

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região



v. 26 n. 1/2 janeiro/fevereiro 2014

---

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 26	n. 1/2	p. 1/240	janeiro/fevereiro 2014
---------	----------	-------	--------	----------	------------------------

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *João Batista Moreira* – Diretor

## Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/Cojud

## Supervisão

Luciana Fernandes Menezes – Supervisora/Serev

## Edição/Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Maria Aparecida Guimarães da Cruz Nunes

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

## Editoração eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

José Hugo de Lima Reis – prestador de serviço

Luciana Fernandes Menezes

Rozângela Andrade P. da Silva - prestadora de serviço

## Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

## Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Rozângela Andrade P. da Silva - prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

## Impressão

Núcleo de Serviços Gráficos – Nugra/Cenag

Tiragem: 1.000 exemplares

## Confecção de chapas CTP

Studio Produções Gráficas

## Seção de Apoio à Revista – Serev/Cojud/TRF1

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

70.096-900 – Brasília/DF

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

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

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

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

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

Disponível também em:

<<http://portal.trf1.jus.br/portaltarf1/jurisprudencia/revista/revista-do-trf.htm>>.

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

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

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

v.

Publicada mensalmente de nov. 2000-dez. 2012.

Publicada bimestralmente a partir de janeiro de 2013.

ISSN 0103-703-X

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

Desembargador Federal Adhemar Maciel  
abril/1989 – novembro/1992

Desembargador Federal Catão Alves  
novembro/1992 – outubro/1993

Desembargador Federal Leite Soares  
novembro/1993 – junho/1994

Desembargador Federal Tourinho Neto  
junho/1994 – abril/1997

Desembargador Federal Osmar Tognolo  
maio/1997 – maio/1999

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

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

Desembargador Federal Olindo Menezes  
maio/2003 – maio/2005

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

Desembargador Federal Tolentino Amaral  
junho/2006 – julho/2007

Desembargador Federal Hilton Queiroz  
agosto/2007 – agosto/2009

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

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



Desembargador Federal João Batista Moreira  
a partir de junho/2012



### Crimes de colarinho branco (*white-collar crimes*), 11

Élcio Arruda

### Crimes contra a Administração Pública, 15

Sebastião Lessa

## Uniformização de Jurisprudência

### Súmula 51

“É legítimo o edital do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) que prevê acesso às provas apenas para fins pedagógicos e recurso exclusivamente de ofício”.

Reexame Necessário 0020842-98.2012.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

## Acórdãos — Inteiros Teores

### Corte Especial – Regência. Normas especiais. Efeito. Ultratividade da suspensão, 41

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0012208-65.2011.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

### Corte Especial – Inscrição em programa governamental *Mais Médicos*. Requisitos do edital, 53

Conflito de Competência 0068195-18.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

### Primeira Seção – Juízo estadual. Mudança de domicílio após ajuizamento da ação. Alteração da competência. Impossibilidade, 55

Conflito de Competência 0065410-83.2013.4.01.0000/RO

Relator: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado)

### Primeira Seção – Servidor. Transposição de cargos sob a égide da Constituição pretérita. Critério de enquadramento. Aproveitamento do tempo de serviço, 57

Numeração única: 0025500-30.2005.4.01.0000

Embargos Infringentes 2005.01.00.056761-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

### Segunda Seção – Suspensão de plano de manejo florestal sustentável. Exercício de atividade econômica sob livre iniciativa. Autorização legítima de exploração de madeira. Submissão à fiscalização pelos órgãos competentes, 60

Mandado de Segurança Criminal 0053769-35.2012.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

### Segunda Seção – Ação de improbidade administrativa. Criação e instalação de nova vara federal. Aplicação do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. Não alteração da competência territorial anteriormente firmada, 63

Conflito de Competência 0036859-93.2013.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Ítalo Mendes

**Terceira Seção – Impetração contra autoridade judiciária de primeiro grau. Suposta omissão relativa ao cumprimento de decisões anteriores, 66**

Numeração única: 0015903-08.2003.4.01.0000

Mandado de Segurança 2003.01.00.018420-8/AM

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

**Terceira Seção – Acórdão. Omissão. Questão prejudicial de decadência. Matéria de ordem pública. Exame independentemente de provocação das partes, 69**

Numeração única: 0002894-37.2007.4.01.0000

Embargos de Declaração na Ação Rescisória 2007. 01.00.003290-4/DF

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

**Quarta Seção – Embargos à execução fiscal. Verba honorária, 70**

Ação Rescisória 0063389-08.2011.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

**Quarta Seção – Plano de demissão incentivada. Indenização por tempo de serviço. IRRF. Não incidência. Ausência de mera liberalidade, 72**

Numeração única: 0026640-45.2009.4.01.3400

Embargos Infringentes 2009.34.00.027154-5/DF

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

**Primeira Turma – Possibilidade de habilitação incidental dos sucessores do segurado falecido. Desnecessidade de abertura de inventário para o levantamento de parcelas previdenciárias, 74**

Numeração única: 0006398-30.1989.4.01.3800

Apelação Cível 89.00.04924-0/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Primeira Turma – Aposentadoria. Renúncia. Concessão de novo benefício. Desaposentação. Possibilidade. Direito patrimonial disponível, 77**

Apelação Cível 0028608-69.2012.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Segunda Turma – Reversão de pensão às filhas de ex-combatente. Falecimento da mãe. Aplicação da norma vigente à época do óbito do militar, 82**

Numeração única: 0013505-66.2005.4.01.3800

Apelação Cível 2005.38.00.013612-0/MG

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

**Segunda Turma – Aposentadoria rural por idade. Início de prova material. Propriedade de grande extensão, 85**

Numeração única: 0023760-07.2013.4.01.9199

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)

**Terceira Turma – Crime de atentado contra a segurança de transporte fluvial. Materialidade e autoria. Estado de necessidade, 89**

Numeração única: 0005757-08.2003.4.01.3200

Apelação Criminal 2003.32.00.005757-4/AM

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

**Terceira Turma – Uso de documento falso. Visto consular falsificado. Competência da Justiça Federal, 94**

Numeração única: 0031062-32.2006.4.01.3800

Apelação Criminal 2006.38.00.031610-3/MG

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)

**Quarta Turma – Particulares e agentes públicos. Atos de improbidade. Submissão às mesmas regras de prescrição, 97**

Numeração única: 0020463-02.2008.4.01.3400

Apelação Cível 2008.34.00.020550-8/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Quarta Turma – Tribunal do Júri. Princípio do promotor natural, 106**

*Habeas Corpus* 0055568-79.2013.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Marcus Vinicius Reis Bastos (convocado)

**Quinta Turma – Princípio da isonomia. Programas do Ministério da Cultura. Destinação exclusivamente a negros e pardos. Ações afirmativas, 111**

Agravo de Instrumento 0029353-66.2013.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

**Quinta Turma – Concurso público. Prova de títulos. Doutorado. Desconsideração em face da antiguidade. Falta de razoabilidade. Invalidação, 131**

Numeração única: 0016136-68.2009.4.01.3500

Apelação/Reexame Necessário 2009.35.00.016222-7/GO

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

**Sexta Turma – Entrada e permanência de estrangeiro em território brasileiro. Existência de família residente no País, 135**

Reexame Necessário 0008655-63.2010.4.01.4100/RO

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

**Sexta Turma – Ressarcimento ao Erário. Patrimônio da CEF decorrente de sua participação na composição dos recursos da Funcef, 137**

Apelação Cível 0036625-04.2010.4.01.3400/DF

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

**Sétima Turma – Contribuição previdenciária. Operadora de plano de saúde. Valores pagos a médicos e empresas credenciadas. Não incidência, 143**

Apelação Cível 0014457-71.2011.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado)

**Sétima Turma – Eficácia preclusiva da coisa julgada. Sentença que extinguiu a execução anulada. Prosseguimento da execução, 145**

Numeração única: 0001209-46.2004.4.01.3800

Apelação Cível 2004.38.00.001203-0/MG

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

**Oitava Turma – Arguição de inconstitucionalidade. Apreensão de veículo. Liberação condicionada ao pagamento de multa. Ofensa ao direito de propriedade e aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, 150**

Numeração única: 0000151-60.2004.4.01.4300

Apelação/Reexame Necessário 2004.43.00.000151-0/TO

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

**Oitava Turma – Contribuição previdenciária. Remuneração paga pelo empregador nos primeiros quinze dias de afastamento do empregado por motivo de doença ou acidente. Reflexos, 152**

Apelação Cível 0006451-93.2011.4.01.3200/AM

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado)

**Quinta Turma Suplementar – PIS. Entidade de previdência complementar fechada. Base de cálculo. Faturamento, 165**

Numeração única: 0039374-04.2004.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2004.34.00.048475-0/DF

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)

**Sexta Turma Suplementar – Ação cautelar incidental. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido em juízo, 174**

Numeração única: 0019006-13.2009.4.01.0000

Medida Cautelar Inominada 2009.01.00.019732-6/DF

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

**Sétima Turma Suplementar – Entidades fechadas de previdência complementar. Imposto de Renda. Incidência sobre ganhos obtidos em aplicações financeiras e superávits contábeis, 178**

Numeração única: 0005886-90.2002.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2002.38.00.005847-2/MG

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)

## Decisões Monocráticas

189

**Incrá. Determinação de depósito do valor deduzido da oferta a título de passivo ambiental, 189**

Agravo de Instrumento 0001217-25.2014.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado)

**Recurso especial. Discussão de valor arbitrado a título de honorários advocatícios, 191**

Numeração única: 0038856-24.2007.4.01.0000

Recurso Especial em Apelação/Reexame Necessário 2007.01.00.036940-3/AM

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Determinação de emenda da petição inicial. Adequação ao procedimento do mandado de injunção, 192**

Agravo de Instrumento 0068210-84.2013.4.01.0000/GO

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

**Pedido de revogação da prisão preventiva, 195**

*Habeas Corpus* 0001800-10.2014.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

**Redirecionamento do feito executivo para as pessoas físicas e jurídicas com relação de grupo econômico com as sociedades executadas na origem, 196**

Agravo de Instrumento 0066756-69.2013.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

**Reconhecimento da existência de grupo econômico e pedido de redirecionamento das execuções aos sócios e administradores, 200**

Agravo de Instrumento 0073849-83.2013.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado)

**Suspensão de julgamento de processo administrativo do Cade, que apura suposta prática de infração à ordem econômica — formação de cartel, 205**

Agravo de Instrumento 0004708-40.2014.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

**Suspensão de licitação. Departamento de Polícia Federal, 207**

Agravo de Instrumento 0003253-40.2014.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

**Anvisa. Suspensão da determinação de reutilização de insumos. Prejuízo à saúde dos diabéticos. Eficácia da decisão para todo o território nacional, 209**

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0004550-82.2014.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

**Réu em processo penal x testemunha em processo administrativo. Pedido para ser ouvido como testemunha, em processo administrativo, após interrogatório na seara criminal. Violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, 213**

Agravo de Instrumento 0063367-76.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

**Execução. Destacamento de honorários advocatícios contratuais do montante da condenação. Expedição da RPV. Resolução 115/2010, do Conselho da Justiça Federal, 215**

Agravo de Instrumento 0013271-57.2013.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

**Terminal Petroquímico de Miramar/PA. Inclusão em processo licitatório. Garantia de prorrogação do contrato administrativo, 219**

Agravo de Instrumento 0006225-80.2014.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)

**Cobrança da Tarifa de Armazenagem de Mercadorias submetidas ao Regime de Trânsito Aduaneiro, independentemente da utilização dos serviços, 221**

Agravo de Instrumento 0061058-82.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Medidas cautelares. Objetivo de atribuir efeito suspensivo a recurso especial. Natureza jurídico-processual de mero incidente, 222**

Medida Cautelar Inominada 0005804-90.2014.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

## JEFs em Revista

225

**Incorporação de quintos. Prazo prescricional, 225**

Pedilef 5005463-03.2012.4.04.7101

Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves

**Aposentadoria por idade. Erro da Administração. Valores recebidos de boa-fé. Irrepetibilidade, 226**

Pedilef 0507679-12.2007.4.05.8200

Relatora: Juíza Federal Marisa Cláudia Gonçalves Cucio

**Breviário****229**

Servidor público federal. Demissão. Devido processo legal. Observância.

Reintegração de posse. Esbulho recente.

Medida cautelar. Justificação. Preparatória de ação rescisória. Improbidade administrativa.

Mandado de segurança contra ato de juiz federal. Portador de necessidades especiais. Não caracterização como deficiência física.

Agravo regimental. Mandado de segurança prejudicado. Perda de objeto. Provimento de recurso.

Auxílio-doença. Falecimento da parte-autora no curso do processo. Habilitação e direitos dos herdeiros aos créditos pretéritos.

Delitos de registro de filho alheio como próprio e declaração falsa em processo de alteração de visto de estrangeiro.

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Reintegração de posse. Propriedade particular. Título formalmente regular e efetiva exploração econômica. Ocupação recente por indígenas. Posse imemorial.

Responsabilidade objetiva do Estado. Verba reconhecida em reclamação trabalhista. Apropriação indevida por advogado desabilitado nos autos. Valor não repassado aos sucessores legais do trabalhador falecido.

Propaganda de medicamentos. Exigência de lei federal. Auto de infração.

Direito internacional. Menor. Repatriação.

Execução fiscal. Fraude à execução. Alienação de bens imóveis. Citação.

**Repositórios Oficiais de Jurisprudência****237****Instruções Editoriais****239**

# Crimes de colarinho branco (*white-collar crimes*)

Élcio Arruda\*

## Resumo

O texto aborda os chamados *crimes de colarinho branco*, cometidos por pessoas respeitadas, de elevado *status* social, no decurso de suas ocupações profissionais. Embora muito mais graves e prejudiciais do que os denominados *crimes de rua*, o enfoque dado à criminalidade de colarinho branco ainda é acanhado e superficial: os motivos de tanto são analisados no texto. São alvitradas propostas no afã de otimizar a persecução penal quanto aos crimes de colarinho branco, como, por exemplo: em casos devidamente motivados, operar a reeleitura do *in dubio pro reo*; perquirir o quesito *autoria do crime* à luz da teoria do domínio do fato, mais consentânea à realidade; sopesar a possibilidade de estender a responsabilidade penal também às pessoas jurídicas envolvidas; implementar reformas legislativas e especializar órgãos de persecução penal.

Palavras-chave: Crimes de colarinho branco. Gravidade. Persecução Penal.

Quando o assunto é criminalidade, a noção generalizada é a de que o âmago do problema se radica nos chamados *crimes de rua*, assaltos, latrocínios, homicídios, tráfico de drogas, dentre outros; tratando-se de práticas violentas, elas ameaçam e atingem diretamente a população, moral, física e patrimonialmente. Os *crimes de colarinho branco*, nesta linha, constituiriam um pormenor no mosaico da criminalidade, uma porção ínfima, despida de maior relevo e, como tal, comumente ignorada; a própria mídia<sup>1</sup>, de ordinário, direciona seus holofotes somente aos *crimes de rua* e deixa ao relento os *crimes de colarinho branco*. A falta de interesse pelos crimes de colarinho branco talvez decorra, preponderantemente, da ignorância quanto aos seus efeitos e à real extensão

dos prejuízos causados à comunhão; todavia, eles podem produzir — e normalmente produzem — tanto ou mais violência e gravames do que os *crimes de rua* e, por isto, constituem “o maior problema criminal de nossa época”, segundo James Coleman<sup>2</sup>. No Brasil, recentemente, o julgamento do processo-crime alcunhado *Mensalão* (AP 470), em curso no Supremo Tribunal Federal, despertou a atenção da população em geral para os *crimes de colarinho branco*, protagonizados por poderosos, políticos, agentes públicos, membros de grandes corporações e de grupos organizados, gente da classe alta, homens de negócio e profissionais insuspeitos e respeitados. Daí a pertinência da abordagem ora encetada, cujo endereço é suscitar a meditação em derredor dos crimes do *mundo superior*.

A locução *criminalidade de colarinho branco* (*white-collar criminality*) — fala-se em *colarinho branco* em alusão às camisas dos empresários e agentes ocupantes de posições mais elevadas na hierarquia organizacional, em contraposição ao macacão ou uniforme azul (*colarinho azul*) dos trabalhadores/operários executantes de funções intermediárias ou subalternas<sup>3</sup> — foi cunhada por Edwin Hardin Sutherland, quem a pronunciou, de público, ao ensejo de discurso proferido na Sociedade de Sociologia Americana, em 1939, ulteriormente publicado<sup>4</sup>. Seu escopo era lançar luzes acerca de infrações penais ordinariamente estranhas ao campo da criminologia: crimes perpetrados por pessoas respeitadas e *status* social elevado, no decurso de suas ocupações profissionais, absolutamente desvinculados da pobreza e de patologias sociais e pessoais<sup>5</sup>. O conceito assim alinhavado permanece válido ainda hoje, como se colhe das diretivas do Centro Nacional contra o Crime de Colarinho Branco (*National White Collar Crime Center*), sediado nos Estados Unidos da América do Norte<sup>6</sup>.

\*Professor de Direito Penal e Processo Penal, mestre e doutorando em Direito, juiz federal titular da 1ª Vara de Uberaba/MG.

<sup>1</sup> Sabidamente, os meios de comunicação, amiúde, retroalimentam demandas populistas por mais leis penais, fomentam soluções irracionais, sem qualquer compromisso ético e propelidos pela avidez lucrativa. Com enfoques descontextualizados, sob “clima punitivista”, convolam-se numa verdadeira fábrica de medo e, com isto, geram infundáveis postulações por segurança, acriticamente abrigadas pelas instituições estatais (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 108).

<sup>2</sup> COLEMAN, James William. *A elite do crime*. Tradução da 5. ed. norte-americana por Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2005, p. XI.

<sup>3</sup> COLEMAN, op. cit., p. 6.

<sup>4</sup> SUTHERLAND, Edwin Hardin. *The white-collar criminality*. *American Sociological Review*, v. 5, p. 1-12, fev. 1940.

<sup>5</sup> SUTHERLAND, Edwin Hardin. *El delito de cuello blanco (White collar crime)*. The uncut version. Tradução espanhola de Laura Beloqui. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009, p. 9.

<sup>6</sup> HELMKAMP, James. *White collar crime: proceedings of the academic workshop* [June 20 - 22, 1996]. Morgantown, W Va.: National White Collar Crime Center, Training and Research Institute, 1996, p. 351.

