinado à ré, por meio da Diretoria de Ensino da Marinha (DEnsM) ou outro Órgão competente, a revisão imediata do teor da limitação imposta e a cominação de multa diária, para o caso de descumprimento da tutela de urgência concedida.

O relator, desembargador federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em sua análise, entendeu assistir razão ao recorrente, por inequívoca ofensa aos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal vigente, a começar pelo princípio da isonomia, ao apontar critérios discriminatórios para aqueles que já constituíram família, impedindo-os de participar do certame.

Ponderou que a decisão de formar uma família, através de casamento, união estável ou criação de filhos (independentemente da existência de um companheiro) integra a esfera da autonomia da vontade do indivíduo, como consectário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana. E que, alijar candidatos do processo seletivo devido a essa circunstância incide em inconfundível afronta à liberdade individual, ao direito à intimidade, à vida privada e ao planejamento familiar.

Destacou o julgador a alegação do Ministério Público Federal de que, independentemente do questionamento sobre a receptividade constitucional do disposto no art. 144 da Lei nº 6.880/80, a referida lei somente se aplicaria “aos já submetidos à disciplina militar, (Aspirantes-a-Oficial), não prevendo critérios para participação dos processos seletivos de ensino da Marinha, estes fixados especificamente na Lei nº 11.279/06”.

Colacionou julgado da 8ª Turma Especializada dessa Corte para demonstrar que a jurisprudência dos Tribunais já firmou o entendimento segundo o qual, tal exigência, além de ferir o princípio da legalidade, fere ainda o da razoabilidade.

Diante do exposto, entendeu restar demonstrada a probabilidade do direito, deferindo a tutela recursal para : i) que a União Federal, através da Diretoria de Ensino da Marinha, ou outro Órgão competente, retifique o edital do Concurso Público de Admissão à Escola Naval em 2019 (CPAEN/2019), com a eliminação do item 3.1.2, alínea b; ii) que seja aberto novo prazo para inscrição de candidatos no certame; iii) que o calendário do certame seja reorganizado, em relação às etapas posteriores, de modo a atender ao novo prazo para inscrições dos candidatos. Determinou, por fim, o prazo de 72 horas, a contar da data da intimação da parte agravada, para o cumprimento desta decisão, sob pena de multa diária, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

A União Federal pleiteou e obteve a suspensão de liminar, em decisão monocrática do Presidente do TRF2, desembargador federal Reis Friede.

Posteriormente, o MPF interpôs agravo interno, julgado pelo Órgão Especial que, por maioria, lhe deu provimento, restabelecendo os efeitos da decisão liminar.

Por ocasião do julgamento do agravo de instrumento pela 6ª Turma Especializada, o desembargador federal relator Guilherme Calmon corroborou in totum o posicionamento esposado durante sua apreciação do pedido de tutela recursal, votando no sentido de lhe dar provimento.

Em memorial, a UF sustentou a teoria do fato consumado, uma vez que, após a suspensão determinada pelo Presidente da Corte, a seleção foi concluída e as aulas, marcadas.

Em voto-vogal, o desembargador federal Guilherme Couto de Castro, inaugurou a divergência para desprover o recurso sob exame.

Apontou o julgador que a própria situação fática já havia superado o pedido e que realização de certame com novo edital seria tumultuária face aos custos exigidos e o exíguo calendário.

Quanto ao mérito, esclareceu tratar-se de uma exigência histórica, haja vista as peculiaridades da disciplina castrense, pertinente a regime de formação com dedicação exclusiva. Elucidou, ainda, que a matéria discutida tem direta relação com o recém introduzido art. 144-A, do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80): "art. 144-A. Não ter filhos ou dependentes e não ser casado ou haver constituído união estável, por incompatibilidade com o regime exigido para formação ou graduação, constituem condições essenciais para ingresso e permanência nos órgãos de formação ou graduação de oficiais e de praças que os mantenham em regime de internato, de dedicação exclusiva e de disponibilidade permanente

peculiar à carreira militar”, dispositivo que entrou em vigor no dia anterior à sessão de julgamento do agravo de instrumento em exame.

Apontou, também, que não seria razoável ou legítimo que órgão fracionário afastasse a aplicação da lei, com afronta à reserva de Plenário e à Súmula Vinculante nº 10.

Por último, asseverou que caso o MPF entenda pela inconstitucionalidade da lei, o melhor caminho seria a promoção da competente ação direta.

O desembargador Poul Erik secundou a divergência e a 6ª Turma Especializada, por maioria, negou provimento ao recurso e tornou sem efeito a decisão monocrática anteriormente proferida pelo relator.

Nota: O magistrado de piso julgou improcedente a ação civil pública e o MPF apelou. A 6ª Turma Especializada negou provimento à apelação, por unanimidade.

Precedentes:

**TRF2:** AC/RN 00146786520114025101 (DJe 23/03/2018).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002163-96.2016.4.02.0000 (2016.00.00.002163-4)**

**INFOJUR 223 – O DIREITO E O MEIO AMBIENTE**

Decisão em 17/10/2016 - Disponibilização no e-DJF2R de 19/10/2016

Relatora: Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ - 6ª Turma Especializada

[volta](#)

## **Proibição de pesca na região afetada pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana-MG**

A barragem de Fundão, de propriedade da Samarco Mineração S/A, em Mariana – MG, rompeu-se no dia 5 de novembro de 2015, com o vazamento de aproximadamente 35 milhões de metros cúbicos de lama contendo rejeitos de minério. O episódio ocasionou a morte de 17 pessoas, a destruição do Distrito de Bento Rodrigues, no referido Município, afetando, ainda, várias outras localidades, como as cidades de Barra Longa, de Rio Doce, e mais de 40 outras na região leste de Minas Gerais e no Espírito Santo.

O Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública em face da Samarco, da União, do IBAMA, do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBIO), do Estado do Espírito Santo e do Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (IEMA), objetivando a condenação dos réus à adoção de medidas preventivas e mitigatórias de agravamento de danos ao meio ambiente marinho e de exposição a risco da saúde do consumidor, e que os ônus financeiros dessas providências fossem integralmente suportados pela empresa.