Quer dizer, a criminalidade de colarinho branco (*white-collar criminality*) diz respeito à perseguição de crimes perpetrados pelos poderosos (*crimes of the powerful*), pelos agentes de grandes corporações (*corporate and business crime*), pelos grupos organizados, pela classe alta, composta por respeitáveis ou pelo menos respeitados homens de negócio ou profissionais, num contexto aparentemente insuspeito. A título exemplificativo, no Direito brasileiro, presente o princípio da reserva legal (*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine e nullum crimen sine poena legali*)<sup>7</sup>, integram a criminalidade de colarinho branco crimes de corrupção praticados contra a Administração Pública, contra a ordem tributária e econômica, contra o meio ambiente, contra o sistema financeiro nacional (fraudes financeiras), contra sistemas previdenciários e de seguros privados, contra a saúde pública, contra a propriedade industrial, crimes de lavagem de dinheiro, dentre outros.

Conquanto venham se alastrando como fogo na floresta, os crimes de colarinho branco ainda permanecem na penumbra, mormente em países periféricos, aí incluído o Brasil. A constatação é corolário de pelo menos quatro fatores: a) As violações não constituem ataques simples e diretos de uma pessoa contra outra, elas são complexas e de efeitos difusos. Por isto, em geral, a vítima não se reconhece como tal, circunstância a desaguar na ausência de interesse e em minguadas notificações às agências públicas; b) As agências de comunicação não veiculam dados e notícias suficientes sobre a criminalidade de colarinho branco: primeiro, por se tratar de práticas complexas, compreensíveis, muitas vezes, apenas por quem possui alguma experiência ou especialização na área envolvida; segundo, porque, às vezes, as próprias agências de comunicação referem ligações espúrias com os protagonistas das infrações; c) Poderosos, pessoas de respeito e *status* social elevado não corresponderiam ao estereótipo popular de *criminoso*: a tendência é admirá-los e respeitá-los e, daí, a dificuldade em divisá-los como delinquentes. O *status* social elevado induziria à presunção absoluta de se tratar de pessoas honestas e, como tal, operaria à

moda da imunidade outorgada ao clero medieval; d) A alta posição social dos criminosos implica a utilização de sofisticados *modus operandi*, em ordem a dificultar a apuração através de técnicas de investigação e mecanismos convencionais: os obstáculos, não raro, levam ao sepultamento de apurações ou à obtenção de resultados deficitários. Em juízo, o formalismo exacerbado, concepções bizantinas, tecnicismos arcaicos e o apego a rituais decrépitos, em descompasso à engenhosa dinâmica da criminalidade pós-moderna, produzem resultados aquém aos necessários<sup>8</sup>.

Dentre os apontados fatores dissuasórios à fixação de holofotes nos crimes de colarinho, apenas o derradeiro comporta reflexão de maior fôlego. De fato, a ausência da sensação da condição de vítima é meramente superficial, produto de senso fantasioso. Em se tratando de interesses difusos, afetadas categorias indeterminadas de pessoas ou direitos transindividuais, a sujeição passiva direta sempre recai sobre o Estado, provedor do bem-estar geral. E se o homem pós-moderno vive no Estado e do Estado, a agressão a seus interesses se estende a todos os cidadãos, igualmente vítimas. Por isto mesmo, cada vez mais, ganha corpo a concepção do Código Penal como *Magna Carta da vítima*, sobrepujando a clássica noção dele ser, antes de tudo, a *Magna Carta do delinquente*<sup>9</sup>. Quanto às agências de comunicação, o ponto de partida é a adoção de pautas escoimadas de interesses ilegítimos, isentas de sensacionalismos e compromissadas com a verdade provada<sup>10</sup>, para, daí, deslizar-se à confecção de matérias balizadas pelo linguajar acessível e pelo enfoque aos prejuízos causados a cada um dos cidadãos pelos crimes de colarinho branco; com isto, decerto, fomentar-se-á o interesse da população em geral pelo tema. Por sua vez, a ascensional delinquência empresarial, para mencionar apenas um motivo, deixa à mostra o equívoco de uma das plataformas de sustentação do Direito Penal tradicional, precisamente o crime como produto da pobreza, da miséria, da marginalidade: o estereótipo do delinquente como egresso da classe socioeconômica mais débil sucumbiu, sem embargo de ter hipnotizado toda a ciência penal até o século passa-

<sup>7</sup> Sobre o princípio da legalidade ou reserva legal: ARRUDA, Élcio. *Primeiras linhas de Direito Penal – fundamentos e teoria da lei penal*. Leme: BH, 2009, v. 1, t. 1, p. 193-199.

Mesmo no direito anglo-saxão, presente a linha divisória entre crimes mais graves (felonies) e mais leves (misdemeanors), a tipicidade penal reclama previsão em texto de lei *stricto sensu*, além de conduta (*actus reus*) e dolo (*mens rea*) [SCHEB, John M.; SCHEB, John M. II. *Criminal law*. 5. ed. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 2009, p. 250].

<sup>8</sup> SUTHERLAND, 2009, p. 79-85.

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2008, p. 48.

<sup>10</sup> RAMONET, Ignacio. *A tirania da comunicação*. Tradução portuguesa de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, passim.

<sup>11</sup> SCHUNEMANN, Bernd. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2009, p. 115-161, t. 2.

do<sup>11</sup>. De resto, diferentemente, a sofisticação permeada aos crimes de colarinho branco impõe, sim, a releitura de paradigmas ortodoxos, no campo da persecução penal; o aparelho repressivo estatal não pode esmoecer, nem adotar postura meramente contemplativa ou apegada a formalismos irracionais. A aprovação e a vigência de leis, embora elas representem ordens do povo codificadas pelos legisladores, não lhes garante aplicação automática ou compulsória; é dos órgãos de persecução penal a incumbência de concretizá-las, emprestando-lhes vida e significado. Neste sentido, vicissitudes probatórias amiúde descortinadas na seara de crimes de colarinho branco, oriundas da sofisticação da empreitada ilícita e do largo poderio dos protagonistas, podem levar até mesmo, em casos devidamente justificados, à releitura do *in dubio pro reo*, sob pena de emperramento do sistema de justiça criminal<sup>12</sup>; daí a possibilidade, *e.g.*, em crime de lavagem de dinheiro ou branqueamento de capitais, de transferir ao acusado o ônus de comprovar a origem lícita do patrimônio duvidoso. Por igual, impõe-se compreender o quesito “autoria do crime” sob perspectiva mais consentânea à realidade, tal como promanada da teoria do domínio do fato, opondo-se aos critérios puramente subjetivos/objetivos e restritivos/extensivos de autoria. Autor é quem domina, finalisticamente, o decurso do crime e decide, preponderantemente, sobre sua prática, interrupção e circunstâncias, é quem decide sobre o *se*, o *como*, o *onde*, distinguindo-se do partícipe, mero co-operador, indutor ou instigador. É autor, pois, quem executa, pessoalmente, o verbo típico e quem, sem realizá-lo diretamente, vale-se de outrem — homem — de — palha, títere ou laranja — para executá-lo<sup>13</sup>. Ainda, há de se considerar a possibilidade de extensão da responsabilidade penal pela prática de crimes de colarinho branco às pessoas jurídicas utilizadas, sem prejuízo da concorrente punição dos autores individuais<sup>14</sup>. Para tanto, urge repensar e alargar os conceitos ortodoxos de ação, culpabilidade e pena, em harmonia às vertentes constitucionais. A propósito, um parêntesis se impõe: a Constituição Federal, ao expressamente aludir à responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes contra a ordem econômica e financeira,

contra a economia popular e contra o meio ambiente, simplesmente instituiu um patamar mínimo (piso), insusceptível de adelgaçamento pelo legislador ordinário, a quem, entretanto, é dado proceder ao alargamento do rol, dès que observado o devido processo legislativo. Efetivamente, moldado para arrostar unicamente comportamentos individuais, o direito penal clássico tem se mostrado insuficiente à consecução das necessidades hodiernas de prevenção, no terreno da criminalidade corporativa de colarinho branco<sup>15</sup>. Por derradeiro, reformas legislativas e a especialização dos órgãos de persecução devem se somar ao enfrentamento da nova realidade suscitada pela delinquência dos poderosos (*crimes of the powerful*)<sup>16</sup>. No terreno da criminalidade de colarinho branco, aliás, somente a investigação criminal diretamente levada a efeito pelo Ministério Público, subsidiado pelas agências policiais, tem produzido bons frutos<sup>17</sup>. Decididamente, o “*crime de colarinho branco é responsável pela perda de bilhões de dólares anuais pelo governo, pelos negócios e pelos cidadãos em todo país*”<sup>18</sup>.

Para arrematar, no contexto dos crimes de colarinho branco, na práxis, tem causado alguma perplexidade situações envolvendo casos de sonegação tributária em que o falso constitui crime-meio. Pago o tributo, a qualquer tempo, opera-se a extinção de punibilidade do sonegador, pelo crime tributário e pelo falso (princípio da consunção). Apenas se o falso não se exaurir na sonegação fiscal, de modo a viabilizar o cometimento de outros delitos, não elididos pelo pagamento do tributo, é possível se cogitar de sua subsistência autônoma: a ocorrência, porém, é relativamente incomum<sup>19</sup>. De tal sorte, na esmagadora maioria dos casos, o sonegador de

<sup>12</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução espanhola da 25. ed. alemã por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 112.

<sup>13</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal – parte general*. Tradução espanhola da 5. ed. alemã por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 701-704.

<sup>14</sup> “As sanções a pessoas jurídicas, que se situam junto à punição do autor individual, ocuparão, no futuro, um grande papel na luta contra a criminalidade empresarial” (ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 358).

<sup>15</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, Jose Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*. In: Quintero Olivares, Gonzalo; Morales Prats, Fermín. *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 2001, p. 885-905.

<sup>16</sup> PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Introducción al derecho penal económico*. In: BACIGALUPO, Enrique (Coord.). *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 29-52.

<sup>17</sup> A investigação criminal direta pelo *dominus litis* é avalizada pelo Pretório Excelso, dès que em hipóteses excepcionais, aferíveis caso a caso, contanto que se formalize os atos de investigação e que se assegure ao investigado e ao seu advogado o acesso a todos as diligências formalizadas (STF – HC 84965 – 2. Turma – j. 13-12-2011).

<sup>18</sup> SCHEB, John M.; SCHEB, John M. II. *Criminal law*. 5. ed. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 2009, p. 249.

<sup>19</sup> ARRUDA, Élcio. *Existe crime tributário?* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, v. 12, n. 149, p. 9, abr. 2005; Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, v. 17, n. 4, p. 51-53, abr. 2005.

tributos, usuário de recibos falsos ou congêneres, uma vez adimplido o tributo, livra-se da persecução penal, enquanto o emitente dos documentos espúrios não é agraciado com qualquer favor legal, responde pelo falso e frequentemente é condenado. A diretriz assim enunciada, é bem verdade, parece se distanciar da moral, substrato do direito. E o divórcio entre direito e moral, em descompasso à teoria do mínimo ético<sup>20</sup>, é eventualmente constatado no mundo jurídico; situações imorais, às vezes, aninham-se sob as dobras do manto protetor do direito<sup>21</sup>. A solução haveria de ser uniforme para ambos os agentes, quer dizer,

ou se estende a isenção de responsabilidade penal ao emitente dos documentos falsos ou também se sanciona o sonegador pelo falso, independentemente da quitação da exação. Do ponto de vista moral, jurídico e técnico, adequada é a derradeira solução; contudo, somente a guerrilha interpretativa, fiada no modelo fundamentado, permitir-lhe-á a concretização. O incremento substancial dos níveis de sonegação fiscal, a revelar verdadeira colonização criminal, quiçá, justifique o repensar da *benignidade* outorgada ao sonegador<sup>22</sup>, ainda sem paralelo na legislação estrangeira<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> A teoria do “mínimo ético”, originalmente concebida por BENTHAM e desenvolvida por JELLINEK (JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Tradução espanhola da 2. ed. alemã por Fernando de los Ríos. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 29: “o direito não é senão o mínimo ético que a Sociedade precisa em cada momento de sua vida para continuar vivendo”), foi pioneiramente abrigada no campo penal por MANZINI, Vincenzo (Tratado de derecho penal. Tradução espanhola de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EDIAR, 1948, p. 39-41, v. 1).

<sup>21</sup> “O direito, infelizmente, tutela muita coisa que não é moral. Embora possa provocar nossa revolta, tal fato não pode ficar no esquecimento. Muitas relações amorais ou imorais realizam-se à sombra da lei, crescendo e se desenvolvendo sem meios de obstá-las. Existe, porém, o desejo incoercível de que o Direito tutela só o ‘lícito moral’, mas, por mais que os homens se esforcem nesse sentido, apesar de todas as providências cabíveis, sempre permanece um resíduo imoral tutelado pelo Direito” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43).

---

<sup>22</sup> Benignidade de muito refutada pela doutrina: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 218. Aliás, o Código Penal de 1969 – cuja vigência foi sucessivamente prorrogada, até ele ser “revogado” em 11/10/1978, através da Lei 6.578 — recusava a eficácia extintiva de punibilidade ao pagamento do tributo.

<sup>23</sup> ARRUDA, Élcio. *Crime tributário: perspectivas na Europa e eficácia do pagamento*. Revista do Tribunal Regional Federal: 1. Região, v. 19, n. 1, p.57-60, jan. 2007; Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, v. 14, n. 171, p. 7-9, fev. 2007.

# Crimes contra a Administração Pública

Sebastião Lessa\*

*Nossos diplomas não olvidaram o delito, a começar pelas Ordenações do Liv. V, que, no tit. 71, puniam os oficiais do Rei que “recebem serviços ou peitas e as partes que lhas dão ou prometem”. Agrava-se a pena, podendo ser até a de morte, se se tratasse de juiz. (grifei) (NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Ed. Saraiva, v. 4, 8. ed. 1976, p. 264.)*

## 1 Breve introdução

Na lida diuturna do Estado que busca *bem-estar e justiça sociais*, tudo sob a influência dos arts. 3º, incisos, e 193 da Constituição Federal, torna-se imprescindível que os agentes públicos atentem para os princípios da *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*. (art. 37, *caput*, CF)

Nessa toada, o exercício da função pública reclama absoluto alinhamento com os primados da *competência, presteza e probidade*.

E já se disse, e ninguém contesta, que a *mercancia* da função pública constitui um ferrenho obstáculo no caminho desse desiderato.

Em tal contexto, nunca é demais assinalar que o Estado Democrático de Direito, em verdade, tem sua base de sustentação na *legalidade, liberdade, igualdade*, e, sobretudo, na *responsabilidade*.

Calha destacar que a incidência do nefasto “*tráfico da função pública*”, *censura disciplinar* projetada no “*valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública*” (art. 117, IX, Lei 8.112/1990), provoca a intitulada *responsabilidade tridimensional*, assim definida na Lei 8.112/1990:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Visando a dar maior efetividade aos instrumentos de *controle* em face dos desvios funcionais cometidos contra a Administração, a nova disposição introduzida na Lei 8.112/1990:

Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. (Incluído pela Lei nº 12.527, de 2011.) (grifei)

### 1.a Responsabilidades: penal e disciplinar

Neste trabalho, cuidar-se-á da *responsabilidade penal*, mormente da *corrupção passiva* nas formas *simples* (art. 317, *caput*, CP) e *qualificada* (§ 1º, art. 317, CP), e ainda dos correspondentes “*fato inerente à função pública*” e “*ato de ofício*.”

Do mesmo modo, será abordada, em aligeirada síntese, a índole *formal* da *transgressão disciplinar* que censura o “*valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública*” (art. 17, IX, Lei 8.112/1990).

Lei 8.429/1992

Com propósito análogo, é dizer, prevenir e reprimir os atos de *improbidade administrativa*, e ancorada no § 4º do art. 37 da Carta Política, especialmente no *princípio da moralidade administrativa*, a Lei 8.429/1992, cuidou das sanções aplicáveis aos agentes públicos nos

\* Membro do Conselho Diretor da ADPF – Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal; 2º vice-presidente jurídico da Adepol/Brasil – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil; diretor jurídico do Sindicato dos Delegados de Polícia Federal/DF.

casos inclusive de *enriquecimento ilícito* no exercício de atividade pública, com destaque para a indisponibilidade dos bens do indiciado, sequestro dos bens, quebra do sigilo de dados, ressarcimento ao Erário, comunicações ao Ministério Público e Tribunal ou Conselho de Contas (arts. 7º, *caput*, parágrafo único, 15 e parágrafo único, e 18) (Cf.: Sebastião José Lessa, *Improbidade Administrativa – Doutrina e Jurisprudência – Enriquecimento Ilícito*, [...], Ed. Fórum/BH, 2011).

### 1.a.1 Responsabilidade penal

Como é sabido, no segundo semestre de 2012, o c. Supremo Tribunal Federal, após 53 sessões plenárias, transmitidas ao vivo pela TV Justiça, canal 10, concluiu, em 17/12/2012, o julgamento da Ação Penal 470, acórdão publicado no e-DJ de 22/04/2013.

Durante os debates, enriquecidos inclusive pelas expoentes lições doutrinárias e jurisprudenciais, e diante da “*extrema complexidade dos fatos e a intensa imbricação dos crimes*” (AP 470/STF, rel. Min. Joaquim Barbosa – STF, Notícias, 17/12/2012), o Pretório Excelso definiu rumos, sempre construtivos, na apuração dos crimes de *corrupção* (passiva e ativa), *peculato*, *lavagem de bens*, *evasão de divisas*, *gestão financeira* (fraudulenta e temerária), *quadrilha ou bando*, entre outros, e com destaque para a *qualidade da prova*.

Em tal contexto, é pertinente levar em consideração — *para melhor alcance dos fatos e suas circunstâncias* — a ambiência que abrigou aqueles embates jurídicos, e, sobretudo, o conteúdo agitado das imputações, é dizer, notícia de que agentes públicos e pessoas físicas ou jurídicas estariam associados para *fins ilícitos*.

Oportuno, de passagem, a doutrina de Maria do Carmo Leão:

*Geralmente, os crimes contra a economia são cometidos por pessoas ou grupo de pessoas de amplo prestígio social e político, com fácil trânsito em todas as áreas governamentais. Nesse contexto, estão presentes, na rede de relações pessoais, as propinas, os favorecimentos e outras tantas formas de facilitação do crime. São profissionais bem sucedidos, com profundo conhecimento das leis e de suas lacunas, sempre contando com a participação efetiva de administradores ímprobos. É o poder paralelo.* (grifei) (Léo da Silva Alves in *Juristas do Mundo*, vários autores, Ed. Rede, Brasília/DF, v. I, 2012, p. 53)

Portanto, é sempre conveniente e produtivo o debate jurídico envolvendo os *mecanismos preventivos e repressivos*, especialmente quando se cogita do *desvio de recursos públicos*, fator de inquestionável potencial

danoso, como sustentado pelo Exmo. Sr. procurador-geral da república:

*[...] pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGF) e pela Federação das Industrias do Estado de São Paulo (Fiesp) segundo a qual os desvios de recursos públicos no Brasil podem chegar a R\$ 85 bilhões de reais por ano. De acordo com essa pesquisa, entre 2002 e 2008, houve desvios de cerca de R\$ 40 bilhões em contratos do governo e o custo médio anual da corrupção no país estaria em torno de 1,38% a 2,3% do PIB (Produto Interno Bruto), ou seja, entre R\$ 50 bilhões e R\$ 84,5 bilhões (grifei) (STF, RE 593727, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento interrompido, até 25/06/2013, com pedido de vista. (Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, SP, n. 76 – out./nov. 2012, p. 58).*

Em pesquisa realizada até 25/06/2013, no Superior Tribunal de Justiça e na esfera federal, constatou-se um número considerável de recursos enfocando a questão da *corrupção passiva*:

STJ: 365 documentos

TRF 1ª Região: 100 documentos

TRF 2ª Região: 100 documentos

TRF 3ª Região: 221 documentos

TRF 4ª Região: 643 documentos

TRF 5ª Região: 133 documentos

A propósito de tal expansão, já se pensa na catalogação dos delitos de *concussão*, *corrupção passiva* e *corrupção ativa* como *crimes hediondos* (Projeto de Lei do Senado 204, de 2011, autoria do Senador Pedro Taques).

### 1.b Mecanismos de contenção – Leis 8.429/1992; 8.730/1993; Decreto 4.334/2002; e Decreto 5.483/2005

Em arremate, mais uma vez é preciso destacar — entre outros — os recorrentes e eficientes mecanismos punitivos, preventivo e repressivo contidos nas disposições das Leis 8.429/1992 e 8.730/1993; e Decretos 4.334/2002 e 5.483/2005:

Lei 8.429/1992:

*Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.* (grifei)

Lei 8.730/1993:

*Estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências.* (grifei)

Decreto 4.334, de 12/08/2002:

*Dispõe sobre as audiências concedidas a particulares por agentes públicos em exercício na Administração Pública Federal direta, nas autarquias e fundações públicas federais. (grifei) (DOU 13/08/2002.)*

Decreto 5.483, de 30/06/2005:

*Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo Federal, o art. 13 da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, institui a sindicância patrimonial e dá outras providências. (grifei)*

## 2 Corrupção passiva (art. 317 e §§, CP)

Com efeito, o art. 317 e §§ do Código Penal que cuidou da *corrupção passiva*, pune, em nome da *moralidade administrativa* (art. 37, *caput*, CF), bem como da *regularidade e continuidade do serviço público*, o “tráfico” da função pública.

É bom gizar que

*Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regra de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. (Hely Lopes Meirelles, Délcio Balesteiro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Ed. Malheiros, SP, 38. ed., 2012, p. 90)*

Fernando Capez, realçando o *objeto jurídico* da norma, e calçado na doutrina de E. Magalhães Noronha, leciona que:

*A corrupção afeta o correto desempenho da função pública e, por conseguinte, o desenvolvimento regular da atividade administrativa. Busca, portanto, o dispositivo proteger o ‘funcionamento normal da Administração Pública, de acordo com os princípios de probidade e moralidade. (Curso de Direito Penal, parte especial, ed. Saraiva, SP, vol. III, 5. ed., v. 2007, p. 433-4)*

### 2.a Resultado naturalístico e resultado jurídico ou normativo (distinção)

Na classificação dos crimes, é dizer, *material, formal* e de *mera conduta*, como é cediço, o *resultado* do comportamento pode ser *naturalístico* e *jurídico* ou *normativo*.

E segue elucidativa a lição de Celso Delmanto, ao cuidar do *resultado*:

*Resultado Naturalístico*

*Nos delitos materiais exige-se a ocorrência de resultado naturalístico; nos formais, ele poderá ocorrer ou não (ex.: crime de extorsão, que se consuma sem dependência da obtenção do proveito), caracterizando a sua ocorrência mero exaurimento do crime; já nos crimes de mera conduta, o resultado naturalístico*

*não ocorre (ex.: crime de desobediência; [...] etc). (grifei) (Código penal comentado, Ed. Renovar, RJ, 6. ed., 2005, p. 19) (Cleber Masson, Direito Penal, Parte Especial, Ed. Método, SP, V. 3, 3. ed., 2013, p. 196 e 666)*

Destaque, no ponto, para a figura da *corrupção própria exaurida* prevista no § 1º do art. 317 do CP, ou *figura qualificada*:

*Ocorre quando o funcionário, em consequência da vantagem ou promessa (vide nota ao caput), efetivamente: a. retarda (atrasa) ato de ofício; b. deixa de praticar qualquer ato de ofício (omite); c. ou pratica infringindo dever funcional (pratica ato que viola dever de sua função). (Celso Delmanto, op. cit., p. 634)*

*Resultado jurídico ou normativo*

*Refere-se à própria lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado (ex.: a incolumidade e a saúde públicas, nos crimes contra a saúde pública; a fé pública, nos crimes de falsidade documental).’*

E conclui: *“Pode-se dizer, portanto, que nem todo crime acarreta resultado naturalístico, mas todo crime exige resultado jurídico ou normativo.” (Celso Delmanto, op. cit., p. 19)*

### 2.b Corrupção passiva – forma simples (art. 317, caput, CP)

Neste trabalho, a leitura do tipo penal (art. 317, *caput* e § 1º, CP) permite concluir peculiaridades em torno da *corrupção* nas formas *simples* e *qualificada*.

Dispõe o art. 317, *caput*, do Código Penal:

*Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mais em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:*

*Pena – reclusão, de 2 (dois), a 12 (doze) anos, e multa. (Pena alterada pela Lei n. 10.763, de 12. de novembro de 2003). (grifei)*

O *caput* do art. 317, CP cuidou da repressão penal em face da conduta censurável do funcionário público que *solicita, recebe* ou *aceita promessa* de *vantagem indevida* para virtual, potencial ou futura *prática* ou *omissão* de *ato* ou *fato* relacionado com a função pública.

Aqui, o crime é *formal*, ou seja, de *consumação antecipada* e *independe do resultado*, como assentam doutrina e jurisprudência:

*A corrupção passiva é crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado. Consuma-se no momento em que o funcionário público*

*solicita, recebe ou aceita a promessa de vantagem indevida.* (Cleber Masson, op. cit., p. 196 e 666)

HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. MATERIALIDADE. CRIME FORMAL. ORDEM DENEGADA.

[...] 3. Concluir pela ausência de justa causa, por força da insuficiência de elementos sobre a materialidade delitiva, com base na não apreensão das quantias supostamente recebidas, não é medida apropriada frente a natureza formal do delito de corrupção passiva, que se consuma pela simples solicitação da vantagem ilícita. (grifei) (STJ, HC 176058 PA, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 16/08/2012)

Logo, na forma simples (art. 317, *caput*, CP), como no exemplo do julgado (STJ, HC 176058 PA), onde não se realizou a “apreensão das quantias supostamente recebidas”, não se apresenta com prioridade para a configuração do modelo típico, a identificação do virtual ou futuro “ato de ofício”, bastando a presença do “fato inerente à função pública” que deu azo à vantagem indevida almejada.

Por isso se diz que a corrupção “é um crime-tentativa: basta que o agente solicite a vantagem, ainda que isso não encontre eco no extraneus.” (E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, Ed. Saraiva, SP, 4 v., 8. ed., 1976, p. 265)

Nesse panorama, Fernando Capez acrescenta que:

É indispensável para a caracterização do ilícito em estudo que a solicitação, recebimento ou aceitação de vantagem seja realizada pelo funcionário público em razão da função (ainda que fora dela ou antes de assumi-la). (grifei) (Op. cit., v. 3, p. 436; TJSP, HC 261.928-3, rel. Des. Gonçalves Nogueira, j. 18/08/1998)

## 2.c Corrupção passiva — forma qualificada (§ 1º, art. 317, CP)

Está escrito no § 1º do art. 317 do Código Penal:

*A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.* (grifei)

É a *figura qualificada* prevista no § 1º do art. 317, CP tida como *corrupção própria exaurida*, quando, ressalte-se, é de rigor a demonstração do “ato de ofício” que gerou a vantagem indevida, porque assim já decidido pelo Pretório Excelso:

1.2. *Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral*

*decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido.* (grifei) (STF, AP 307 DF, Pleno, maioria, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/10/1995)

É que, é bom repisar, a pena será aumentada de 1 (um) terço, se, em consequência da vantagem, ou promessa ocorre o “exaurimento da conduta”, consistente no retardamento, omissão ou prática do “ato de ofício” com infringência do dever funcional.

Nessa hipótese de figura *exaurida*, pelo visto, é de rigor a identificação do “ato de ofício” correspondente.

Destaque para o ensinamento de Fernando Capez:

*Trata-se de forma mais grave do crime de corrupção passiva, uma vez que a conduta do funcionário vai além do recebimento da vantagem indevida, pois ele efetivamente: a) retarda a prática do ato, isto é, desrespeita o prazo para a sua execução; b) deixa de praticar o ato, isto é, abstém-se de sua prática; c) pratica infringindo dever funcional, isto é, a ação é contrária ao seu dever de ofício. [...] Constituem, na realidade, hipóteses de exaurimento do crime, mas que acabam por funcionar como causa de aumento de pena.* (grifei) (Op. cit., p. 441)

De igual importância, a lição de Cleber Masson:

*O dispositivo legal prevê uma causa de aumento da pena, aplicável na terceira e derradeira fase da dosimetria da pena privativa de liberdade. A maior reprovabilidade da conduta repousa na efetiva violação do dever funcional, consistente no retardamento ou abstenção de ato de ofício, ou prática de ato contrário à função pública. Nas duas primeiras hipóteses, o ato é lícito (corrupção passiva imprópria), mas retardado ou omitido pelo agente; na última, o ato é ilícito (corrupção passiva própria), e mesmo assim o funcionário público o pratica.* (Op. cit., p. 668)

Assaz elucidativo o v. acórdão do Superior Tribunal de Justiça, onde restaram configurados os elementos integrativos do tipo: *conduta, vantagem indevida, e ato de ofício*:

*Então, entendo presente nítida relação causal entre a contratação de [...], o retardamento na concessão do efeito suspensivo, com a antecedente burla na distribuição do agravo, o recebimento dos honorários em espécie, o empréstimo à [...] e a falta da prova do pagamento deste mútuo, a tipificar o delito do § 1º do art. 317 do Código Penal, sendo seus autores [...] e [...], em explícito e escandaloso favorecimento ao Grupo [...]. Pertinente e atual o raciocínio desenvolvido por ocasião do recebimento da denúncia – fls. 596/597 – e a ele me reporto. É que o exame ora retratado demonstra não haver uma simples suspeita, como*

normalmente se exige para o recebimento da acusação, mais certeza evidente e clara entre o “fato demonstrado” e o “fato que se infere” (corrupção), suficiente a impor aos envolvidos as penalidades previstas na lei. (grifei) (STJ, APn 224 SP, un., rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJe* 23/10/2008)

De igual modo, mostrando prioritário apontar o ato de ofício, o julgado do e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

[...]

2. Para a existência do delito de corrupção passiva impõe-se a identificação do ato de ofício – omissivo ou comissivo – configurador da transação ou comércio com o cargo exercido pelo funcionário público. Noutros termos, é necessário apontar qual ato específico de sua função ou cargo o agente praticou, ou deixou de praticar, em virtude do recebimento da vantagem indevida (ou mesmo da promessa de vantagem). (grifei) (TRF 1, ACR 2013.34.00.033828-8 DF, un., rel. Des. Federal Tourinho Neto, e-*DJF1*, 08/02/2013)

*Crime impossível — ato de ofício — demonstração*

Dispõe o art. 17, do Código Penal: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime.” (grifei)

Impende ressaltar — na ótica da *teoria temperada ou intermediária* — (Código Penal Interpretado, Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, Ed. Atlas, SP, 7. ed., 2011, p. 79), que “não basta a ineficácia relativa, sendo necessária a absoluta.” E mais: “Também aqui, a impropriedade deve ser completa e não parcial.” (Celso Delmanto, op. cit., p. 30)

Nesse caso, para obstar eventual arguição de crime impossível (art. 17, CP), como dito no julgado “impõe-se a identificação do ato de ofício.” (TRF1, ACR 2013.34.00.033828-8 DF, un., rel. Des. Federal Tourinho Neto, e-*DJF1*, 08/02/2013.)

Em outro julgado, priorizando a circunstância da vantagem impossível: “Embora o crime seja de natureza formal, não se tipifica se a vantagem desejada pelo agente não é da atribuição e competência do funcionário.” (TJSP, RT 538/324, 526/356, RJTJSP 160/306; Celso Delmanto, op. cit., p. 635)

E mais:

*Crime impossível na corrupção passiva – TJSP:*  
“Não ocorre o delito de corrupção passiva, embora de natureza formal, consumando-se pela simples solicitação, se esta é impossível de ser cumprida, isto é, não estiver ao alcance da pessoa que é solicitada. (grifei) (RT 505/296 in Júlio Fabbrini Mirabete e

Renato N. Fabbrini, Código Penal Interpretado, Ed. Atlas, SP, 7. ed., 2011, p. 1.813.)

## 2.c.1 Os efeitos da condenação penal

Conveniente assinalar os efeitos da condenação, dispostos no Código Penal, quando se tratar de *crime funcional*:

Art. 92. São também efeitos da condenação:

I – a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, [...]

[...]

Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (grifei)

## 3 O nexó entre a corrupção passiva (qualificada — § 1º, art. 317, CP) e o ato de ofício

No julgamento da *Ação Penal 470/STF*, acórdão publicado no *DJe* 22/04/2013, e em razão das teses de defesa apontarem como precedente a *Ação Penal 307/STF*, *DJ* 13/10/1995, voltou a lume saber da prioridade ou não de se apontar concretamente o ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo.

Na minuciosa fundamentação do juízo de censura, ficou registrado na ementa do acórdão: [...] *Vinculação entre o pagamento da vantagem e os atos de ofício de competência do [...]* (grifei) (STF, AP 470, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 22/04/2013)

Logo, para melhor aquilatar o nexó entre a conduta e o resultado, torna-se mais seguro analisar a contenda sob o pálio dos princípios da *legalidade* e da *tipicidade*.

Deste modo, impende repisar a redação do tipo penal que cuidou da *corrupção passiva*, nas formas *simples* e *qualificada*:

*Forma simples* (art. 317, *caput*, CP)

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei 10.763, de 12/11/2003) (grifei)

*Forma qualificada* (§ 1º, art. 317, CP)

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. (grifei)

### 3.a Legalidade — tipo e tipicidade

Necessário ao estudo, os fundamentos da legalidade e da tipicidade.

#### Legalidade

A legalidade está balizada no art. 5º, inciso II, da CF, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF).

Por sua vez, a tipicidade vem definida no art. 5º, inciso XXXIX, da CF: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

Tal regra é também presente no art. 1º do Código Penal.

#### Tipo

O vocábulo *tipo*, no geral, expressa “aquilo que produz fé como modelo” (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira [...], *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*, Ed. Civilização Brasileira, 11. ed.).

Sob o ângulo jurídico-penal, *tipo* é o “conjunto dos elementos descritivos do delito contidos na norma incriminadora [...]” (grifei) (Damásio E. Jesus, *Comentários ao código penal*, parte geral, 1. v., Ed. Saraiva, SP, 1985, p. 247).

#### Tipicidade

E a *tipicidade*, na ótica penal, é “a subsunção, a justaposição, a adequação de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime.” (grifei) (Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de Direito Penal*, Ed. Saraiva, SP, 1986, p. 78.)

Fernando Capez sustenta que: *De fato, não cabe à lei penal proibir genericamente os delitos, senão descrevê-los de forma detalhada, delimitando, em termos precisos, o que o ordenamento entende por fato criminoso.* (grifei) (*Curso de direito penal*, Ed. Saraiva, SP, 3. ed., v. I, p. 157.)

Num exercício dedutivo, tudo sob a influência da legalidade, pode-se concluir que o *tipo* descreve um modelo de comportamento proibido; e a *tipicidade* consiste no exato encaixe da conduta (base factual) aos termos da *norma incriminadora* (base hipotética).

Na quadra do *direito administrativo disciplinar*, oportuno o ensinamento de José Armando da Costa, no ponto em que mostra a relativa semelhança entre

os ilícitos penal e disciplinar, mormente quando se opera a conduta de natureza grave:

A infração penal se compõe de duas bases, uma hipotética e outra factual. A base hipotética é a descrição legal da conduta punível, ou seja, é o tipo previsto na lei penal; enquanto que a base factual é o comportamento (previsto na lei) levado a efeito pelo transgressor.

O ilícito disciplinar também se constitui dessas duas bases. Havendo apenas uma diferença na sua base hipotética, a qual, em decorrência da margem discricionária deixada pelo legislador ao detentor do poder disciplinar, se desdobra em duas: base hipotética expressa e base hipotética em branco. (grifei)

E continua o doutrinador:

Já a base hipotética em branco, como a própria terminologia insinua, não aparece desenhada na norma legal. Fica a sua definição à mercê do ajuizamento da administração. Essa variação é de grande usança nas faltas disciplinares de natureza leve. (grifei) (*Direito administrativo disciplinar*, Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 204-5)

Em complemento, advirta-se que a transgressão disciplinar de índole grave, deverá obedecer ao princípio da tipicidade, como faz certo a jurisprudência: STJ, RMS 16.264 GO, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 02/05/2006. (Cf.: Sebastião José Lessa, *Direito Administrativo Disciplinar interpretado pelos tribunais*, Ed. Fórum/BH, 2008, p. 51-3)

### 3.a.1 Cargo público e ato de ofício

De igual pertinência — *defronte do rigorismo da tipicidade* — os indicativos que balizam as atribuições do cargo público e do ato de ofício.