O juízo a quo antecipou os efeitos da tutela ao decidir pela proibição da pesca de qualquer natureza - ressalvada aquela destinada à pesquisa científica -, por tempo indeterminado, deliberação essa passível de revisão quando dos resultados das análises técnicas oficiais a serem realizadas na área compreendida entre a região de Barra do Riacho, em Aracruz/ES, e Degredo/Ipiranguinha, em Linhares/ES, dentro de coordenadas preestabelecidas, dando ampla publicidade à interdição através da internet e veículos de comunicação. Fixou, ainda, multa de R\$ 30.000,00 por cada dia de descumprimento.

A Samarco interpôs Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação de tutela, contra o mencionado decisum.

Em suas razões, a empresa aduziu que, muito embora as causas do acidente ainda fossem desconhecidas, ela vinha tomando todas as providências necessárias à prevenção de danos futuros e à mitigação e reparação dos impactos provocados. Declarou que, em

cumprimento ao Termo de Compromisso socioambiental preliminar celebrado com o MPES, o MPF e o MPT, vinha realizando o monitoramento marinho e das respectivas espécies na forma e periodicidade acordadas, e que o IBAMA e o ICMBIO não possuíam competência para avaliar ou elaborar estudo sobre eventuais riscos à saúde advindos do consumo de peixes e camarões capturados na área em questão, que é privativa da ANVISA, nos termos da Lei nº 9.782/99. Alegou, ainda, que o monitoramento de empresas contratadas não detectou contaminação nas amostras avaliadas. Esclareceu que os rejeitos decorrentes do acidente são constituídos de elementos que não liberam, por lixiviação ou solubilização, substâncias reputadas tóxicas de acordo com a Norma ABNT NBR 10004 de 2004, sendo, antes, considerados resíduos não perigosos e inertes. Por último, defendeu que o Rio Doce já estava bastante degradado por fatores anteriores e alheios ao acidente ocorrido, sendo descabido o pedido de divulgação da proibição da pesca, ante a inexistência de dados que permitam qualquer inferência sobre a contaminação dos animais, bioacumulação de metais pesados ou toxicidade para seres humanos.

A relatora, Desembargadora Federal Salete Maccalóz, asseverou que o meio ambiente, desde a primeira Conferência Internacional, realizada no ano de 1972, em Estocolmo, passou a ser reconhecido como um direito fundamental de natureza difusa, com titularidade estendida, abrangendo não apenas a presente geração, como gerações futuras.

Esclareceu, a julgadora, que a Constituição Federal de 1988, em seu pioneirismo, reconheceu o meio ambiente como um direito fundamental de terceira geração, e que, dentro dessa sistemática progressista, em seus arts. 170 a 225, abraçou o conceito de desenvolvimento sustentável, dispondo, ainda, no art. 23, incisos VI e XI, que a proteção ambiental é competência comum da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a fiscalização da concessão de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais.

Destacou, ainda, que a determinabilidade do nexos causal deve estar em consonância com o princípio da precaução, que foi acolhido na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, constituindo um dos principais vetores do regime jurídico da responsabilidade civil ambiental.

Nessa toada, salientou que a adoção do princípio da precaução modifica a própria noção de dano, uma vez que afasta os requisitos da certeza e da previsibilidade, dando lugar à probabilidade.

No caso em tela, a relatora apontou que o carreamento de sedimentos e de substâncias metálicas oriundas da barragem da Samarco alterou, indubitavelmente, as condições normais do ecossistema do Rio Doce, e, diante da divergência de pareceres e da inexistência de laudos conclusivos no tocante à contaminação da fauna, determinou, por aplicação do princípio supramencionado, a fim de eliminar ou minimizar os riscos à população, a adoção da medida mais drástica, i.e. a proibição liminar da pesca na região afetada.

A Desembargadora Federal negou provimento ao agravo de instrumento da Samarco, sendo acompanhada, à unanimidade, pela 6ª Turma Especializada.

**APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA - Nº 0105618-66.2017.4.02.5101 (2017.51.01.105618-4)**

**INFOJUR 242 – POLÍTICAS PÚBLICAS**

**Decisão em 20/10/2020 (processo migrado APOLO) - Disponibilização no e-DJF2R de 10/05/2021**

**Relator: Juiz Federal Convocado ALFREDO JARA MOURA - 6ª Turma Especializada**

[volta](#)

### **Retenção parcial de valores do Fundo de Participação dos Estados ante a não aplicação do percentual mínimo em serviços públicos de saúde**

O ministério Público Federal ajuizou uma ação civil pública (ACP) em face do Estado do Rio de Janeiro, intentando a retenção parcial de valores correspondentes ao Fundo de Participação dos Estados (FPE), com o repasse direto da importância retida ao Fundo Estadual de Saúde (FES), com base no art. 160, parágrafo único, II, da Constituição Federal de 1988 e no art. 26 da Lei Complementar nº 141/2012, de forma a assegurar os recursos financeiros necessários para o investimento obrigatório em ações e serviços públicos de saúde.

Esclareceu que Estado do Rio de Janeiro, no exercício de 2016, se absteve de realizar os repasses mensais no percentual de 12% ao FES, o que dá azo ao pedido para que a União Federal proceda à retenção e posterior repasse direto do percentual àquele Fundo.

A tutela de urgência para a retenção de tais valores foi indeferida e o TRF2 não chegou a se manifestar sobre o agravo de instrumento daí originado, porquanto a prolação de sentença fez com que tal recurso restasse prejudicado.

No curso do feito, deferiu-se a migração de polo à UF, em razão do interesse em fiscalizar as irregularidades apontadas na inicial, nos termos do § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717/1965 e § 2º do art. 5º da lei nº 7.347/1985.

O juízo de piso asseverou que a não aplicação anual do percentual mínimo em ações e serviços de saúde pelo estado constitui questão incontroversa nos autos, mas rejeitou o condicionamento do repasse, com base na impossibilidade de o Judiciário impor medida à União. Outrossim, reconheceu que no contexto fático do Estado fluminense a medida seria desarrazoada.