O cargo público, na expressão do art. 3º da Lei 8.112/1990, “é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.” (grifei)

Já o ato de ofício “É aquele que se compreende nas atribuições do funcionário, ou em sua competência, ou seja, ato administrativo ou judicial.” (grifei) (E. Magalhães Noronha in Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, Ed. Renovar, RJ, 6. ed., p. 637.)

Nessa toada, prestigiando a segurança jurídica, a jurisprudência do Pretório Excelso apregoa:

Denúncia: Deve descrever a relação entre a “vantagem econômica” recebida ou aceita e a prática ou omissão de fato inerente à função pública do agente, sob pena de trancamento da ação penal por falta de justa causa (grifei) (Inq. 785-4 DF, STF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08/11/1995, mv, DJU 07/12/2000) (Celso Delmanto, op. cit., p. 635).

*Ato de ofício: Para a configuração da corrupção passiva deve ser apontado ato de ofício do funcionário, configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido. (grifei) (STF, Pleno, mv, APn 307-3 DF, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/10/1995). (Celso Delmanto, op. cit., p. 635)*

Pelo que se conclui, como implemento configurador da *corrupção passiva*, na *figura qualificada* (§ 1º, art. 317, CP), há que ser apontado o *ato de ofício* do funcionário, configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido” (grifei) (STF, Pleno, mv., APn 307-3 DF, rel. Min. Ilmar Galvão, mv., DJ 13/10/1995). No mesmo rumo: STJ, APn 224 SP, un., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 23/10/2008; TRF 1ª R., ACR 2013.34.00.033828-8 DF, un., rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJF1 08/02/2013.

E na *corrupção passiva — figura simples* — (art. 317, *caput*, CP), a imputação se contenta com a identificação do *nexo* entre a vantagem econômica recebida ou aceita e a prática ou omissão de fato inerente à função pública do agente.

Anote-se, por fim, que em face da amplitude e complexidade do tema, este estudo não tem a pretensão de esgotar o debate, ainda mais que as decisões do Pretório Excelso foram proferidas por maioria (STF, APn 307-3 DF, DJU 13/10/1995; STF, Inq. 7854/DF, DJU 07/12/2000).

## 4 Qualidade da prova

Por ocasião dos debates no Plenário do c. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Penal 470, muito se discutiu acerca da identificação do “*ato de ofício*”, expressão inserida nos §§ 1º e 2º do art. 317 do Código Penal, sobretudo nos crimes de maior complexidade, chegando-se a cogitar de certa “*elasticidade*” na admissão da prova acusatória.

E a controvérsia adquiriu maior relevo em razão, inclusive, das alterações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008, que, no trato de questões sensíveis, mormente em torno da *qualidade da prova*, delimitou o caminho a ser seguido pelo juiz:

*Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (NR)

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

*I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;*

*II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (NR)*

*Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.*

*§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.*

*§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.*

*§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.*

*§ 4º (VETADO) (grifei)*

Por conseguinte, voltou a lume o questionamento em torno da força probante dos *elementos informativos colhidos na investigação*, dado que desprovidos, na origem, da garantia do *contraditório* (art. 5º, LV, CF).

Vem a tempo, nessa hipótese, o entendimento recente firmado pelo c. Supremo Tribunal Federal:

*[...] declarações e depoimentos de corréus e de outras pessoas ouvidas no curso da ação penal, do inquérito e da chamada CPMI dos Correios”; tudo isso, ao formar um sólido contexto fático-probatório, descrito no voto condutor, compõe o acervo de provas e indícios que, somados, revelaram além de qualquer dúvida razoável, a procedência da acusação quanto aos crimes de corrupção ativa e passiva. Ficaram, ainda, devidamente evidenciadas e individualizadas as funções desempenhadas por cada corréu na divisão de tarefas estabelecidas pelo esquema criminoso, o que permitiu que se apontasse a responsabilidade de cada um. (grifei) (STF, AP 470, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 22/04/2013.)*

Pelo que se constata, malgrado a *natureza inquisitória* do inquérito e das comissões parlamentares de inquérito (§ 3º, art. 58, CF), os “*elementos informativos colhidos na investigação*” (art. 155, *caput*, CPP), formando um conjunto harmonioso, merecem real proveito desde que inseridos num “*acervo de provas e indícios que, somados, revelaram, além de qualquer*

*dúvida razoável, a procedência da acusação”, como ficou dito na ementa do v. acórdão (STF, AP 470, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 22/04/2013).*

*Polícia Judiciária (Lei 12.830/2013)*

Vem a tempo — no sítio da *qualidade da prova* — a recente Lei 12.830, de 20/06/2013, publicada no DOU de 21/06/1913, que:

*Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. (grifei)*

É que, registra o § 6º, do art. 2º, da mencionada Lei:

*O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.” (grifei)*

Releva ponderar que a doutrina já assentava:

*A autoridade policial, quando conseguir lastro probatório ou indiciário nos autos que apontem para a responsabilidade de alguém, proferirá despacho fundamentado de indicição nos autos do inquérito policial respectivo, apontando os pressupostos de fato e de direito e a tipificação do delito cometido, ou seja, as suas razões de decidir. (Bruno Fontenele Cabral e Rafael Pinto Marques de Souza, Manual Prático de Polícia Judiciária, Ed. Jus PODIVM, Salvador/BA, 2012, p. 99 e 108.)*

Por sua vez, a jurisprudência citada pelos autores: *habeas corpus, indiciamento em inquérito policial. Ausência de constrangimento ilegal. Havendo elementos que justifiquem o indiciamento em inquérito policial, não procede a alegação de constrangimento ilegal. Ordem denegada. (STF, HC 85491, rel. Min. Eros Grau, DJ 09/09/2005) (op. cit., p. 107–109)*

Constata-se presente no *ato de indiciamento*, a influência salutar dos *princípios da legalidade*, (art. 5º, inc. II, CF); *reserva legal* e *tipicidade* (art. 5º, XXXIX, CF; art. 1º, CP); e *motivação* (art. 93, IX e X, CF; arts. 2º, *caput*, parágrafo único, VII, e 50, I, II, VII, e §§, Lei 9.784/1999), fator de incontestável projeção na *qualidade da prova* e na *segurança jurídica*.

E, sob o pálio do *devido processo legal* – adjetivo e substantivo – (art. 5º, inciso. LIV, CF), a *investigação criminal* é desenvolvida nos autos do *inquérito policial*, conclusão que se extrai da leitura do art. 5º, inciso XII; art. 129, inciso VIII; e art. 144, *caput*, §§ 1º, inciso I, e 4º, da Constituição Federal.

Por fim, pode-se afirmar que a Lei 12.830/2013, ao disciplinar expressamente nos autos da *investigação criminal*, o formalismo do *ato de indicição*, dado que precedido da correspondente *indicação dos fatos* e

*dos fundamentos jurídicos*, acrescentou maior grau de transparência e certeza, inclusive para o *investigado*.

## 5 Transgressão disciplinar – vantagem indevida – ilícito formal

De igual modo, no recinto do Direito Administrativo Disciplinar, o então Dasp – Departamento Administrativo do Serviço Público – editou a *Formulação 18*, reconhecendo a índole *formal* da transgressão disciplinar que censura o recebimento de vantagem indevida:

*A infração prevista no art. 195, IV, do Estatuto dos Funcionários, é de natureza formal e, conseqüentemente, se configura ainda na hipótese de o proveito pessoal ilícito não ter sido conseguido. (grifei)*

E o citado art. 195, inciso IV, da Lei 1.711/1952 (anterior Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), cravava:

*Art. 195 – Ao funcionário público é proibido:*

[...]

IV. valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função;

[...]

Marcelo Caetano, no plano geral, apoiava a *condição formal* da infração disciplinar, como se vê da lição: *“A infração disciplinar é formal e só em certos casos a lei inclui na definição de alguma infração a produção de resultados maléficos.” (grifei) (Cf.: Princípios fundamentais de direito administrativo, p. 395–6 in José Armando da Costa, op. cit., p. 210).*

A tal respeito, na edição da *Formulação 17* – Dasp, foi dito no parecer de Alcindo Noleto Rodrigues:

[...]

6. Anote-se a irrelevância da circunstância de o comerciante não haver atendido à exigência da vantagem indevida, face à natureza formal, quer do crime de concussão, quer da infração disciplinar referida no dispositivo estatutário retrotranscrito (art. 195, IV). (grifei) (Parecer – Colep, Proc. 2.071/1971)

Releva consignar que as *formulações* do então Dasp — Departamento Administrativo do Serviço Público foram chanceladas pelos arts. 115 e 116 do Decreto-Lei 200/1967, e meritoriamente prestigiadas pelos tribunais: STF, RMS 21562-7 DF, DJ 24/06/1994; STF, MS 20.111 DF, RTJ 89/39; STF, MS 20.473 DF, RTJ 115/99; STJ, RMS 1074 ES, DJ 30/03/1992.

José Armando da Costa, reconhece que as

*Ditas formulações, ao tempo que proporcionava a rápida, eficiente e mais acertada decisão dos processos que tramitavam nas repartições, promoviam a indispensável uniformidade de solução no âmbito da administração federal.* (Direito Administrativo Disciplinar, Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 73)

Pelo visto, a transgressão disciplinar que censura o recebimento de vantagem indevida, em verdade, tem *natureza formal*.

Por fim, a *Lei 8.112/1990*, que revogou o anterior Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União — além do disposto no inciso XII, do art. 117 — trouxe transgressão disciplinar, de conteúdo similar, no art. 117, inciso IX, é dizer: “valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública.”

Pelo visto, é razoável sustentar a natureza *formal* da transgressão disciplinar modelada no art. 117, inciso IX, da *Lei 8.112/1990*, que se consuma *antecipadamente*, e sem dependência do exaurimento da conduta.

De todo modo, malgrado a característica *formal* da transgressão disciplinar formatada no art. 117, inciso IX, da *Lei 8.112/1990*, não se pode afastar eventual hipótese em que ocorra o exaurimento da conduta, seja pelo recebimento da vantagem indevida, seja pelo retardamento, omissão ou prática do “*ato de ofício*” com infringência do dever funcional, quando então a autoridade julgadora observará os termos do art. 128, da *Lei 8.112/1990*:

*Art. 128. Na aplicação das penalidades, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.* (grifei)

Comentando o dispositivo transcrito, a preleção de Ivan Barbosa Rigolin:

*Reflete o art. 128 um tradicional princípio de direito penal, que informa toda e qualquer legislação punitiva, imprescindível à ministração da melhor justiça, a cada caso de penalização de servidor. Sendo grave a infração, proporcionalmente grave será a penalidade; sendo leve, assim amena será a penalização. O princípio envolvido é também conhecido com o da dosimetria da pena.* (grifei) (Comentários ao regime único dos servidores públicos civis, Ed. Saraiva, SP, 5. ed., 2007, p. 2.634)

## 5.a Transgressão disciplinar – Exigência de vantagem ilícita - Natureza formal – Ato de ofício – Pena demissória – Substituição – Impossibilidade – Legalidade – Proporcionalidade

Advirta-se, por pertinente, que as *sanções expulsórias* (*demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada*) (art. 127, incisos III, IV, V e VI, *Lei 8.112/1990*) são penas *monolíticas, indivisíveis*, e igualmente *incompatíveis* com a *mera substituição* por penas de *suspensão*, como se vê da *Formulação 141 – Dasp*: “*O atual Estatuto dos Funcionários não admite se substitua a pena de demissão pela de suspensão.*” (Colep, Procs. 1.307/1970 e 2.426/1971)

No parecer de Alberto da Cruz Bonfim, está escrito:

[...]

3. Isto posto, somos de parecer que a sistemática estatutária atual não permite tal desqualificação para aplicar-se pena de espécie diversa da legalmente estabelecida para a natureza da infração.

4. É que o julgador estatutário não tem a livre apreciação e a decisão pessoal que a lei permite à magistratura; na esfera administrativa, de *lege lata*, as penas formam como que departamentos estanques, ou *preceitos fechados*. (COLEPE, Proc. 2.426/1971)

Por tais razões, na aplicação da pena demissória, desde que a conduta se ajustar ao tipo, não há falar em ilegalidade e nem mesmo violação ao princípio da proporcionalidade, consoante lição fecunda que se extrai da jurisprudência:

*DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PAD. AUSÊNCIA DE NULIDADE. ART. 152 DA LEI 8.112/90. PRAZO IMPRÓPRIO. CORRESPONDÊNCIA ENTRE OS FATOS E A PENALIDADE APLICADA. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.*

1. Consoante jurisprudência firmada pela Terceira Seção do STJ, o excesso de prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar não é causa de sua nulidade quando não demonstrado prejuízo à defesa do servidor (MS 200602727681, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE DATA:08/02/2011; EDMS 200401672397, OG FERNANDES, DJE DATA:08/04/2010).

2. O prazo previsto no art. 152 da Lei n. 8.112/90 possui natureza de prazo impróprio, de modo que sua inobservância não acarreta efeito preclusivo.

3. O controle judicial dos atos administrativos disciplinares deve ficar adstrito à verificação da existência dos fatos que deram ensejo à punição, bem como à correspondência entre o fato atribuído ao servidor e a sanção aplicada, à luz da legislação aplicável.

4. A Comissão concluiu, com base na prova documental e testemunhal produzida no curso do processo disciplinar, que o autor, após lavrar auto de infração no exercício de suas atribuições funcionais como policial rodoviário federal, exigiu vantagem ilícita (duzentos reais) para liberar o veículo autuado e praticar ato apto a impedir a cobrança de multa.

5. As ações do demandante configuram inequivocamente conduta incompatível com a moralidade administrativa, caracterizadora de ato de improbidade, consistente na utilização do cargo para lograr proveito pessoal, em detrimento da dignidade da função pública, atraindo a incidência dos arts. 117, IX e 132 da Lei n. 8.112/90. Saliente-se ainda que o autor, inclusive, foi condenado na esfera criminal pelo crime de corrupção passiva.

6. Não há, pois, qualquer injustiça ou ilegalidade na aplicação da sanção demissional, nem mesmo violação ao princípio da proporcionalidade, visto que, de acordo com o art. 132, incisos IV, XI e XIII, da Lei n. 8.112/90, os fatos capitulados subsumem-se às hipóteses de imposição da pena de demissão.

7. Apelação desprovida. (grifei) (TRF1, AC 2002.36.00005021-0 MT, un., rel. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, DJF1 30/11/1912)

### Legalidade e Proporcionalidade

Ainda elucidativo o julgado:

[...]

6. O relatório final da comissão consubstancia que os recorrentes incorreram em delitos administrativos que, nos termos do diploma legal aplicável, Lei Estadual n. 6.425/1972, enseja a aplicação da pena demissional. Não há evidência de desproporção ou de violação da razoabilidade na punição, tão somente a incidência da norma legal cabível. (STJ, RMS 33.628 PE (2011/0014650-8), rel. Min. Humberto Martins, DJe 12/04/2013)

### 5.b Transgressão disciplinar – Gravidade da infração – Medidas complementares

Coerente com os ditames perfilhados no art. 128 da Lei 8.112/1990, e levando-se em contra a gravidade e as consequências danosas da infração disciplinar, ficou estabelecido pela mencionada lei:

Art. 136. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VIII, X e XI do art. 132, implica a *indisponibilidade dos bens* e o *ressarcimento ao erário*, sem prejuízo da ação penal cabível.

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.” (grifei)

Improbidade administrativa (§ 4º, art. 37, CF; Lei 8.429/1992)

A Constituição Federal, no § 4º do art. 37, dispõe:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Em razão desse comando veio a lume a Lei 8.429/1992.

Os temas *enriquecimento ilícito*, *sequestro dos bens*, *ressarcimento ao Erário*, *quebra do sigilo de dados*, *investigação patrimonial*, *comunicações ao Ministério Público ou Tribunais ou Conselho de Contas* foram tratados no livro de nossa autoria. (Sebastião José Lessa, *Improbidade Administrativa – Doutrina e Jurisprudência – Enriquecimento Ilícito*, [...], Ed. Fórum/BH, 2011.)

## 6 Conclusão

Posto tais considerações, forradas na doutrina e na jurisprudência, pode-se inferir:

a) O delito de *corrupção passiva*, na forma simples, previsto no art. 317, *caput*, do CP, é de natureza formal, priorizando para o enquadramento no tipo respectivo, a conduta do funcionário que, em razão da função pública, *solicita*, *recebe* ou *aceita promessa* de *vantagem indevida* em troca de virtual (possível) *comportamento funcional irregular*. (Cf.: Cleber Masson, *Direito Penal – Parte Especial*, Ed. Método, SP, v. III, 3. ed., 2013, p. 666) (STJ, HC 176058 PA, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 16/08/2012):

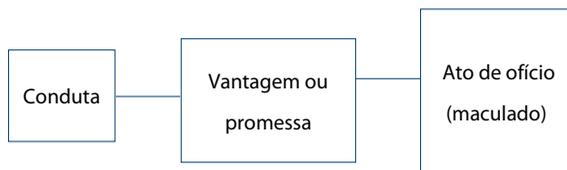


b) Todavia, se a *corrupção passiva* é de índole qualificada ou *corrupção própria exaurida* (§ 1º, art. 317, CP), a pena é aumentada de um terço, “se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário

*retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.” (grifei)*

Na mencionada hipótese, por fidelidade aos princípios da *legalidade* (art. 5º, inciso II, CF), *reserva legal* e *tipicidade* (art. 5º, XXXIX, CF; art. 1º, CP), deve-se apontar o *ato de ofício* do funcionário, configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido, tudo em harmonia com a doutrina e jurisprudência (Cf.: Fernando Capez, obra citada, p. 441; Cleber Masson, obra citada, p. 668; STF, AP 307-3 DF, Pleno, mv., rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/10/1995; STJ, APn 224 SP, un., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 23/10/2008; TRF1 ACR 2013.34.00.033828-8/DF, un., rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJF1 08/02/2013).

E o *ato de ofício*, — nos termos do art. 3º, da Lei 8.112/1990 — “É aquele que se compreende nas atribuições do funcionário, ou em sua competência, ou seja, ato administrativo ou judicial.” (grifei) (E. Magalhães Noronha in Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, Ed. Renovar, RJ, 6. ed., p. 637):



c) Questão preponderante, ou seja, a identificação concreta do “*ato de ofício*” maculado, em verdade, residirá da *qualidade da prova*, seja *direta* ou *indireta*.

Vale apontar, como paradigma, trecho da ementa do v. acórdão da AP 470 – STF, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 22/04/2013: *declarações e depoimentos de corréus e de outras pessoas ouvidas no curso da ação penal, do inquérito e da chamada “CPMI dos Correios”; tudo isso, ao formar um sólido contexto fático-probatório, descrito no voto condutor, compõe o acervo de provas e indícios*

*que, somados, revelaram além de qualquer dúvida razoável, a procedência da acusação quanto aos crimes de corrupção ativa e passiva.* (grifei)

De igual importância, no campo da *qualidade da prova*, o significativo avanço introduzido pela Lei 12.830/2013, que “*Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.*”

É que, sob o pálio da *segurança jurídica*, e realçando o *princípio da motivação*, determinou no art. 2º, § 6º, que

[...] o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias. (grifei)

d) Na esfera disciplinar, o “*valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública*” (art. 117, inciso IX, Lei 8.112/1990), é *transgressão disciplinar* de índole *formal*, “*e, conseqüentemente, se configura ainda na hipótese de o proveito pessoal ilícito não ter sido conseguido*” (grifei) (Formulações 17 e 18 – Dasp).

E *não configura injustiça, ilegalidade e nem desrespeito ao princípio da proporcionalidade* (art. 2º, caput, § único, incisos I e VI, Lei 9.784/1999), a imposição de *pena demissória* na hipótese em que a *conduta* (base factual) se ajusta exatamente ao correspondente *tipo proibitivo* (base hipotética). (STJ, RMS 33.628 PE (2011/0014650-8, rel. Min. Humberto Martins, DJe 12/04/2013; TRF1, AC 2002.36.00005021-0 MT, un., rel. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, DJF1 30/11/2012.)



## Reexame Necessário 0020842-98.2012.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques  
Autor: Daniel dos Santos Silva  
Advogado: Dr. Luiz Custódio  
Réu: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – Inep  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/DF  
Publicação: e-DJF1 de 11/12/2013, p. 41

### Ementa

*Administrativo. Remessa oficial. Exame Nacional do Ensino Médio (Enem). Vista da prova discursiva para fins meramente pedagógicos. Inexistência de ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.*

I. Por ocasião do Enem aplicado na edição de 2012, diversos agravos de instrumento foram interpostos perante esse Tribunal Regional e restaram apreciados pelos 6 (seis) gabinetes integrantes da Terceira Seção. Neles, em sede de decisões monocráticas, foi afastada a obrigatoriedade do Inep fornecer vista da prova discursiva e dos respectivos espelhos de correção, bem como de proceder à revisão da prova e/ou possibilitar a interposição de recurso administrativo para o candidato. São os seguintes os referidos precedentes: a) AI 0000729-07.2013.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida; b) AI 0007712-22.2013.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian; c) AI 0000730-89.2013.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves; d) AI 0007330-29.2013.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente (decisão proferida pelo Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)); e) AI 0007265-34.2013.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal José Amílcar Machado (decisão proferida pelo Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa); f) AI 0001506-89.2013.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal João Batista Moreira (decisão proferida pelo Juiz Federal Márcio Barbosa Maia).

II. Tais decisões tiveram como fundamento a circunstância de que, a despeito de não haver, no edital que regulamenta a realização de cada edição do Enem, a previsão de recurso voluntário, existem no mesmo instrumento as claras determinações de que (I) a correção da prova discursiva será feita por dois examinadores, de forma distinta e separada; e de que (II), acaso exista discrepância substancial entre as notas atribuídas por aqueles dois examinadores, a redação será necessária e automaticamente encaminhada a um terceiro examinador.

III. No ano (2012), foram 5.791.290 (cinco milhões setecentas e noventa e uma mil e duzentos e noventa) inscrições confirmadas. Em 2013, esse número subiu para 7.173.574 (sete milhões cento e setenta e três mil e quinhentas e setenta e quatro), o que representa majoração de 24% (vinte e quatro por cento) do número de inscrições confirmadas. Trata-se, portanto, de relevante questão de direito — direito fundamental de segunda geração — com inerente interesse público que irradia seus efeitos em milhões de jovens brasileiros.

IV. Devido a questionamentos lançados em face do Edital do Enem 2011, que não previa a vista das provas nem o recurso voluntário, o Inep, a União e o Ministério Público Federal (MPF) celebraram Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) no qual ficou acertado que o recurso de ofício previsto pelo edital supre o recurso voluntário, de forma que o direito de vistas de provas a todos os participantes do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem se reveste de caráter meramente pedagógico.

V. Além do critério de discrepância em relação à nota final, incluiu-se, desde 2012, o critério por competência da matriz de referência para a composição da nota final de redação, devendo cada avaliador atribuir uma nota entre 0 (zero) e 200 (duzentos) pontos para cada uma das cinco competências, compondo, a soma desses pontos, a nota total de cada avaliador.

VI. Diante desse quadro, não se vê tolhido o direito ao contraditório e à ampla defesa do candidato. Na verdade, a Administração atribui legitimamente nota ao inscrito por um meio seguro e eficaz diante da grandiosidade do Enem.

VII. A complexidade do procedimento, já existente, de vista de provas e de recurso de ofício, confrontada com a fixação de prazo pré-estabelecido para acesso à correção e a soluções individualizadas — quando se está diante

de um universo com mais de 7.000.000 (sete milhões) de provas (números de 2013) — implica na inviabilização dos prazos do Sistema de Seleção Unificada (Sisu) e na expressiva diminuição de sua utilidade para as instituições de ensino superior se valerem dos correspondentes dados antes do início de seus anos letivos.

VIII. O Termo de Ajustamento de Conduta – TAC firmado entre a União, o Inep e o Ministério Público Federal protege, a um só tempo, (I) o interesse público da Administração; (II) o interesse coletivo das instituições de ensino interessadas de possuírem mecanismos de recorribilidade e transparência dos resultados do exame; e (III) os direitos individuais dos próprios estudantes participantes do Enem de terem suas provas revistas e acessíveis.

IX. Remessa oficial a que se dá provimento para denegar a ordem e, com base na prerrogativa expressamente conferida às seções no inciso II do art. 12 do Regimento Interno, sumular o seguinte verbete: “É legítimo o edital do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) que prevê acesso às provas apenas para fins pedagógicos e recurso exclusivamente de ofício”.

## Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial e sumular verbete de jurisprudência.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 03/12/2013.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — Trata-se de remessa oficial em face de sentença proferida pelo MM. Juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal que, em ação de mandado de segurança, ratificou a liminar (fls. 26-27) e concedeu a ordem para assegurar a Daniel dos Santos Silva o direito de acesso à prova de redação aplicada por ocasião de sua participação no concurso do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) do ano de 2011.

Em sua inicial, alegou o impetrante que

tem direito de ver ou de obter cópia da prova de redação para verificar a eventual existência de erro na correção da prova “para que decida se entrará com recurso ou se aceitará a nota e utilizará a prova para corrigir os seus eventuais erros.

Sem recurso voluntário, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento da remessa oficial (fls. 106-107).

Na sessão realizada em 18/11/2013, a Sexta Turma deste Tribunal acolheu, à unanimidade, questão de ordem, suscitada com fundamento no inciso II do art. 14, bem como no *caput* do art. 378, ambos do Regimento Interno, para que esta Terceira Seção, com base no inciso II do art. 12 do Regimento Interno, venha a sumular a jurisprudência uniforme da Quinta e da Sexta Turmas acerca da possibilidade ou não do candidato inscrito no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) ter vista do espelho da sua prova discursiva para fins de interposição de recurso administrativo.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — Naquela sessão, tive a oportunidade de compartilhar com meus ilustres pares a relevância de refletirmos sobre a gestão dos processos judiciais<sup>1</sup> — tema que não mais pode passar despercebido a nenhum de nós, magistrados.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) — divulgados na publicação, do ano de 2010, denominada Justiça em Números —, a carga média de cada desembargador desse Tribunal era, naquele ano, de 19.224 (dezenove mil duzentos e vinte e quatro) processos: a maior entre as cinco Cortes Regionais. Os dados do ano de 2011 se mostraram ainda mais preocupantes: são 21.279 (vinte e um mil duzentos e setenta e nove) recursos ou ações sob a relatoria de cada magistrado.

Sem embargo, existe no Código de Processo Civil e no Regimento Interno desse Tribunal a previsão de

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, Carlos Moreira Alves, João Batista Moreira, Souza Prudente e Selene Almeida.

<sup>1</sup> “A crise por que passa a Justiça brasileira há décadas não é resultado da falta de mais poderes nas mãos dos nossos juízes de primeira instância. É sim resultado das deficiências da infraestrutura administrativa e de problemas de gestão do Poder Judiciário. O congestionamento gigante que se verifica em fóruns e tribunais — 92 milhões de processos tramitam no país neste momento — antes de ser combatido por um novo Código de Processo Civil, deveria ser enfrentado com mais recursos orçamentários — principalmente nas Justiças estaduais — e com gestão profissional, nos moldes de empresas bem-sucedidas.” MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A crise da justiça*. Folha de São Paulo. São Paulo. 16/11/2013. Opinião A3.

medida para melhor gerir o acervo de processos na presente instância ordinária. E ela está consignada no art. 555, § 1º, do CPC, e no art. 14, II, do RITRF1, que assim prescrevem:

*Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.*

*§ 1º. Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso;*

*Art. 14. As turmas podem remeter os feitos da sua competência à seção de que são integrantes.*

*I – quando algum desembargador federal propuser revisão da jurisprudência assentada em súmula pela seção;*

*II – quando convier pronunciamento da seção em razão da relevância da questão e para prevenir divergência entre as turmas da mesma seção (grifei).*

Esses dispositivos legais dão suporte ao Tribunal para firmar sua posição diante de *questão relevante*, tendo em vista, inclusive, o propósito de prevenir divergências de entendimentos entre as turmas. Ressalto, no ponto, que o núcleo do mencionado inciso II do art. 14 do Regimento Interno utiliza o verbo *prevenir* divergência, vale dizer, se antecipar à existência mesma de entendimentos conflituosos.

A adoção de tal medida se reveste do potencial, a um só tempo, de *reduzir* a judicialização de novas demandas em primeiro grau em toda a vasta Primeira Região, como também de *uniformizar* o entendimento desse Tribunal Regional acerca da matéria.

Pois, bem. O caso ora trazido à baila cuida da possibilidade do candidato inscrito no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) ter vista do espelho da sua prova discursiva com a finalidade de, acaso entenda necessário, aviar recurso perante a Administração Pública — leia-se, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (*Inep*), Autarquia à qual competem, entre outras finalidades, a organização e a aplicação das respectivas avaliações (art. 1º e incisos da Lei 9.448/1997).

Por ocasião do Enem aplicado na edição de 2012, diversos agravos de instrumento foram interpostos perante esse Tribunal Regional e restaram apreciados pelos 6 (seis) gabinetes integrantes da Terceira Seção. Neles, em sede de decisões monocráticas a seguir identificadas, *foi afastada a obrigatoriedade de o Inep fornecer vista da prova discursiva e dos respectivos*

espelhos de correção, bem como de proceder à revisão da prova e/ou possibilitar a interposição de recurso administrativo para o candidato. São elas: *a)* AI 0000729-07.2013.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Selene Almeida; *b)* AI 0007712-22.2013.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian; *c)* AI 0000730-89.2013.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves; *d)* AI 0007330-29.2013.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente (decisão proferida pelo Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins, convocado); *e)* AI 0007265-34.2013.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal José Amílcar Machado (decisão proferida pelo Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa); *f)* AI 0001506-89.2013.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal João Batista Moreira (decisão proferida pelo Juiz Federal Márcio Barbosa Maia).

Nessa época, eu ainda tinha assento na Primeira Seção deste egrégio Tribunal. Chegada minha vez de me manifestar a respeito, não encontro qualquer dificuldade em acompanhar o entendimento acima exposto.

De início, ressalto que, naquele ano (2012), foram 5.791.290 (cinco milhões setecentas e noventa e uma mil e duzentos e noventa) inscrições confirmadas. Em 2013, esse número subiu para 7.173.574 (sete milhões cento e setenta e três mil e quinhentas e setenta e quatro), o que representa majoração de 24% (vinte e quatro por cento) do número de inscrições confirmadas.

Trata-se, portanto, de relevante questão de direito — direito fundamental de segunda geração — com inerente interesse público que irradia seus efeitos em milhões de jovens brasileiros.

Eis os arts. 1º e 2º da Portaria MEC 807, de 24 de maio de 2010, que instituiu o Exame Nacional do Ensino Médio:

*Art. 1º Instituir o Exame Nacional do Ensino Médio - Enem como procedimento de avaliação cujo objetivo é aferir se o participante do Exame, ao final do ensino médio, demonstra domínio dos princípios científicos e tecnológicos que presidem a produção moderna e conhecimento das formas contemporâneas de linguagem.*

*Art. 2º Os resultados do Enem possibilitam:*

*I - a constituição de parâmetros para auto-avaliação do participante, com vistas à continuidade de sua formação e à sua inserção no mercado de trabalho;*

*II - a certificação no nível de conclusão do ensino médio, pelo sistema estadual e federal de ensino, de acordo com a legislação vigente;*

III - a criação de referência nacional para o aperfeiçoamento dos currículos do ensino médio;

IV - o estabelecimento de critérios de participação e acesso do examinando a programas governamentais;

V - a sua utilização como mecanismo único, alternativo ou complementar aos exames de acesso à Educação Superior ou processos de seleção nos diferentes setores do mundo do trabalho;

VI - o desenvolvimento de estudos e indicadores sobre a educação brasileira.

Devido a questionamentos lançados em face do Edital do Enem 2011, que não previa a vista das provas nem o recurso voluntário, o Inep, a União e o Ministério Público Federal (MPF) celebraram Termo de Ajustamento de Conduta – TAC para encerrarem a Ação Civil Pública 0037994-96.2011.4.01.3400, a qual tinha sido ajuizada pela Defensoria Pública da União, e que tramitou na 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Na referida ação civil pública, o MPF questionava justamente a ausência de previsão de vista da prova e de recurso voluntário no Edital do Enem 2011, matéria inteiramente semelhante à presente demanda. A sentença, então, decretou a extinção da ação, com resolução de mérito, homologando os termos ajustados. E no TAC ficaram decididas as seguintes questões (grifos meus):

#### CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO

*Este termo tem por objeto o ajustamento de conduta por parte do compromissário a propiciar o direito de vistas de provas a todos os participantes do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem, a partir da próxima edição a se realizar no ano de 2012.*

#### CLÁUSULA SEGUNDA – DAS OBRIGAÇÕES

*As partes que firmam o presente Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta assumem as obrigações descritas neste instrumento.*

*Parágrafo Primeiro. O compromissário permitirá vistas de provas, de caráter meramente pedagógico, para os participantes que realizarão as provas do Exame Nacional do Ensino Médio, a partir da primeira edição do Enem no ano de 2012, a pedido do interessado.*

*Parágrafo Segundo. O comprometente reconhece que o recurso de ofício previsto no Edital n.º 07, de 18/05/2011, supre o recurso voluntário, devendo ser expressamente prevista aquela garantia na vigência deste Termo.*

#### CLÁUSULA TERCEIRA – DA VIGÊNCIA

*O presente Termo vigorará pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados da data de sua assinatura.*

*Merece registro, também, a Cláusula Quinta do TAC, a qual, em que pese óbvio, mas para não deixar*

*nenhuma margem de dúvidas, deixou bastante claro o encerramento das discussões judiciais sobre o tema:*

#### CLÁUSULA QUINTA – DA UTILIDADE DO TERMO

*As partes expressamente autorizam a utilização do presente Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta nos autos das ações judiciais relativas à matéria.*

O TAC foi assinado, juntamente com outras autoridades, pela Subprocuradora-Geral da República, Gilda Pereira Carvalho, Procuradora-Geral dos Direitos do Cidadão. Na sequência, repita-se, houve homologação judicial, encerrando a discussão não apenas no que tange ao Enem/2011, mas também para todos os exames que se seguirão até, pelo menos, o ano de 2016.

Como se vê, o mencionado TAC, celebrado entre o Inep, a União e o MPF, firmou o entendimento desses órgãos públicos, segundo o qual o recurso de ofício previsto pelo edital supre o recurso voluntário, de forma que o direito de vistas de provas a todos os participantes do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem tem caráter meramente pedagógico.

O Inep, em relação ao Enem/2013, respeitou todas as disposições contidas no TAC.

O Edital do Enem/2013, elaborado com observância ao TAC, previu, expressamente, a possibilidade de os participantes requererem *vista das provas, com fins exclusivamente pedagógicos*, após a divulgação dos resultados, conforme a seguinte cláusula editalícia:

15.3 Os PARTICIPANTES poderão requerer vista de suas provas, exclusivamente para fins pedagógicos, após divulgação do resultado.

Assim postos os fatos, ressalto que não são ilegais ou desproporcionais as razões pelas quais o recurso de ofício supre eventual necessidade de uma avaliação posterior.

Até 2011, o critério de discrepância para a terceira correção era 300 pontos em uma escala que variava de 0 a 1000. Em 2012, esse critério foi diminuído para 200 pontos. Em 2013, houve nova diminuição, dessa vez, para 100 pontos, sempre com o objetivo de aumentar a precisão das avaliações.

Além do critério de discrepância em relação à nota final, incluiu-se, desde 2012, o critério por compe-

tência da matriz de referência<sup>2</sup> para a composição da nota final de redação, de forma que cada avaliador atribuirá uma nota entre 0 (zero) e 200 (duzentos) pontos para cada uma das cinco competências. A soma desses pontos comporá a nota total de cada avaliador.

Dessa forma, desde 2012, não pode haver, em cada uma das competências da matriz, discrepância entre os avaliadores. A nota dos avaliadores, em cada uma das cinco competências, não pode ter diferença superior a 80 pontos, sob pena da redação ser submetida a uma nova avaliação. Essa medida torna o processo de correção ainda mais preciso e assegura uma convergência entre as notas dos avaliadores.