O MPF interpôs apelação e em suas razões aduziu seus argumentos, dentre os quais se destacou: (i) que no exercício de 2016 foram empenhados 10,35% (R\$ 3.754.739.114,89) e liquidados 10,35% (R\$ 3.754.739.114,89) do valor arrecadado, muito embora a importância efetivamente repassada da Fazenda Estadual ao FES tenha alcançado o percentual de apenas 5,09% (R\$ 1.847.757.344,01), longe dos 12% que constitucionalmente teria que cumprir e, ainda, gerou, na fase de pagamento, expressivos restos a pagar, sem disponibilidade correspondente.

Apontou que diante da supressão de R\$ 2.505.516.126,73, o Estado causou inegáveis prejuízos à adequada prestação dos serviços de saúde, culminando na interrupção parcial ou plena paralisação de serviços e gerando maiores agravos à vida da população usuária do SUS; (ii) que o quadro crônico de descumprimento efetivo do percentual mínimo constitucional nos exercícios anteriores, evidenciado pelos relatórios gerenciais de 2013, 2014 e 2015, agravou ainda mais a situação (objeto de outra ACP, em trâmite na 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro); (iii) que a circunstância crítica do financiamento da saúde impõe a adoção da retenção e direto repasse ao FES, sendo reconhecido ao Judiciário, quando devidamente provocado, a capacidade de impedir eventuais arbitrariedades no custeio de direito fundamentais, na tutela do interesse coletivo em análise; (iv) que há possibilidade de intervenção judicial de modo a assegurar o cumprimento de norma constitucional e legal, conforme a decisão proferida na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 pelo STF. Mencionada, ainda, a ADPF nº 45.

O Estado fluminense contrarrazoou, defendendo em síntese que: (i) não dispõe de recursos suficientes para o pagamento da totalidade de suas despesas, devido ao agravamento do cenário macroeconômico nacional, com retração da atividade econômica e impacto negativo sobre a arrecadação estadual, o que ocasionou a edição do Decreto Estadual nº 45.692/2016, no qual foi declarado estado de calamidade pública; (ii) entre 2016 e 2017, decisões judiciais determinaram o arresto de mais de R\$ 11,5 bilhões para pagamento do funcionalismo, RPVs, compra de medicamentos e execução de contragarantia da dívida estadual; (iii) a interferência pleiteada pelo MPF pode agravar a crise e a gestão orçamentáriafinanceira; (iv) a situação dos Estados federados é tão dramática que levou à aprovação da Lei Complementar nº 159/2017, que trata do regime de recuperação dos Estados superendividados, prevendo a suspensão temporária das dívidas e das restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal, por até 6 anos, a partir da adesão a plano de contrapartida; (v) o Tesouro Nacional, por conta da liquidação de valores destinados às ações e serviços públicos de saúde, em montante inferior a 12% no ano de 2016, já vem efetuando bloqueios do Fundo de Participação dos Estados, alocando tais valores, diretamente, ao Fundo Estadual de Saúde; (vi) in casu, a liquidação da despesa demonstra que o serviço já foi prestado (daí a dívida ter se tornado líquida e certa), vale dizer que o valor apresentado pelo Parquet está incorreto, já que desconsiderou os valores liquidados (10,35%), sendo que o correto seria pleitear o percentual de 1,65% (diferença entre 12% e 10,35%), o que redundaria no valor de R\$ 543.889.173,67.

Por ocasião do voto, o juiz federal convocado Alfredo Jara Moura, relator, defendeu ser imperioso suplantar a noção de que o magistrado constitui simples reproduzidor da lei, já que o

Poder Judiciário possui o mister de descortinar a norma aplicável ao caso conforme a ordem jurídica vigente em que se baseia, precipuamente, a Constituição da República de 1988. E que os direitos fundamentais ali consagrados devem ser protegidos de maneira a aferir a consecução dos objetivos constitucionais, promovendo-se a efetividade do Estado que se pretende normativo.

Com esse entendimento, esclareceu que o Estado Constitucional de Direito estabelece organização desenvolvida no intuito de garantir liberdades fundamentais, oferecer à coletividade as condições necessárias à realização dos direitos básicos mínimos e direitos transindividuais em perspectiva evolutiva e que, por esta razão, as atividades estatais devem ser desenvolvidas consoante os preceitos estatuídos na Constituição.

E aponta que, muito embora as normas constitucionais sobre direitos sociais tenham sido concebidas, tradicionalmente, como normas programáticas e, portanto, de efetividade baixa, novas visões exurgem no paradigma atual do Estado Democrático de Direito. E os pontos convergentes dos movimentos neoconstitucionais indicam a prevalência da normatividade da Constituição, de maneira a irradiar seus preceitos a toda a ordem jurídica. Desta feita, “reconhece-se que o diploma fundamental do Estado faz o acoplamento estrutural entre o sistema do direito e da política de maneira a legitimar a própria atuação do Judiciário na ocasião de averiguar o cumprimento de normas postas”, afastando a tese do ativismo judicial ou indevida interferência do Judiciário no Poder Executivo, ao determinar que o administrador faltoso cumpra a Constituição e a lei regulamentadora.

Nesse diapasão, concluiu que não há discricionariedade quando há norma impositiva de conduta, lançando mão do voto do Ministro Celso de Mello proferido na ADPF nº 45: “Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva

ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional”.

Prosseguiu, o juiz federal convocado, pontuando que são as normas previstas no ordenamento que embasam as decisões judiciais e que lhes garantem o cumprimento “sob pena de travestir-se o Executivo em legislativo ao decidir, sponte própria, não aplicar a Constituição e a lei”.

Dentre os direitos sociais de estrito regramento constitucional e legal a vincular todos os Poderes da República, continuou, é de fundamental importância o direito à saúde. Direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, pois o constituinte determinou que tal direito será financiado pelo Estado, por toda a sociedade e de maneira cooperativa entre os entes públicos. E atentou que para todo direito há um custo. E tal constatação exige dos agentes públicos, maior perícia quanto às receitas e despesas, para garantir o equilíbrio econômico-financeiro.

Por conseguinte, assinalou que a Carta da República prevê, dentre outras receitas, a advinda de transferência intergovernamental, conforme seu art. 198 caput, §§ 2º e 3º, que trata das ações e serviços públicos de saúde, que integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único. Já a Lei Complementar nº 141/2012, continuou, objetivou regular a norma constitucional, prevendo o percentual de aplicação de recursos mínimos, critérios de rateio de tais recursos entre os entes federados, solucionando dúvidas de aplicação, investimento e base de cálculo, citando seu art. 6º que assim dispõe: “Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.”

Evidenciou, o relator, que a CF/88 veda a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos aos demais entes federados, com a ressalva de que tais obrigações podem ser condicionadas à comprovação do percentual mínimo anual direcionado às ações e serviços de saúde. Ademais, o descumprimento do percentual é motivo, inclusive, de intervenção da UF nos Estados, como prevê em seu art. 34: “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:(...) e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”.

Apregou, o magistrado, que para evitar dita interferência na autonomia do Estado membro, a LC 141/12 prevê a possibilidade de se condicionar a entrega de recurso à comprovação supramencionada e, ainda, à possibilidade de os recursos serem depositados diretamente em conta corrente vinculada ao Fundo de Saúde, como aliás, requereu o MPF.

Conforme o exposto, o relator esclareceu que o cumprimento da regra constitucional e da LC 141/12 não se confunde com interferência em políticas públicas, vez que não se pretende determinar ou exigir como o percentual obrigatório será gasto, porquanto tal decisão é da autonomia estadual.

Visando a corroborar tal argumento, trouxe à baila decisão desta Corte Regional, da lavra do desembargador federal Frederico Gueiros, na qual se lê: “Uma coisa é a União ou o Ministério Público determinar ou exigir, dentro da rubrica da saúde do orçamento estadual, como tal percentual será gasto, hipótese de todo impossível, diante da autonomia estadual. Outra coisa é o Ministério Público Federal, na qualidade de órgão da União, e a própria União verificarem que o Estado do Rio de Janeiro não aplicara o percentual constitucional mínimo para a saúde dentro do seu orçamento, exigindo-lhe o cumprimento dos ditames constitucionais”.

Pontuou, igualmente, que o TRF2 já reconheceu, até mesmo, o direito à indenização pela não aplicação do percentual devido (0023830-16.2006.4.02.5101, relator Marcus Abraham, DJe de 28/04/2015).

Analisou, o magistrado, que a discussão dos autos se cinge à garantia do direito fundamental à saúde, através da correta aplicação, pelo Estado do Rio de Janeiro, do limite constitucional previsto sobre a verba federal a ele repassada, inobservada no exercício de 2016.

Conforme a compreensão do juiz federal convocado, para fins de cumprimento do percentual mínimo de 12% é imprescindível que “as despesas inscritas em restos a pagar possuam disponibilidade de caixa (saldo financeiro) para efetivo pagamento, com as verbas depositadas na conta vinculada do Fundo Estadual de Saúde”.

Prosseguiu, apontando que a diferença do valor a ser aplicado em saúde para obtenção do índice é de R\$ 2.505.516,73 e que, embora a UF tenha informado a incidência da compensação no montante não empenhado naquele exercício, no percentual de 1,35%, há interesse em se obter a totalidade do valor que efetiva e materialmente deixou de ser repassado ao FES (6,91), esclarecendo que o cálculo do parquet federal está em harmonia com o art. 24 da Lei Complementar nº 141/2012, considerando-se as despesas “liquidadas e pagas no exercício” e as despesas “empenhadas e não liquidadas inscritas em restos a pagar até o limite das disponibilidades de caixa ao final do exercício, consolidadas no Fundo de Saúde”. E, por esse

motivo, concluiu não ser possível considerar que o montante dos recursos liquidados seja o total para efeito de verificação do percentual de 12%, como alega o Estado fluminense.

Nesse diapasão, assinalou que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro emitiu parecer prévio contrário às contas do governo, referente ao ano de 2016, e dentre as diversas irregularidades, pontuou que: “(...) “O Governo do Estado do Rio de Janeiro aplicou somente 10,42% das receitas de impostos e transferências de impostos em Ações e Serviços Públicos de Saúde, não cumprindo o limite mínimo de 12% estabelecido no art. 6º da Lei Complementar Federal nº 141/12 c/c o inciso II, §2, artigo 198 da Constituição Federal.”

Quanto à alegação de interferência na gestão pública, esclareceu, o relator, ser inequívoco o deliberado descumprimento das normas a justificar e respaldar a atuação do Judiciário.

Lembrou, ainda, a propositura de diversas demandas individuais com o fito de garantir o direito do art. 196 da CF/1988, frente à deficiente prestação do serviço público de saúde pelo Estado e, obviamente, que tal crise de saúde decorre também do descumprimento do repasse mínimo previsto na ordem jurídica e, nessa linha, continuou o relator, essa busca pela efetivação individual do direito à saúde será reduzida quando o Poder Público cumprir a lei e a Constituição. Daí, por ocasião da presente provocação, deve o Judiciário em harmonia ao Legislativo, impor ao Executivo o cumprimento legal, declarou.

No concernente a alegação de que o descumprimento do percentual mínimo é decorrência da crise financeira, salientou que, mesmo na inexistência de qualquer crise, o Estado já deixou de aplicá-lo, como ocorreu em 2005, 2006 e 2007.

E colacionou julgado da 8ª Turma Especializada desta Corte Regional, no qual se confirmou sentença de procedência de ACP, referente ao descumprimento do repasse nos anos de 2013, 2014 e 2015: “...3- O Estado do Rio de Janeiro teria deixado de transferir ao Fundo Estadual de Saúde a totalidade dos valores destinados constitucionalmente à saúde pública. O Estado do Rio de Janeiro faria uso abusivo do regime de competência para adiar o dever de gasto mínimo em saúde: cumpriria contabilmente o percentual exigido, mas faticamente não saldaria as dívidas contraídas. O primeiro e o segundo estágios da execução orçamentária (empenho e liquidação) alcançariam o percentual obrigatório de 12%, mas o terceiro estágio (pagamento) não teria se realizado da forma e na extensão devidas para garantir a real aplicação do referido percentual, gerando nos anos de 2013 a 2015 o montante de R\$ 1.372.163.632,92 a título de restos a pagar... 31- A confirmação da sentença é a providência a ser adotada. Com a presente ação é possível entender um pouco sobre a mecânica perversa que se instalou no Estado do Rio de Janeiro e como um Governo inteiramente dissociado da busca do bem comum, implicado em arranjos

escusos e em favorecimento pessoal de seus Dirigentes, foi capaz de frustrar um legado de serviços públicos de qualidade à população do Estado.” (AC 0083284-72.2016.4.02.5101, Rel. Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva, 01/08/2018).