Após uma terceira avaliação, independentemente da redação, se ainda se mantiver a discrepância, a redação é avaliada por banca composta por três professores. A incorporação da banca buscou aumentar a precisão e a qualidade do processo, ao delegar a decisão da nota final a três professores que necessitarão deliberar e, consensualmente, atribuir a nota final mais justa ao participante.

Diante desse quadro, não se vê tolhido o direito ao contraditório e à ampla defesa do candidato. Na verdade, a Administração atribui legitimamente nota ao inscrito por um meio seguro e eficaz diante da grandiosidade do Enem.

Essa questão já foi tratada pela Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao apreciar o Agravo de Instrumento 5000074-63.2013.404.0000/RS, em decisão datada de 07/01/2013, da qual destaco o seguinte trecho:

Na época da formalização do TAC, o Ministério Público Federal aceitou as justificativas dadas pela Administração e reconheceu a legalidade, a adequação e a proporcionalidade da conduta do Instituto. Em síntese, tendo em vista à inexistência de previsão no Edital de tal apresentação como causa da falta de previsão e preparação prévia de condições técnicas de fazê-lo a posteriori, somado ao volume de provas aplicadas em todo o país, atuação

<sup>2</sup> Competência 1: Demonstrar domínio da norma padrão da língua escrita.

- Competência 2: Compreender a proposta de redação e aplicar conceitos das várias áreas de conhecimento para desenvolver o tema, dentro dos limites estruturais do texto dissertativo-argumentativo.
- Competência 3: Selecionar, relacionar, organizar e interpretar informações, fatos, opiniões e argumentos em defesa de um ponto de vista.
- Competência 4: Demonstrar conhecimento dos mecanismos linguísticos necessários para a construção da argumentação.
- Competência 5: Elaborar proposta de intervenção para o problema abordado, respeitando os direitos humanos.

foi reconhecida como adequada e proporcional até aquele momento, exigida a adoção das medidas necessárias para as próximas edições do Exame.

Também a Presidência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região prolatou decisão basilar sobre pleito idêntico nos autos da Suspensão de Liminar 4.392/CE:

*[...] a decisão combatida impôs à Administração: a) adotar providência materialmente irrealizável, posto que estivesse, por meses, programada para certo calendário que findou abreviado enormemente, em franca contribuição para o colapso do exame e do processo seletivo que se avizinha; que b) a exibição imposta não tem sentido prático, já que recursos voluntários não estão previstos, seja no TAC homologado judicialmente, seja no edital inatado do exame; que c) o acesso às provas já está assegurado para breve, a bem de que a finalidade pedagógica da exibição, aquela desejada pelas instituições envolvidas na causa, tenha lugar; que d) possíveis ações judiciais, teoricamente cogitáveis a partir de fevereiro, são de péssimo prognóstico jurisprudencial, o que se diz não por intuição, mas em respeito aos precedentes até mesmo da Suprema Corte do país; e que e) viceja severo risco de efeito multiplicador se não houver a suspensão pretendida [...]*

Em decisões monocráticas, é possível colher a posição de alguns dos ilustres integrantes desse Órgão julgador, quando se depararam com o tema em discussão:

*Vistos, etc.*

*O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira manifesta agravo de instrumento por meio do qual pede reforma de r. decisão do Juízo Federal em plantão da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso que, em ação sob rito ordinário a ele proposta por Jaqueline Laurindo Dullius, tendo a União Federal como litisconsorte passiva, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para*

*[...] que o Inep seja intimado a franquear vista do espelho de prova do candidato JAQUELINE LAURINDO DUILLIUS, no prazo de 24 horas, transcorridas durante o recesso forense.*

*[...] para que seja possibilitado o exercício do direito de recorrer da correção efetuada, recurso que deverá ser apreciado por comissão composta livremente pelo réu.*

*[...]*

*IV. Arbitro multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em caso de descumprimento" (fls. 39).*

*Defiro o pleito de atribuição de efeito suspensivo ao agravo, por identificar, em juízo de cognição sumária, próprio dos juízos liminares, a presença concomitante dos requisitos do artigo 558 do Código de Processo Civil, pois relevantes os fundamentos deduzidos no arrazoado recursal, diante da natureza*

do Enem e de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado a propósito entre a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e o agravante, desde o ano anterior, podendo advir a este, até julgamento do recurso, dano de difícil reparação, em face inclusive da natureza satisfativa da providência determinada, de composição de comissão para apreciação do recurso administrativo assegurado.

Comunique-se ao Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso, solicitando-lhe informações.

Intime-se a agravada, na forma e para os fins do artigo 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Intime-se.

(TRF 1ª Região, AI 0000730-89.2013.4.01.0000/MT, Des. Federal Carlos Moreira Alves, 09/01/2013.)

#### DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – Inep contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que deferiu o pedido de medida liminar formulado nos autos do Mandado de Segurança n. 1097-98.2013.4.01.3400 por Manuella Andrade Oliveira Sobral e lhe assegurou o acesso à correção da prova de redação aplicada por ocasião do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem/2012, bem como o direito à interposição de recurso.

2. Consignou o MM. Magistrado a quo que “Na atual configuração, em que a nota obtida no Enem é utilizada como parâmetro para concorrência das vagas no SISU, entendo que o Enem se configure, na prática, como uma etapa da seleção pública para preenchimento das vagas nas universidades, aplicando-se-lhes as regras gerais contidas na Lei 9.784/99.”

3. Em suas razões, o agravante, ao tempo em que esclarece que o Enem tem por objetivo avaliar o desempenho do estudante ao fim da escolaridade básica, dele podendo participar, de forma voluntária, os alunos que estão concluindo ou que já concluíram o ensino médio em anos anteriores, afirma não haver no edital que rege o programa nenhum dispositivo que garanta aos participantes a vista do conteúdo de suas provas antes do prazo de inscrição do SISU nem tampouco o direito de recurso voluntário, razão pela qual pugna pela reforma da decisão agravada.

4. Prossegue em seu inconformismo asseverando, ainda, ter firmado com o Ministério Público Federal termo de ajustamento de conduta, de cuja cláusula segunda, parágrafo segundo, constou a previsão de que o órgão ministerial “reconhece que o recurso de ofício previsto no Edital nº 07, de 18/05/2011, supre o recurso voluntário, devendo ser expressamente prevista aquela garantia na vigência deste Termo”.

5. Ressalta, ainda, que a possibilidade de vista dos estudantes à prova de redação encontra-se previs-

ta não só no termo de ajustamento de conduta juntado aos autos como no edital que rege o Enem/2012, não havendo que se falar, pois, em violação dos princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa.

6. Ao final, além de alegar que a impossibilidade de interposição de recurso voluntário contra a correção das provas de redação afasta a necessidade de sua exibição antes do período de inscrição no Sistema de Seleção Unificada, noticia a existência de precedentes favoráveis à tese recursal, pugna pela atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Autos conclusos, decido.

8. A hipótese é de reforma da decisão agravada.

9. Isso porque a controvérsia posta nos autos – (im)possibilidade de acesso às provas de redação do Enem/2012 antes do término do prazo para a inscrição no SISU, impedindo a interposição de recurso voluntário questionando a avaliação –, objeto de ações civis públicas propostas quando da realização do Enem/2011, foi dirimida quando da celebração de termo de compromisso e ajustamento de conduta entre o Inep e o Ministério Público Federal, cujas cláusulas primeira e segunda assim dispõem:

#### CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO

Este Termo tem por objeto o ajustamento de conduta por parte do compromissário a propiciar o direito de vistas de provas a todos os participantes do Exame Nacional do Ensino Médio Enem, a partir da próxima edição a se realizar no ano de 2012.

#### CLÁUSULA SEGUNDA – DAS OBRIGAÇÕES

As partes que firmam o presente Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta assumem as obrigações descritas neste instrumento.

Parágrafo Primeiro. O compromissário permitirá vistas de provas, de caráter meramente pedagógico, para os participantes que realizarão as provas do Exame Nacional do Ensino Médio, a partir da primeira edição do Enem no ano de 2012, a pedido do interessado.

Parágrafo Segundo. O comprometente reconhece que o recurso de ofício previsto no Edital nº 07, de 18/05/2011, supre o recurso voluntário, devendo ser expressamente prevista aquela garantia na vigência deste Termo.

10. Amparado em tais fundamentos, e não havendo notícia de que o Inep tenha descumprido o quanto ajustado com o Ministério Público Federal, já que prevista no edital que rege o Enem/2012 a forma de correção das provas de redação, com a obrigatoriedade de recurso de ofício em caso de discrepância das notas atribuídas por dois corretores (itens 14.6 e seguintes, fls. 71/72), bem como a possibilidade de acesso às provas para fins pedagógicos, após a divulgação dos resultados (item 15.3, fl. 73), entendo seja hipótese de acolhimento da pretensão recursal.

11. No mesmo sentido, decisões monocráticas proferidas no âmbito desta Corte: AI nº 730-89.2013.4.01.0000/MT, de relatoria do eminente

te Desembargador Federal Moreira Alves, e AI nº 729-07.2013.4.01.0000/MT, de relatoria da insigne Desembargadora Federal Seleno Maria de Almeida.

Pelo exposto, defiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento e afastamento da determinação de que o Inep forneça a prova de redação aplicada por ocasião da realização do Enem/2012, bem como a possibilidade de interposição de recurso contra a respectiva correção.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo, encaminhando-lhe cópia deste decisório.

Intime-se a agravada para, querendo, apresentar contraminuta no prazo legal.

Publique-se.

Após, à conclusão.

(TRF 1ª Região, AI 0007712-22.2013.4.01.0000/DF, Des. Jirair Aram Meguerian, 23/04/2013.)

#### DECISÃO

O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – Inep, autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação, interpôs agravo de instrumento em face de decisão que, proferida nos autos de ação ordinária, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pleiteada e determinou que seja dada vista da redação relativa ao Exame Nacional do Ensino Médio – Enem/2012 do(a) autor(a), com a respectiva motivação para atribuição de nota e com o direito a recorrer administrativamente.

Sustenta, em síntese, que:

a) não há, no edital que rege o Enem 2012 nenhum dispositivo que garanta aos participantes a vista do conteúdo de suas provas antes do prazo de inscrição do SISU (Sistema de Seleção Unificada), nem tampouco o direito de recurso voluntário;

b) “devido a questionamentos lançados em face do Edital do Enem 2011, que não previa a vista das provas nem o recurso voluntário, o Inep, a União, e o Ministério Público Federal celebraram um Termo de Ajustamento de Conduta – TAC para por fim à Ação Civil Pública nº 0037994-96.2011.4.01.3400, ajuizada pela Defensoria Pública da União e que tramitou na 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal...”;

c) “... o mencionado TAC, celebrado entre o Inep, a União e o MPF, em 2011, estabeleceu que a partir do Enem/2012 seria viabilizado o direito de vistas de provas a todos os participantes do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem, com o caráter meramente pedagógico. Ademais, o MPF reconheceu que o recurso de ofício previsto pelo edital supria o recurso voluntário. O Órgão Ministerial, reconhecendo a peculiaridade do Enem, que o mesmo não equivale a um concurso público, já tem finalidade diversa, bem como reconhecendo a lisura da sistemática do recurso de ofício na correção das provas, reconheceu que esse instrumento preserva o contraditório e supre o recurso voluntário.”;

d) “... face à inexistência de recurso voluntário, reconheceu também que a vista das provas aos participantes teria caráter meramente pedagógico.

Devido às dificuldades operacionais que envolvem a exibição das provas para milhões de estudantes participantes, essa medida ficou obrigatória para a edição do Enem 2012.”;

e) “o Inep e a União, em relação ao Enem/2012, estão respeitando absolutamente todas as disposições do TAC. O Edital do Enem/2012, elaborado tendo o TAC como perspectiva, expressamente previu a possibilidade de os participantes requererem vista das provas, com fins exclusivamente pedagógicos, após a divulgação dos resultados, conforme a seguinte cláusula editalícia: 15.3. Os PARTICIPANTES poderão requerer vista de suas provas, exclusivamente para fins pedagógicos, após divulgação do resultado.”

f) “... partindo da premissa de que o TAC firmado era um instrumento jurídico que seria respeitado, principalmente pelos seus signatários, o Inep e a União elaboraram um planejamento seguro e confiável para implementar os compromissos assumidos, especialmente a possibilidade de vista das provas. O Inep evidenciou esforço enorme para viabilizar o acesso à prova para os milhões de participantes do Enem/2012, tendo desenvolvido uma solução tecnológica exclusiva para isso.”;

g) “... as decisões liminares excogitadas comprometem o planejamento da Autarquia e atropelam vários procedimentos administrativos necessários para a viabilização da vista de tais provas a um universo tão grande de candidatos.”;

h) “diante da inexistência de recurso voluntário, é evidente que não existe pertinência quanto à necessidade de exibição da prova antes do período de inscrição do SISU, já que a vista da prova tem finalidade exclusivamente pedagógica. O planejamento do Inep levou esse fator em consideração. Como se depreende dos documentos em anexo, as notas do Enem/2012 foram divulgadas em 28/12/2012. Não houve ainda tempo hábil para viabilização da vista dessas provas.”

Ressalta a ausência dos requisitos para a concessão da tutela deferida, a caracterização do periculum in mora inverso e requer, ao final, a antecipação da tutela recursal para reformar a decisão agravada.

É o relatório do essencial.

Decido.

A decisão agravada não merece prosperar.

A matéria não é nova. Por ocasião do Enem 2011 a Defensoria Pública da União propôs a Ação Civil Pública nº 37994-96.2011.4.01.3400, que tramitou perante a 13ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e questionava exatamente a ausência de previsão de vista da prova e de recurso voluntário no respectivo edital.

Para pôr fim à aludida ação, o Inep, a União e o Ministério Público Federal celebraram Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, cujas cláusulas atinentes à matéria dos autos merecem ser transcritas:

“CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO

Este termo tem por objeto o ajustamento de conduta por parte do compromissário a propiciar o direito de vistas de provas a todos os participantes do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem, a partir da próxima edição a se realizar no ano de 2012.

### CLÁUSULA SEGUNDA – DAS OBRIGAÇÕES

As partes que firmam o presente Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta assumem as obrigações descritas neste instrumento.

*Parágrafo Primeiro.* O compromissário permitirá vistas de provas, de caráter meramente pedagógico, para os participantes que realizarão as provas do Exame Nacional do Ensino Médio, a partir da primeira edição do Enem no ano de 2012, a pedido do interessado.

*Parágrafo Segundo.* O comprometente reconhece que o recurso de ofício previsto no Edital n.º 07, de 18/05/2011, supre o recurso voluntário, devendo ser expressamente prevista aquela garantia na vigência deste Termo.

### CLÁUSULA TERCEIRA – DA VIGÊNCIA

O presente Termo vigorará pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados da data de sua assinatura.” (grifamos)

[...]

### CLÁUSULA QUINTA – DA UTILIDADE DO TERMO

As partes expressamente autorizam a utilização do presente Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta nos autos das ações judiciais relativas à matéria”.

[...]

15.3 Os PARTICIPANTES poderão requerer vista de suas provas, exclusivamente para fins pedagógicos, após divulgação do resultado.”

Na ocasião foram consideradas as possibilidades técnicas do certame, o enorme volume de provas aplicadas e a sistemática adotada para a respectiva correção e, a partir da celebração do TAC foi implementado um sistema de acesso ao espelho da prova de redação a partir do Enem 2012.

A questão foi bem ressaltada pela Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 5000074-63.2013.404.0000/RS, em decisão datada de 07/01/2013, verbis:

“Na época da formalização do TAC, o Ministério Público Federal aceitou as justificativas dadas pela Administração e reconheceu a legalidade, a adequação e a proporcionalidade da conduta do Instituto. Em síntese, tendo em vista à inexistência de previsão no Edital de tal apresentação como causa da falta de previsão e preparação prévia de condições técnicas de fazê-lo a posteriori, somado ao volume de provas aplicadas em todo o país, atuação foi reconhecida como adequada e proporcional até aquele momento, exigida a adoção das medidas necessárias para as próximas edições do Exame.”

Dias antes, em 04/01/2013 o Desembargador Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Dr. Paulo Roberto de Oliveira Lima prolatou decisão basilar sobre pleito idêntico ao deste agravo, nos autos da Suspensão de Liminar nº 4392/CE, onde ressaltou:

“... a decisão combatida impôs à Administração:

a) adotar providência materialmente irrealizável, posto que estivesse, por meses, programada para certo calendário que findou abreviado enormemente, em franca contribuição para o colapso do exame e do processo seletivo que se avizinha; que b) a exibição imposta não tem sentido prático, já que recursos voluntários não estão previstos, seja no TAC homologado judicialmente, seja no edital inatado do exame; que c) o acesso às provas já está assegurado para breve, a bem de que a finalidade pedagógica da exibição, aquela desejada pelas instituições envolvidas na causa, tenha lugar; que d) possíveis ações judiciais, teoricamente cogitáveis a partir de fevereiro, são de péssimo prognóstico jurisprudencial, o que se diz não por intuição, mas em respeito aos precedentes até mesmo da Suprema Corte do país; e que e) viceja severo risco de efeito multiplicador se não houver a suspensão pretendida...”

Os fundamentos elencados pelos ilustres Desembargadores Federais acima citados são incensuráveis.

Afigura-se indispensável ter presente as diversas peculiaridades do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem. O exame foi criado em 1998 com objetivo avaliar o desempenho do estudante ao fim da escolaridade básica, dele podendo participar os alunos que estão concluindo ou que já concluíram o ensino médio em anos anteriores.

A participação no Enem é voluntária, circunscrita aos egressos do ensino médio em qualquer um de seus cursos, independentemente de quando o concluíram, e aos concluintes da última série do ensino médio, em qualquer uma das suas modalidades.

É fato público e notório que centenas de instituições de ensino superior (IES) utilizam os resultados do Enem como subsídio às modalidades de acesso às suas vagas e que diversas empresas o utilizam no processo seletivo de pessoas para o mercado de trabalho. Além disso, o certame fornece ferramentas ao próprio governo federal no processo de implantação do Programa Universidade para Todos (PROUNI).