O relator apontou que não basta a exigência normativa, pois a existência de uma conta única permitiu a ocorrência de irregularidade como a da hipótese dos autos e, com base nos arts. 160, II, 198, §2º da CF/88 e arts. 6º, 24 e 26 da Lei Complementar 141/2012, declarou dever exigir-se que o percentual seja destinado ao FES e, igualmente, condicionar os repasses à comprovação do correto direcionamento. E afirmou que não há discricionariedade para a escolha do administrador: a exigência normativa é de aplicação de 12%, nada menos.

Ao apreciar o pedido de tutela de urgência formulado na exordial, constatou o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, deferindo-a para determinar: (i) à União que condicione o repasse proveniente das receitas do inciso II, II, caput, do art. 158, alíneas “a” e “b”, do inciso I, e o inciso II, caput, do art. 159 da CR/88 (Fundo de Participação dos Estados), ao emprego em ações e serviços de saúde (art. 198, § 2º, II, CR/88), no montante de R\$ R\$2.505.516.126,73, correspondente ao valor que deixou de ser aplicado em saúde no exercício de 2016, mediante o depósito direto em conta corrente vinculada ao Fundo Estadual de Saúde; (ii) ao Estado do Rio de Janeiro que aplique as verbas recebidas pela transferência da União, com depósito direto na conta corrente vinculada ao Fundo Estadual de Saúde, nas ações e serviços públicos de saúde, com base no art. 3º da LC 141/2012, para efeito de cumprimento do limite constitucional, fixando multa cominatória diária de R\$ 100.000,00, por eventual descumprimento de cada obrigação fixada na tutela de urgência, com o depósito dos valores em conta vinculada ao Juízo ordinário, a serem revertidos ao Fundo Nacional dos Direitos Difusos, de que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

Ex positis, deu provimento à remessa necessária e ao recurso do MPF para (i) determinar que a União que condicione o repasse proveniente das receitas do inciso II, II, caput, do art. 158, alíneas “a” e “b”, do inciso I, e o inciso II, caput, do art. 159 da CR/88, ao emprego em ações e serviços de saúde, no montante de R\$ R\$2.505.516.126,73, mediante o depósito direto em conta corrente vinculada ao Fundo Estadual de Saúde; (ii) condenar o Estado do Rio de Janeiro a aplicar as verbas recebidas pela transferência da União, com depósito direto na conta corrente vinculada ao Fundo Estadual de Saúde, nas ações e serviços públicos de saúde, com base no art. 3º da LC 141/2012, para efeito de cumprimento do limite constitucional, fixando multa cominatória diária de R\$ 100.000,00, por eventual descumprimento.

Após o voto do relator, o juiz federal convocado José Carlos da Silva Garcia negou provimento à apelação e à remessa necessária, com principal fundamento na ausência de expertise do Judiciário na aferição eficiente dos reflexos sistêmicos de decisão.

O desembargador federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama acompanhou o relator.

O julgamento foi então sobrestado, em razão do disposto no art. 942 do CPC/2015, consoante o art. 210-a do Regimento Interno do TRF2.

Na sessão ampliada, o desembargador federal Ricardo Perlingeiro acompanhou o voto divergente.

O desembargador Alcides Martins fez declaração de voto, apontando que não se trata de falta de expertise do Judiciário na aferição eficiente dos reflexos sistêmicos de uma interferência em políticas públicas, como defendido pelo voto divergente, mas de cumprimento de normas constitucionais e legais impositivas, que autorizam a direta entrega do repasse de recursos federais ao Fundo Estadual de Saúde. E frisou o argumento utilizado pelo voto condutor de que não se trata de determinar como o percentual obrigatório será gasto, mas da capacidade de averiguar se o estado-membro cumpriu as exigências legais, sem que isso denote, por parte do Judiciário, qualquer interferência na política pública de escolha acerca das ações de saúde a serem implementadas.

Para o Estado do Rio de Janeiro, prosseguiu, “o art. 24 da Lei Complementar nº 141/2012 possuiria um sentido teleológico através do qual se a despesa foi liquidada, é porque houve a efetiva prestação de saúde, sendo atingida a finalidade do interesse público, ainda que não tenha sido realizado o pagamento ao credor” e que, de acordo com a Procuradoria do Estado, na prática, se alguma despesa inscrita em “restos a pagar”, por algum motivo, não fosse paga posteriormente, deveria ser excluída do cômputo do percentual mínimo”.

Esclareceu o desembargador federal que tal tese é inadmissível, pois findaria por autorizar o enriquecimento sem causa do Estado.

Nesse ponto, a fim de embasar sua compreensão de que as despesas empenhadas integram o respectivo exercício, sendo vedada a inclusão de registros de valores como “restos a pagar” quando não existam valores correspondentes em disponibilidade no caixa, citou o art. 35 da Lei nº 4.320/64, que estabelece expressamente que pertencem ao exercício financeiro as despesas nele legalmente empenhadas, e o art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal ( Lei Complementar nº 101/2000), que dispõe ser vedado ao titular de Poder ou órgão, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro

dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte, sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Quanto ao argumento de que o atual governo não pode ser responsabilizado pela má gestão anterior, ante a aplicação do princípio da intranscendência subjetiva, o afastou, esclarecendo que as verbas federais destinadas aos estados não constituem receita ordinária estadual.

Complementou, salientando que não há qualquer pedido de suspensão de transferências de recursos federais e, sim, de repasse direto da importância retida ao Fundo Estadual de Saúde, como autorizado pelo art. 160, parágrafo único, II, da CR/88 e pelo art. 26 da Lei Complementar nº 141/2012.

Ante o exposto, acompanhou o voto do relator integralmente.

Decidiu a 6ª Turma Especializada, em sua composição ampliada, nos termos do art. 942 do CPC/2015, por maioria, dar provimento à apelação e à remessa necessária, nos termos do voto do juiz convocado Alfredo Jara Moura.

Precedentes:

**STF:** ADPF 45 (DJe 04/05/2004);

**TRF2:** AC 2003.51.01.028279-7 (DJe 14/10/2010); AC 0023830-16.2006.4.02.5101 (DJe 12/05/2015); AC 0083284-72.2016.4.02.5101 (DJe 01/08/2018).

**APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA 0500034-10.2016.4.02.5158 (2016.51.58.500034-1)**

**INFOJUR 234 – AÇÕES AFIRMATIVAS**

Decisão em 12/09/2019 - Disponibilização no e-DJF2R de 16/09/2019

Relator: Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA - 7ª Turma Especializada

[volta](#)

### **Descabimento de critério territorial para acesso ao ensino superior**

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pela Universidade Federal Fluminense - UFF contra sentença que julgou procedente o pedido para condenar a ré a afastar quaisquer bonificações de acesso aos cursos de ensino superior da referida instituição com fundamento em critérios de residência ou de região de conclusão do ensino médio.

A Universidade Federal Fluminense dispôs em seu site, em relação às inscrições do 1º semestre no SISU 2016, que “para os cursos do interior, os candidatos residentes e que tenham estudado todo o ensino médio em escola regular do município de oferta da vaga ou em município circunvizinho ao mesmo, terão 10% de acréscimo na nota final”, conforme previsão dos artigos 1º ao 4º da Resolução 525/2015 do Conselho de Ensino e Pesquisa da UFF, que estabelece o critério de inclusão regional para acesso aos seus cursos presenciais nos campi fora da sede.

O juízo a quo entendeu que a previsão de critério de inclusão regional, definido pela resolução supracitada, afronta o princípio da isonomia, uma vez que, como afirma, não há qualquer justificativa razoável para tal diferenciação.

Acrescentou que tal distinção possibilita o ingresso de candidatos que obtiveram notas inferiores no lugar de candidatos que obtiveram melhores notas na avaliação do ENEM, conduta que viola o sistema de acesso à educação superior e contraria o caput do art. 5º da Constituição Federal/1988.

Outrossim, citou, da mesma Carta, o artigo 206, I que estabelece a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, e o artigo 208, V, que impõe ao Estado o dever com a educação e o ergue ao patamar de seu garantidor, inclusive com relação aos níveis mais elevados de ensino, segundo a capacidade de cada um.

Ponderou que o princípio da isonomia e o sistema de meritocracia coexistem com outros direitos, valores e princípios constitucionais e que discriminações fundadas nesse equilíbrio são permitidas.

Todavia, concluiu que a Resolução 525/2015 não carrega em si qualquer justificativa razoável para a diferenciação realizada exclusivamente no critério territorial, com acréscimo da bonificação de 10% na nota final do ENEM.

Em suas razões de apelação, a universidade sustentou que a referida resolução tem por objetivo reduzir diferenças sociais e econômicas, criando estratégias de fortalecimento das políticas afirmativas, no sentido de preencher as vagas ofertadas nos cursos de graduação fora de sua sede, em regiões que são extremamente carentes de um ensino superior de qualidade.

O relator, desembargador federal, José Antonio Neiva, asseverou que a sentença mereceria prosperar pelos seus próprios fundamentos. Informou, em seu voto, o ajuizamento da ação civil pública nº 0003595-76.2016.4.02.5101 que trata do mesmo tema, julgada procedente em primeira instância e mantida em grau recursal (6ª Turma desta Corte).

Esclareceu o relator que: “O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento firmado, a partir da disposição do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de que não há litispendência entre ação coletiva e ação individual e que somente pode se beneficiar da coisa julgada na ação coletiva se for postulada a suspensão da demanda individual, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência da ação coletiva, antes da sentença de mérito proferida na demanda coletiva, o que já ocorreu na hipótese dos autos (Nesse sentido: STJ. AgInt na PET no REsp 1387022 / SC. Rel. Min. Gurgel de Faria. Primeira Turma. DJ: 14/03/2017)”.

Afirmou que, embora o requerente estivesse excluído dos efeitos da sentença coletiva, ainda que procedente (já que a opção pelo prosseguimento da demanda individual constitui direito potestativo), a mesma solução da ACP deveria ser dada ao caso em análise, adotando como razão de decidir os mesmos fundamentos da ação civil pública.

Em síntese, em sede recursal da ação coletiva, os julgadores entenderam pela manutenção da sentença, ao fundamento de que a bonificação pautada em critério de inclusão regional - prevista na resolução 525/2015 do Conselho de Ensino e Pesquisa da UFF - estabelece violação à isonomia sem qualquer justificativa razoável.

O voto condutor da apelação cível da ACP, da lavra do juiz federal convocado ALFREDO JARA MOURA, afirmou inexistir substrato histórico e social, relacionado às desigualdades regionais sobre os residentes de tais localidades, que justifique a preferência da Universidade. Demonstrou o julgador que os Municípios do Rio de Janeiro possuem índices de desenvolvimento humano (IDH) com considerável destaque frente a outros municípios de outras regiões, sobretudo, norte e nordeste do país, de acordo com ranking elaborado através de dados promovidos pelo IBGE de 1991, 2000 e 2010.

Por fim, o juiz federal esclareceu que o STF possui jurisprudência tradicional no sentido de vedar a discriminação por origem e cita a conclusão do STF da ADPF 186: "as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação - é escusado dizer - incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos".

Por todo o exposto, a 7ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa necessária, nos termos do voto do relator, desembargador federal José Antônio Neiva.

Precedentes:

**STJ:** AgInt na PET no REsp 1387022 (DJe de 25/04/2017);

**TRF2:** AC 00035957620164025101 (e-DJF2R de 04/05/2019).

**APELAÇÃO CÍVEL - Nº 0003734-69.2014.4.02.5110 (TRF2 2014.51.10.003734-0)**

**INFOJUR 242 – POLÍTICAS PÚBLICAS**

Decisão em 22/03/2021 - Disponibilização no e-DJF2R de 24/03/2021

Relator: Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA - 8ª Turma Especializada

[volta](#)

### **A implementação da política pública de proteção ambiental não dispensa o respeito ao direito à moradia e existência digna das populações tradicionais**

Cuida-se de remessa necessária, tida por consignada, e de recurso de apelação interposto pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBIO, em face da sentença que, confirmando os efeitos da liminar anteriormente deferida, julgou parcialmente procedentes os pedidos para “(i) determinar ao ICM-Bio que se abstenha de turbar a posse do imóvel autor por qualquer forma e qualquer de seus agentes, até que seja possível o reassentamento do autor, na forma do art. 42 da Lei nº 9.985/2000, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por ato de transgressão; e (ii) condenar a ré ao pagamento de R\$ 4.400,00 (quatro mil e quatrocentos reais) ao autor, a título de indenização por danos morais, com correção monetária e juros, ambos a contar da data desta sentença, pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal”. Ademais, condenou o réu em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, na forma do art. 85 do CPC.

O recorrido/autor ajuizou ação de interdito proibitório em face de Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBIO, pedindo a condenação do recorrente/réu a abster-se de cometer qualquer ato atentatório à posse de seu imóvel, situado à Estrada do Contorno, Nova Iguaçu, RJ, sob pena de multa pecuniária, bem como pleiteou a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais. Como causa de pedir, narrou que sua família possui, de forma ordeira e pacífica, a propriedade em questão, a qual se encontra dentro dos limites da Reserva Biológica de Tinguá e se destina ao cultivo permanente de aipim, laranja, banana, abacate, coco, café, cacau, milho, cana de açúcar e abacaxi. No entanto, foi ameaçado pelo gestor do instituto réu de “derrubar tudo”. Ademais, o réu interditou a propriedade e expediu auto de infração, aplicando multa ao autor, pela suposta utilização do imóvel para fins de veraneio, contrariando as normas legais. Alegou que é possuidor do imóvel previamente à criação da reserva, pelo que, se o réu pretende desocupar a área de preservação, deve indenizar os posseiros, a fim de evitar enriquecimento indevido e prejuízo de terceiros.

O juízo a quo asseverou que a questão controvertida em análise envolve conflito entre valores de hierarquia constitucional, quais sejam: a proteção ao meio ambiente e o direito à moradia e existência digna. De um lado, o autor que vive e extrai sua subsistência de lavoura situada no interior de reserva biológica e, de outro, uma unidade de conservação de proteção integral, onde os ecossistemas devem ser mantidos livres de alterações causadas por interferência humana, sendo admitido apenas o uso indireto de seus atributos, conforme se depreende do art. 2º, VI da Lei nº 9.985/2000.

O autor produziu provas documentais que indicaram a posse em disputa desde 1985. Em seu depoimento pessoal, afirmou que seu genitor comprou a posse do terreno em análise, em 1985, onde planta diversas frutas para sua subsistência. Também afirmou nunca ter explorado tal terreno para fins turísticos.

Testemunhas afirmam conhecer a família há muitos anos e que, no princípio, a fiscalização apenas proibia o desmatamento e era concentrada nas questões ambientais, mas que desde 2013 vêm sendo aplicadas multas vultosas aos moradores que fazem plantações no local. Afirmaram, também, que a família do autor sempre viveu da agricultura e que ocupa a área desde data anterior à criação da Reserva Biológica - REBIO do Tinguá.

O julgador pontuou que a questão dos autos está disciplinada no art. 42 da Lei nº 9.985/2000, que assim dispõe: “Art. 42. As populações tradicionais residentes em unidades de conservação nas quais sua permanência não seja permitida serão indenizadas ou compensadas pelas benfeitorias existentes e devidamente realocadas pelo Poder Público, em local e condições acordados entre as partes. § 1º O Poder Público, por meio do órgão competente, priorizará o reassentamento das populações tradicionais a serem realocadas. § 2º Até que seja possível efetuar o reassentamento de que trata este artigo, serão estabelecidas normas e ações específicas destinadas a compatibilizar a presença das populações tradicionais residentes com os objetivos da unidade, sem prejuízo dos modos de vida, das fontes de subsistência e dos locais de moradia destas populações, assegurando-se a sua participação na elaboração das referidas normas e ações. § 3º Na hipótese prevista no § 2º, as normas regulando o prazo de permanência e suas condições serão estabelecidas em regulamento”.

Nesse diapasão, ponderou que o respeito ao direito à moradia e existência digna das populações tradicionais não pode ser ignorado durante o processo de implementação da política pública de proteção ambiental e que a norma supramencionada cria para o Poder Público 4 obrigações que almejam compatibilizar tal política com os direitos individuais de hierarquia constitucional, a saber: (i) a obrigação de realocar as populações tradicionais; (ii) a obrigação de

indenizá-las por benfeitorias; (iii) a obrigação de compatibilizar a presença das populações com os objetivos da unidade ambiental, sem prejuízo dos modos de vida, das fontes de subsistência e dos locais de moradia destas populações, enquanto não for possível efetuar o reassentamento e; (iv) a obrigação de assegurar a participação de tais populações na escolha do local de reassentamento e na formulação das normas e ações voltadas para a compatibilização da ocupação com as finalidades da unidade ambiental.

Segundo a compreensão do magistrado, a norma acima referida foca para além da garantia da posse, vez que pouca valia há em garantir a posse nua, sem qualquer proveito para a subsistência. Nesse ponto frisou que, “se é certo que os modos de vida e fontes de subsistência das populações são, frequentemente, incompatíveis com ‘a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais’ (Lei n.º 9.985/2000, art. 10), é precisamente por isso que incumbe ao Poder Público expedir normas e encetar ações para ‘compatibilizar a presença das populações tradicionais residentes com os objetivos da unidade’”.

Todavia, declarou inexistir nos autos notícia de adoção, por parte do Poder Público, de qualquer medida nesse sentido. Ao contrário, o que se encontra é um auto de infração.

O ICMBIO sustentou a regularidade de sua atuação, se valendo do lícito e válido dever-poder de polícia imanente ao propósito de preservação e tutela ambiental, tendo sido a área embargada por este Instituto através de auto de infração, lavrado em março de 2014, por fazer funcionar imóvel de veraneio no interior da Reserva Biológica do Tinguá.

Evidenciou o julgador, todavia, que a prova produzida indicou que o autor utiliza o imóvel para plantio de sementes para sua subsistência e não como casa de veraneio. Tendo o autor, molestado em sua posse, comprovado os requisitos do art. 568 c/c art. 561, do CPC, entendeu o magistrado dever cessar a turbação até que seja possível seu reassentamento.

Condenou o instituto réu a pagar R\$ 4.400,00 de indenização por danos morais, vez que a situação vivida pelo autor extrapolou o mero aborrecimento inerente à vida em sociedade.

Diante da sentença de procedência do pleito autoral, o ICMBIO apelou e, em suas razões, aduziu, preliminarmente, a violação do devido processo legal, uma vez que “Constitui prerrogativa das pessoas jurídicas de direito público, assim como esta Autarquia o é (Lei 11.516/2007), não serem surpreendidas e solapadas em seus direitos, com liminares concedidas inaudita altera pars, dirigidas à manutenção e/ou reintegração em situações nas quais se debate matéria de direito possessório. Este assaz é o que peremptoriamente consta ao artigo 928, parágrafo único do CPC”. No mérito, argumentou, em síntese, que: “a área correspondente à Reserva Biológica do

Tinguá, ao se constituir em bem de uso comum do povo (artigo 225, caput da CRFB/1988), consistindo em objeto de proteção integral, não admite e nem tergiversa com a ocupação de particulares, independentemente do título que acreditem estes ostentar”; que “o direito de propriedade sofre limitações impostas pela necessidade de observância de sua função social. O mesmo, e ainda com mais razão, se deve dizer quanto a eventual posse exercida sobre bem público, que deve se subordinar ao interesse público. O respeito às normas ambientais vigentes, portanto, se obrigatória aos particulares no usufruto de seus próprios bens, é ainda mais premente para os que usufruem de bens públicos”; que “a área ocupada pelo autor corresponde a parte integrante de uma unidade de conservação federal, a Reserva Biológica do Tinguá. Assim, os atos praticados pelo ICMBio contra o mesmo se deram no âmbito do exercício do poder de polícia ambiental, tal como preconizado pela Lei 11.516/07, tendo em vista a prática de ilícitos ambientais”; que “o acolhimento da pretensão autoral pela sentença guerreada esbarra no óbice no Princípio da Separação dos Poderes, tal como preconizado pela Constituição Federal, tendo em vista que implica subtração ao Poder Executivo de parcela de sua competência, consistente no exercício do poder de polícia ambiental”. Por fim, no tocante aos danos morais, sustentou que “os fatos narrados não provam a ocorrência de nenhum constrangimento, mas apenas o desempenho do regular exercício do dever-poder de polícia levado a efeito por agente legalmente investido de responsabilidades e atribuições para tanto. Logo, não existiram, realmente, fatos geradores de dano moral”.

A relatora, desembargadora federal Vera Lucia Lima da Silva, principiou seu voto afirmando que a sentença impugnada deveria prevalecer.

E, preliminarmente, afastou a alegação de que a ausência de designação de audiência de justificação prévia daria azo à nulidade processual. Para tanto, lançou mão da decisão do STJ, AgInt no REsp 1699980, da lavra do ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 15/03/2018, no qual ficou assentado: “A ausência de realização da audiência de justificação prévia não acarreta nenhum prejuízo à parte ré, já que o único provimento que pode decorrer do referido ato processual é a concessão de providência liminar à parte contrária”. E adicionou que, mesmo diante de uma possibilidade de dano ao apelante no caso concreto, a jurisprudência é firme no sentido de que a decretação de nulidade processual não prescinde da efetiva demonstração de prejuízo, sendo certo que o ICMBIO, in casu, não o comprovou.

Já no que tange ao mérito, adotou como razões de decidir, a sentença de piso.

Acentuou a relatora que, se por um giro, é verdade que a Administração Pública, no exercício de seu poder de polícia, pode condicionar ou restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos

individuais, visando a proteger o meio ambiente, por outro, também o é que a referida atuação administrativa só carregará legitimidade se realizada alicerçada na lei, respeitados os direitos do cidadão, as prerrogativas individuais e as liberdades públicas asseguradas na Constituição da República, sob pena de incorrer em arbitrariedade.

Na espécie, prosseguiu, comprovou-se que o ICMBIO transbordou os limites inerentes ao válido e regular exercício do poder de polícia, molestou indevidamente a posse do autor já, que, desconsiderando a anterioridade da posse do imóvel em relação à criação da reserva ambiental e a destinação exclusiva da área à moradia e plantio, empreendeu atos de turbação destituídos de substrato fático-jurídico, imputando ao autor a conduta de utilizar o imóvel para fins de veraneio.

Ante o exposto, asseverou que a sentença deve ser mantida e apontou que, ao contrário do que sustenta a apelante, o comando estabelecido na decisão de piso não impede o regular exercício da fiscalização e a eventual cominação de sanções por violação às normas ambientais. Votou, portanto, no sentido de negar provimento à remessa e ao recurso do ICMBIO, majorando a verba honorária em 1% sobre o valor anteriormente fixado pelo juízo a quo, sendo seguida à unanimidade pela 8ª Turma Especializada desta Corte Regional.

Precedentes:

**STF:** HC 160088 AgR (DJe: 09/04/2019); RHC 151402 AgR (DJe: 03/03/2019); RHC 138648 AgR (DJe: 09/11/2018); RE 1052094 AgR (DJe: 01/08/2018); RE 870.947 ED (DJe: 03/02/2020); **STJ:** AgInt no REsp 1699980/SP (DJe 02/04/2018); AgInt no REsp 1664304 (DJe: 21/09/2017).