Segundo o agravante, quando da celebração do Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, o Ministério Público Federal reconheceu que o recurso de ofício previsto pelo edital supria o recurso voluntário; reconheceu que o Enem não equivale a um concurso público, já que tem finalidade diversa; reconheceu a lisura da sistemática do recurso de ofício na correção das provas bem como que esse instrumento preserva o contraditório e supre o recurso voluntário. E ainda, face à inexistência de recurso voluntário, reconheceu

também que a vista das provas aos participantes teria caráter meramente pedagógico.

Nesse contexto, limitar-se a apreciar a questão sob o prisma do direito à informação e do princípio da ampla defesa é considerar o Enem um concurso qualquer, sem reparar na imensidão de sua abrangência (com a participação de milhões de estudantes em todo o país) e na peculiaridade de seu caráter pedagógico.

Os princípios constitucionais apontados pela agravada não foram ofendidos, mormente em face da enormidade e das peculiaridades do certame. Seus procedimentos, desde a celebração do TAC se revelam razoáveis e proporcionais, pois objetivam dar exequibilidade ao Enem. O Termo de Ajustamento de Conduta previu expressamente no parágrafo segundo da cláusula segunda que o recurso de ofício supre o recurso voluntário. Tal significa dizer o seguinte:

“...as redações seguem o seguinte fluxo: (a) dois avaliadores corrigem de forma independente a redação. Caso não haja discrepância entre eles, a nota final do participante é a média aritmética das notas totais atribuídas pelos dois avaliadores; (b) caso haja discrepância entre os dois avaliadores, haverá recurso de ofício e a redação será corrigida, de forma independente, por um terceiro avaliador. Caso não haja discrepância entre o terceiro avaliador e pelo menos um dos outros dois avaliadores, a nota final do participante será a média aritmética entre as duas notas totais que mais se aproximarem; (c) caso o terceiro avaliador apresente discrepância com os outros dois avaliadores, haverá novo recurso de ofício e a redação será corrigida por uma banca composta por três avaliadores que atribuirá a nota final ao Participante. Esse novo fluxo de correção foi definido com base em simulações e teve a aprovação da Comissão de Especialistas do Inep...”

Assim, quando foram divulgados os resultados, todos os participantes cujas redações apresentaram discrepância ou mesmo dúvida entre os examinadores tiveram suas provas automaticamente submetidas a outra instância de avaliação.

A exibição de provas aos candidatos, que no ano de 2012 chegaram ao número de 5.800.000 (cinco milhões e oitocentos mil) estudantes, demanda cerca de trinta dias a partir da divulgação dos resultados, que ocorreu em 28 de dezembro de 2012. Por isso, o Inep previu que somente no dia 06 de dezembro de 2013 será possível a disponibilização de todas as provas.

Antes disso, o Sistema de Seleção Unificada – SISU tem suas inscrições previstas para o período de 07 a 11 de janeiro deste ano.

Também nesse ponto a decisão se revela despropositada na medida em que fixa prazo em horas para seu cumprimento e permite a interposição de recursos administrativos em prazo exíguo, diante da iminência do fim do prazo para a inscrição no referido sistema.

O Sistema de Seleção Unificada – SISU foi desenvolvido pelo Ministério da Educação para

selecionar os candidatos às vagas das instituições públicas de ensino superior que utilizarão a nota do Exame Nacional do Ensino Médio - Enem como única fase de seu processo seletivo. A seleção é feita pelo SISU com base na nota obtida pelo candidato no Enem. Por meio da internet, os candidatos podem consultar as vagas disponíveis, pesquisando as instituições e os seus respectivos cursos.

Diante da complexidade dos procedimentos de vista de provas e de recurso de ofício, a fixação de prazo pré-estabelecido para acesso à correção e, por fim, a observação de que uma solução individual para a pretensão deduzida em juízo implicará na inviabilização dos prazos do Sistema de Seleção Unificada – SISU e na expressiva diminuição de sua utilidade para as instituições de ensino superior utilizarem os dados antes do início de seus anos letivos.

Segundo se constata, o TAC objetivou, recorrendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerar o interesse público da Administração e o interesse coletivo das instituições de ensino interessadas e dos estudantes participantes do Enem em terem mecanismos de recorribilidade e transparência quanto aos resultados do exame e também atender aos direitos individuais dos participantes de terem suas provas revistas e acessíveis.

Os termos do acordo tiveram por finalidade, com base em ponderação sobre os interesses em conflito, dar uma solução coletiva para atender ao direito de revisão e acesso às provas de um número expressivo de estudantes em todo o país – em 2012, repita-se, foram 5.800.000 (cinco milhões e oitocentos mil).

Pelo exposto, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL para afastar a obrigatoriedade de o Inep fornecer vista da prova discursiva e dos respectivos espelhos de correção, bem como de proceder à revisão da prova e/ou possibilitar a interposição de recurso administrativo para o (a) agravado(a).

Comunique-se o inteiro teor desta decisão ao Juízo a quo, sem necessidade de informações (via e-mail).

Intime-se a parte agravada para, querendo, responder ao recurso no prazo legal.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

(TRF 1ª Região, AI 0000729-07.2013.4.01.0000/MT, Des. Federal Selene Almeida, 09/01/2013)

Como se vê, os ilustríssimos relatores constataram que a complexidade do procedimento, já existente, de vista de provas e de recurso de ofício, confrontada com a fixação de prazo pré-estabelecido para acesso à correção e a soluções individualizadas — quando se está diante de um universo com mais de 7.000.000 (sete milhões) de provas (números de 2013) — implicam a inviabilização dos prazos do Sistema de Seleção Unificada (Sisu) e a expressiva diminuição de

sua utilidade para as instituições de ensino superior se valerem dos correspondentes dados antes do início de seus anos letivos.

Ademais, consideraram que o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC firmado entre a União, o Inep e o Ministério Público Federal protege, a um só tempo, o interesse público da Administração e o interesse coletivo das instituições de ensino interessadas e dos estudantes participantes do Enem em terem mecanismos de recorribilidade e transparência dos resultados do exame, para além de atender aos direitos individuais dos participantes de terem suas provas revistas e acessíveis.

Tal o contexto — e com amparo na prerrogativa expressamente conferida às seções no inciso II do art. 12 do Regimento Interno —, ressei pertinente que seja cristalizado esse pensamento como forma de se evidenciar com fortes luzes a orientação jurisprudencial desta Corte, bem como no escopo de se tratar todos os jurisdicionados igualmente e bem gerir o passivo de processos e, principalmente, os novos casos<sup>3</sup> que, por ventura, aporem aos 6 (seis) gabinetes dos desembargadores desta Seção.

Em face de todo o exposto, dou provimento à remessa oficial para denegar a ordem e, com base no inciso II do art. 12 do Regimento Interno, proponho o seguinte verbete a ser sumulado pela Terceira Seção: “É legítimo o edital do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) que prevê acesso às provas apenas para fins pedagógicos e recurso exclusivamente de ofício”.

Proceda-se na forma do art. 372 do Regimento Interno.

É como voto.

### Voto-Vogal

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida:* Senhor presidente, Daniel dos Santos Silva impetrou mandado de segurança com vistas à garantia de suposto direito líquido e certo de acessar e recorrer administrativamente da correção de sua prova de redação do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem – 2011. A segurança foi parcialmente concedida para

garantir ao impetrante o direito de acessar a correção de sua prova.

O processo subiu a esta Corte Regional para reexame necessário. A 6ª Turma, com base nos arts. 14, II, e 378 do Regimento Interno, afetou o julgamento do processo à 3ª Seção para, com base no art. 12, II, do Regimento, sumular a jurisprudência uniforme das turmas sobre a possibilidade ou não de o candidato inscrito no Enem ter vista do espelho de sua prova discursiva para fins de interposição de recurso administrativo.

O eminente relator, considerando o interesse nacional, que envolve a solução do caso, entendeu por bem trazer a questão para súmula da jurisprudência das turmas da 3ª Seção.

O Inep é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Educação, e coordena o processo de avaliação dos cursos no país, realiza levantamentos estatísticos e avaliações em todos os níveis e modalidades de ensino, dentre eles o Exame Nacional do Ensino Médio – Enem. O Enem foi criado em 1998, com a finalidade de avaliar o desempenho dos estudantes na etapa final da escolaridade básica. A participação dos alunos no exame é voluntária, circunscrita aos egressos do ensino médio e aos concluintes da última série do ensino médio. A participação confere ao aluno um boletim individual de resultados que contém informações referentes ao resultado global e ao desempenho individual na prova. Os resultados individuais do Enem são guardados com sigilo e só podem ser utilizados mediante autorização expressa do aluno.

Atualmente, os resultados do Enem são utilizados por centenas de instituições de ensino superior e também são utilizados em processos seletivos para o mercado de trabalho. Além disso, fornecem ferramentas ao Governo Federal no processo de implantação do Programa Universidade para Todos – Prouni. Estes são relatos feitos pelo Inep – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, em memorial que recebi, e agora estou lendo.

Esta Corte Regional tem recebido centenas de recursos de agravo de instrumento de alunos ou do próprio Inep, no final de cada edição do exame, em que se discute a vista imediata das provas e o direito a recurso.

O objetivo desta súmula da jurisprudência uniforme das turmas da 3ª Seção tem a ver também com uma disciplina uniforme da solução jurídica para o conflito. É matéria que chega a toda a Justiça Federal, e agora temos informação que, no início do ano de 2014,

<sup>3</sup>Como registrei na sessão do dia 18/11/2013: “O sucessivo e substancial aumento da concorrência, evidenciado nos números acima expostos, se reveste de especial importância por força de um efeito que dele inevitavelmente decorre, qual seja, o potencial de incremento, também, de insurgências que serão judicializadas – até mesmo acima da aludida projeção percentual, à luz da notoriamente disseminada cultura de acesso ao Poder Judiciário, que encontra amparo constitucional (art. 5º, inciso XXXV).”.

com a nova edição do Enem, teremos cerca de nove milhões de alunos inscritos e, com certeza, centenas de recursos judiciais em que se discutirá a matéria relativa sobre a vista imediata das provas e o direito ao recurso. Trata-se de demandas de massa com idêntico conteúdo.

Portanto, é mais que conveniente e oportuno que o Tribunal discipline a matéria mediante súmula, tendo em vista que a enormidade dos processos que sobem a esta Corte exige um tratamento também uniforme e de solução rápida, dados os prazos exíguos do Enem.

Os candidatos inscritos devem se submeter às regras do edital, porque é a única forma de se ter um tratamento isonômico no funcionamento da avaliação, desde a inscrição até a divulgação do resultado das provas. Não há nos editais nenhuma regra que garanta aos inscritos a vista do conteúdo da prova, antes do prazo de inscrição do Sisu, nem direito a recurso voluntário. A se admitir que cada participante pela via judicial logre êxito de ter vista da prova, antes da inscrição no Sisu, e assim oponha recurso voluntário, significa dizer que o resultado do Enem será paralisado e ficará aguardando o resultado de cada vista de milhares de alunos e o resultado da correção do recurso voluntário. Tal implica tornar absolutamente inviável a conclusão da edição de cada avaliação. A garantia exacerbada de direitos individuais significará o fim do Enem e das finalidades que ele busca.

Não se está falando de um mero concurso com um grupo restrito de participantes, mas de um concurso enorme que chega a milhões de participantes, e o deferimento de vistas individuais e direito a recurso voluntário fora das regras do edital viola o princípio da adequação e da proporcionalidade em um certame dessa natureza.

Chamaram-me a atenção os critérios cuidadosos e as medidas de aperfeiçoamento que o Inep está fazendo para viabilizar o acesso à prova para milhões de participantes do Enem, tendo desenvolvido, inclusive, solução tecnológica para tal fim. As decisões liminares da Justiça Federal comprometem o planejamento do Inep e atropelam os procedimentos administrativos para a vista de provas a um universo gigantesco de candidatos. O Inep demonstrou que existe um sistema, já aperfeiçoado, de correção das provas e, quando há divergência entre os examinadores, existe aquilo que eles chamam de recurso de ofício, um processo de correção múltiplas de redações, a fim de garantir a melhor qualidade do processo, reduzir os erros da avaliação e tratar os alunos de forma isonômica.

O recurso de ofício é isonômico, porque possibilita, no caso de divergência de nota entre dois examinadores, que haja diversas outras avaliações, inclusive, por uma banca de professores especialistas do Inep. Sem o sistema do recurso de ofício, milhões de alunos pobres não teriam como recorrer e demonstrar suas razões para o inconformismo do resultado do exame de sua redação. A experiência judicante na Justiça Federal revela que, na maior parte das vezes, os alunos que recorrem de provas de gramática ou de redação contratam especialistas na área de linguística, literatura etc. e discutem até pontuação, estilo, etc. Estes laudos técnicos têm um preço, assim como tem um custo a contratação de advogados para promover a defesa dos interesses dos estudantes que podem pagar por especialistas em Língua Portuguesa e advogados para defender seus pontos de vista na via administrativa e em juízo.

Nota-se, assim, uma preocupação da Administração, em particular, do Inep, com a provocação do Ministério Público Federal em instituir regras, segundo as quais é assegurada a revisão por outro examinador, em caso de divergência de correção na prova de um aluno; ou seja, é possível até três formas de avaliação, com um total de seis professores, se houver discrepância no entendimento entre eles a respeito das notas atribuídas.

Além do que, deve ser também assinalado que não estamos diante de uma avaliação do estudante, mas avaliação do ensino médio no país. Não há como se arguir violação ao art. 5º, LV, da Constituição, sobre o princípio da ampla defesa e contraditório aos litigantes de processo judicial e administrativo e criminal. O caso não é de, ou a submissão ao Enem, não trata de processo judicial administrativo ou criminal. Trata-se apenas de uma prova, uma avaliação científica da qualidade do ensino, e não é possível se dizer que se estão ferindo direitos subjetivos dos alunos, porque não há uma relação de conflito, mas, uma participação de milhões de estudantes na avaliação da qualidade do ensino médio brasileiro. Tem mais. O Inep não aprova nem reprova aluno que participa do Enem. Como já disse antes, a hipótese não é de processo administrativo, entendido como um conjunto de atos da Administração, para conferir ou restringir direito dos alunos. Não estamos diante, na avaliação feita pelo Enem, de um processo de natureza contenciosa, não há sanção nem situação litigiosa.

Não quero me estender mais, porque o eminente relator já abordou as questões fáticas e jurídicas, examinando todos os ângulos da questão. Mas não

poderia deixar de finalizar dizendo que a extinção do Enem, por razões de ordem técnica, decorrente da impossibilidade material de se julgar milhares de recursos voluntários e vista de prova pelos candidatos fora dos prazos previstos nos editais, significará um evidente prejuízo para os alunos carentes, tendo em vista que o sistema do Enem possibilita que alunos de regiões remotas do país, com base no resultado do Enem, possam se candidatar em instituições de ensino superior de prestígio em outras localidades. A pobreza, com certeza, dificulta, senão impede, que alunos de baixas camadas sociais possam fazer vestibular em Estados diversos da federação, competindo com estudantes de melhor nível social, que tenham condições econômicas de fazer vestibular em diversas instituições de ensino superior de prestígio, ao mesmo tempo.

Tratando-se, pois, de interesse coletivo, há que se dar uma solução coletiva para os problemas que eventualmente vão surgindo na execução da avaliação do ensino médio. E o eminente relator, tenho para mim, o faz com muita proficiência, observando os princípios da vinculação do edital, da proporcionalidade e da adequação. Por isso eu voto favoravelmente à edição da súmula.

### Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* Senhor presidente, louvo a iniciativa do eminente relator, que está, sem dúvida, buscando uma solução razoável para uma questão inegavelmente de interesse público e, por isso, classificada como relevante questão de direito. A disposição do § 1º do art. 555 do Código de Processo Civil fora introduzida no código de processo em vigor por meio da Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, nos termos seguintes:

Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

Indubitavelmente que o órgão colegiado que o regimento indica na espécie é esta colenda 3ª Seção, que reúne os membros integrantes da 5ª e 6ª Turma deste Tribunal. Portanto o encaminhamento do eminente relator, na minha ótica, está perfeito.

Eu só fico assaltado por uma dúvida no que tange à edição de súmula nesse contexto processual, uma vez que a lei que introduziu esse regramento do § 1º do art.

555 não revogou o procedimento da uniformização de jurisprudência previsto nos arts. 476 a 479 e respectivo parágrafo único, de onde expressamente se admite a edição de súmula do tribunal, por meio de um *quorum* qualificado dos membros do tribunal, para espancar definitivamente as divergências na interpretação do direito já instaladas nas hipóteses dos incisos I e II do art. 476, que diz:

Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido, a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

E, reconhecendo a divergência, o tribunal dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto e exposição fundamentada. O julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal será objeto de súmula e constituirá precedente da uniformização da jurisprudência.

Como se vê, estes dispositivos estão em vigor. Ocorre que o eminente relator, inteligentemente, fez uma interpretação sistêmica das normas regimentais à luz do que dispõe o § 1º do art. 555 do CPC. Portanto, com ressalva do meu ponto de vista apenas no que tange à edição de súmula nessa hipótese do referido § 1º do art. 555 do CPC, acompanho o voto do relator.

### Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* Ao início do julgamento fiquei preocupado com as regras do Regimento, por isso não pude prestar a devida atenção ao conteúdo que estava sendo discutido. No andar do julgamento, fui me situando melhor a respeito desse conteúdo. Por isso que, agora melhor informado, vejo-me na necessidade de proferir voto mais completo. Está-se encaminhando, nesta questão, para uma situação que tem sido verificada em relação ao controle do resultado obtido em concurso público. A jurisprudência e a doutrina tendem a afirmar que é insuscetível de controle judicial o conteúdo do resultado obtido por candidato em concurso público. Haveria “soberania” da banca examinadora na avaliação. Tenho insistido, em meus votos, que não há, na realidade, impossibilidade jurídica do controle da avaliação feita por banca examinadora. O que há, na realidade, é grande dificuldade, senão impossibilidade material (não jurídica) desse controle. Penso que, neste caso, também está havendo certa confusão

entre impossibilidade ou impraticabilidade material de se permitir recurso das decisões, e impossibilidade jurídica. Não se pode dizer que a ausência de recurso não viola o devido processo legal. A Desembargadora Selene bem mostrou que há, sim, interesse individual de candidato no controle da avaliação feita, de suas provas. Do resultado obtido individualmente pelo candidato, há importantes consequências jurídicas, também individuais e, se há essas consequências, não vejo como afastar a regra a que já me referi, da Lei 9.784/1999, art. 56: “Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito”. O que está acontecendo é a questão da praticabilidade ou praticidade; a praticabilidade é princípio difuso no ordenamento jurídico, em virtude do qual se permite a utilização de meios e técnicas com o objetivo de tornar simples, econômica, cômoda e viável a execução das leis; a praticabilidade serve à execução padronizada, em massa, das leis, o que evita a averiguação de cada caso concreto, a avaliação individual, o levantamento de provas difíceis que exigiriam a manutenção de grande aparato administrativo e tornariam antieconômica a atividade administrativa. A padronização é inevitável porque “existe uma desproporção muito acentuada entre a incumbência, o encargo que a lei cria para a administração com a execução e a capacidade de que os órgãos — no caso aqui, escrevi sobre esse assunto, tratando de questão tributária — fazendários dispõem para prestar o dever. As dificuldades multiplicam-se em face da complexidade e ausência de sistematização do Direito Tributário — estava tratando, já disse, de matéria tributária. Cinquenta espécies tributárias, noventa leis, cem regulamentos, cem decretos administrativos federais anuais, mil estaduais, quinhentas decisões anuais do BFH. A mão direita do legislador não sabe o que faz a esquerda. A exigência de tratamento individualizado das questões seria o *fiat justitia paret mundus*. O que quero dizer, em conclusão, é que não concordo com essa afirmação de que a exclusividade do recurso de ofício não viola o devido processo legal. Em tese, viola, porque se está suprimindo um recurso que a lei garante e há interesse individual de cada candidato nesse recurso. Por isso, proporia alterar a redação dessa súmula. Conforme já falei, o princípio da praticidade é princípio implícito na Constituição, em qualquer sistema jurídico, porque ninguém é obrigado a fazer o impossível. Minha proposta é de que “o edital do

Exame Nacional do Ensino Médio, que prevê acesso às provas para fins pedagógicos e recurso exclusivamente de ofício atende ao princípio da praticidade e, por isso, não viola a Constituição”. Não diria que não viola o devido processo legal; viola sim, em tese. Há supressão de recurso, do direito de recorrer, porque é impossível. Há outro princípio, que é o princípio da praticidade, princípio implícito na Constituição, que autoriza, que deve ser compatibilizado com o do devido processo legal, no caso concreto. Então, resumindo meu voto, proponho nova redação. Se ficar vencido, vamos proclamar, em razão do adiantado da hora, o resultado do julgamento. Proclamo com essa divergência quanto à redação da súmula...

## Esclarecimento

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* Senhor presidente, a proposta de vossa excelência ficaria: o edital do Exame Nacional do Ensino Médio — Enem, que prevê acesso às provas para fins pedagógicos de recurso exclusivamente de ofício, atende ao princípio da praticidade e não viola princípios constitucionais. Foi isso que vossa excelência falou?

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* Na verdade, é assim: o edital do Exame Nacional do Ensino Médio — Enem, que prevê acesso às provas para fins pedagógicos e recurso exclusivamente de ofício, atende ao princípio da praticidade e, por isso, não viola a Constituição.

## Retificação de Voto

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* Vossa excelência apenas retira a especificidade dos princípios. Não vejo óbice, eu reformulo nesse sentido.

## Decisão

A Seção, por unanimidade, deu provimento à remessa oficial e aprovou a seguinte redação de súmula: é legítimo o edital do Exame Nacional do Ensino Médio — Enem — que prevê acesso às provas apenas para fins pedagógicos e recurso exclusivamente de ofício.



## Corte Especial

### Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0012208-65.2011.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro  
Requerente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Requerido: Juízo Federal da 9ª Vara/PA  
Autor: Ministério Público Federal  
Procuradores: Dr. Daniel César Azeredo Avelino e outros  
Assistentes: União Federal  
Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel

#### Agravo Regimental

Agravante: Ministério Público Federal  
Publicação: e-DJF1 de 27/01/2014, p. 300

### Ementa

*Agravo regimental. Suspensão. Regência. Normas especiais. Efeito. Ultratividade da suspensão. Agravo desprovido.*

I. O instrumento jurídico processual da suspensão é regido por normas especiais e, por suas características peculiaríssimas, não se subsume às regras procedimentais dos recursos ordinários, previstas no Código de Processo Civil, ou em outras regras alheias àquelas que lhe são particularmente dirigidas.

II. A teor do que dispõe o § 9º do art. 4º da Lei 8.437/1992, “A suspensão deferida pelo presidente do tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”.

III. “A suspensão deferida pelo presidente do tribunal vigorará, no silêncio da decisão quanto à duração de seus efeitos, até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal” (AgRg na SuExSe 31389-86.2010.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Olindo Menezes, DJF1 de 22/03/2011).

IV. A decisão proferida no âmbito do incidente de suspensão de segurança “vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito se a decisão concessiva for mantida pelo Supremo Tribunal Federal ou transitar em julgado” (RISTF, art. 297, § 3º). “O fato de o Tribunal local ter concedido a ordem em nada influencia o mérito do incidente de cantracautela, na medida em que distintos os fundamentos da impetração e do pedido de suspensão de segurança”. (SS 2446 AgR/SP, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 26/03/2007, p. 19.)

V. Agravo regimental desprovido.

### Acórdão

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

Corte Especial do TRF 1ª Região – 19/12/2013.

Desembargador Federal Mário César Ribeiro, relator.

### Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, às fls. 741 - 752, contra decisão de minha lavra, que manteve a higidez da decisão proferida pelo então Presidente desta Corte, Des. Federal Olindo Menezes, nos termos do § 9º do art. 4º da Lei

8.437/1992, segundo a qual, “A suspensão proferida pelo presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”, acolhendo pedido do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, a propósito da decisão proferida pelo desembargador federal que antecipou a tutela recursal requerida pelo *Parquet*, nos seguintes termos que destaco:

[...] defiro liminarmente o pedido de antecipação da tutela recursal formulado pelo douto Ministério Público Federal, para determinar a imediata suspensão do licenciamento ambiental e das obras de execução do empreendimento hidrelétrico UHE Belo Monte, no Estado do Pará, até o efetivo cumprimento integral de todas as condicionantes estabelecidas na Licença Prévia n. 342/2010, restando sem eficácia as Licenças de Instalação e as autorizações de supressão de vegetação – ASV já emitidas ou que venham a ser emitidas ou que venham a ser emitidas antes do cumprimento de tais condicionantes, e ordenar ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social BNDES que se abstenha de repassar qualquer tipo de recurso (ou celebrar qualquer pacto nesse sentido) enquanto não cumpridas as aludidas condicionantes.

Para fundamentar a prevalência da sua decisão sobre a decisão proferida pelo então presidente desta Corte, sustentou:

[...]

Embora a eficácia do referido *decisum* [decisão liminar proferida pelo Juiz a quo] tenha sido suspensa, (sic) por decisão da (sic) Presidente deste Tribunal, em sede de Suspensão de Segurança (SLAT n. 12.65.2011.4.01.0000/PA), os seus fundamentos não apenas subsistem, como também se revelam mais nítidos, ante a situação fática, atual, decorrente do início da execução das obras, cujos reflexos negativos, antes latentes, agora se mostram cristalinos, conforme bem noticiados pelo douto Ministério Público Federal.

De igual forma, a *suspensão em referência* também não caracteriza a prejudicialidade do exame do pedido de antecipação da tutela recursal formulado pelo douto Ministério Público Federal, tendo em vista que, *além de não produzir efeitos em relação a decisões do próprio Tribunal*, os julgados proferidos em sede de suspensão de segurança têm por suporte pressupostos jurídicos distintos daqueles em que se ampara a pretensão aqui veiculada. (Grifos nossos.)

Irresignado com a decisão de minha lavra, sobreveio o agravo regimental, que ora submeto à apreciação da Corte Especial deste Tribunal.

Alega o agravante que o contexto fático no qual o então Presidente desta Corte, Des. Federal Olindo Menezes, exarou a suspensão da tutela antecipada modificou-se sensivelmente. Assim, a decisão suspensiva “há que ser dimensionada e deve ser aferido se os seus pressupostos continuam válidos”.

Sustenta que a decisão que se tem por afrontada “evidencia que o juízo deliberatório se construiu em um contexto fático e temporal específico”, pois segundo consignou o Des. Souza Prudente em sua decisão

[...] ocorreu perceptível mudança na situação fática, tendo ficado demonstrado o descumprimento das condicionantes, daí não se poder mais cogitar que se trata de meras suposições [...], consoante registrou a decisão do então Presidente desta Corte (fl. 748).

Alega, ainda, que, sendo a suspensão concedida em razão da presença de elementos que exijam a proteção da ordem pública, uma vez inexistentes os fundamentos que a embasaram, deve-se questionar se sua manutenção é válida (fl. 748).

Informa que, em 15/02/2012, o Ibama multou a Norte Energia S/A em R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais) por descumprir a condicionante 2.1 da Licença de Instalação 795/2011, item que, segundo o Ibama, envolve diversos programas e projetos destinados à melhoria das condições de vida das populações atingidas, bem como ao monitoramento de possíveis prejuízos ambientais (fls. 749 - 750).

Assevera que a Norte S/A não atendeu a condicionante 2.12 da referida licença de instalação, fato que pode vir a acarretar a imposição de multa, bem como a aplicação de pena de reclusão (fls. 750 - 751).

O agravante também argumenta que estão sendo desrespeitados os arts. 175, 196, 205 e 231 da Constituição Federal, “uma vez que o grande fluxo populacional na área em questão repercute fortemente na qualidade de vida dos migrantes e da população local.

Por fim requer que a decisão agravada seja reconsiderada ou que o feito seja submetido à egrégia Corte Especial.

Em petição protocolizada em 17/12/2013, a Norte Energia S/A (Nesa), na qualidade de parte juridicamente interessada e ré na ação principal, noticiou que em 16/12/2013, ao julgar o agravo regimental interposto pela ora requerente contra a tutela antecipada concedida pelo Des. Federal Souza Prudente, nos autos do Recurso de Apelação 968-19.2011.4.01.3900, a 5ª Turma deste Tribunal negou provimento ao recurso, mantendo, assim a mencionada tutela.

Na mesma data, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama peticionou nos autos às fls. 826 - 829 v., alegando insegurança jurídica e desrespeito à decisão suspensiva (proferida pelo Des. Olindo Menezes), requereu a esta Presidência a manifestação no sentido da higidez e intangibilidade dos efeitos da decisão proferida no pedido de suspensão, até que ocorra o trânsito em julgado da Ação Civil Pública 968-19.2011.4.01.3900/PA, como determina o § 9º do art. 4º da Lei 8.437/1992.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — O Ministério Público Federal, irrisignado com a decisão de minha lavra, que manteve os efeitos da decisão proferida nos autos da Suspensão de Liminar ou de Antecipação de Tutela 0012208-65.2011.4.01.0000/PA pelo então Presidente desta Corte Olindo Menezes, busca, por meio deste agravo regimental, a sua reforma.

Tem a decisão ora agravada o seguinte teor, *verbis*:

Trata-se de Petição do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, postulando a preservação da autoridade de decisão proferida nestes autos pelo então Presidente deste Tribunal, Desembargador Federal Olindo Menezes, que suspendeu a eficácia da decisão proferida pelo Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Pará, que, nos autos da Ação Civil Pública 968-19.2011.4.01.3900/PA, determinara a suspensão da Licença de Instalação n. 770/2011 e da Autorização da Supressão de Vegetação 501/2011, bem como que o BNDES se abstinisse de transferir recursos à Norte Energia S.A, relativamente à UHE Belo Monte.

Alega o Requerente que, na primeira instância, em 29/08/2013 a ação foi extinta, sem resolução do mérito, sob o fundamento de que “não há como justificar o pronunciamento de mérito por parte do Judiciário, haja vista que eventual decisão acerca da legalidade ou não da Licença de Instalação 770/2011 não teria qualquer eficácia jurídica, uma vez que o referido ato administrativo perdeu a validade” (fl. 579).

Na ocasião, o Ministério Público Federal, inconformado com a sentença, interpôs a Apelação nº 968-19.2011.4.01.3900 e, em 09/10/2013, compareceu novamente aos autos pugnando “pela antecipação da tutela requerida na inicial da ação civil pública, para suspender imediatamente a obra e o licenciamento da AH Belo Monte, até o julgamento do mérito da ação, sob pena de multa” (fl.580).

Em 25/10/2013, o Relator da apelação, Desembargador Federal Souza Prudente, por meio de comunicação eletrônica (e-mail) enviada ao Presidente do IBAMA, informou, “para fins de ciência e imediato cumprimento”, ter proferido a seguinte *decisão monocrática*, destaque:

[...]

Com estas considerações e com vistas no que dispõe os arts. 11 e 12 da Lei n. 7.347/1985, *defiro, liminarmente, o pedido de antecipação da tutela recursal*, formulado pelo douto Ministério Público

Federal, para determinar a imediata suspensão do licenciamento ambiental e das obras de execução, do empreendimento hidrelétrico UHE Belo Monte, no Estado do Pará, até o efetivo e integral cumprimento de todas as condicionantes estabelecidas na Licença Prévia n. 342/2010, restando sem eficácia as Licenças de Instalação e as Autorizações de Supressão de Vegetação – ASV já emitidas ou que venham a ser emitidas antes do cumprimento de tais condicionantes, e ordenar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES que se abstenha de repassar qualquer tipo de recurso (ou celebrar qualquer pacto nesse sentido) enquanto não cumpridas as aludidas condicionantes.

Nos termos do art. 461, § 4º e 5º, do CPC, resta fixada, de logo, a multa pecuniária, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento desta decisão.

Para fundamentar a supremacia da sua decisão sobre a da Presidência, o eminente Relator, argumentou que:

[...]

Embora a eficácia do referido *decisum* [decisão liminar primeiro grau] tenha sido suspensa, (sic) por decisão da (sic) Presidente deste Tribunal, em sede de Suspensão de Segurança (SLAT n. 12208-65.2011.4.01.0000/PA), os seus fundamentos não apenas subsistem, como também se revelam mais nítidos, ante a situação fática, atual, decorrente do início da execução das obras, cujos reflexos negativos, antes latentes, agora se mostram cristalinos, conforme bem noticiados pelo douto Ministério Público Federal

De igual forma, a suspensão em referência também não caracteriza a prejudicialidade do exame do pedido de antecipação da tutela recursal formulado pelo douto Ministério Público Federal, tendo em vista que, além de não produzir efeitos em relação a decisões do próprio Tribunal, os julgados proferidos em sede de segurança têm suporte pressupostos jurídicos distintos daqueles em que se ampara a pretensão aqui veiculada.

Com efeito, enquanto na suspensão da segurança opera-se um controle político do ato judicial impugnado, exercido pela Presidência do Tribunal, e que tem por pressuposto a ocorrência, em tese, de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, nos termos do art. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992. do art. 15 da Lei 12.016/2009, do art. 25 da Lei n. 8.038/1990 e do art. 297 do Regimento Interno do STF, em sede de apelação, como no caso, o controle é jurídico, devolvendo à Corte Revisora, por intermédio do juízo natural e competente desta Turma julgadora, o exame das questões debatidas nos autos do processo principal, para fins de aferição do eventual acerto, ou não, do *decisum* impugnado.

Sobre o tema, tenho convicção firmada a respeito do caráter de excepcionalidade da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964. A lei é de exceção e o Estado,

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente, Jirair Aram Meguerian, Olindo Menezes, Carlos Moreira Alves, I'talo Mendes, Daniel Paes Ribeiro, Maria do Carmo Cardoso, Reynaldo Fonseca, Kassio Marques, Néviton Guedes e Novelly Vilanova.

hoje, é de direito. Portanto, a lei que criou a figura excepcional de suspensão de segurança, rompendo com o devido processo legal, é um diploma autoritário. O Supremo Tribunal Federal, com sua nova constituição de juízes constitucionalistas, tem sindicado os diplomas autoritários, para bani-los do ordenamento jurídico.

[...]

Pois bem, não obstante o r. entendimento pessoal do eminente Relator da Apelação 968-19.2011.4.01.3900, expendido no trecho supratranscrito da decisão monocrática, o fato é que, na hipótese, o pedido dirigido a Presidente de Tribunal para suspender a eficácia de decisões de primeira instância, de cuja execução possa resultar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, rege-se, atualmente, pelo art. 4º da Lei 8.437/1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares e, por expressa previsão no § 1º do art. 4º, é aplicável às decisões proferidas em ação cautelar inominada, em ação popular e em ação civil pública.

A Lei 4.348/1964 foi revogada pela Lei 12.016/2009 e tanto esta quanto a Lei 8.437/1992 continuam em vigor. Especificamente quanto aos efeitos da decisão do Presidente do Tribunal, prescreve textualmente o § 9º do art. 4º da Lei 8.437/1992, que “A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal” (Grifei).

Em relação às decisões proferidas em mandado de segurança, regido pela Lei 12.016/2009, o próprio Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 626, no sentido de que “A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva da concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente com o da impetração” (Grifei).

Ressalta-se que esse posicionamento também é assente no Superior Tribunal de Justiça, consoante atesta o julgado do qual destaco o seguinte verbete:

[...]

*A superveniência do julgamento do agravo de instrumento, reformando a decisão proferida pelo magistrado de 1º grau, não importa em perda de objeto porque a decisão que defere o pedido de suspensão tem eficácia até o trânsito em julgado da ação principal.* (Corte Especial, Relator Ministro Ari Pargendler, rel. p/ acórdão Min. Presidente do STJ, julgado em 01/07/2011, DJe de 28/09/2011 – grifei)

Esse entendimento foi sufragado também pela Ministra Ellen Gracie, então Presidente da Suprema Corte de Justiça, na SS 2446 AgR/SP, que destacou a doutrina de Elton Venturi :

[...]

Fica, pois, assentada a chamada *ultra-atividade endoprocessual das decisões proferidas no âmbito do incidente de suspensão de liminares e sentenças, ao menos quanto às implicações do deferimento da suspensão no processo que lhe hospeda, uma vez que a suspensão de um provimento não é ilidida automaticamente, pela mera substituição da liminar pela sentença, ou desta por acórdãos que julgam recursos interpostos no curso da relação jurídica processual instaurada contra o Poder Público* (Grifei).

Vale, ainda, consignar o seguinte ensinamento do autor em referência no que tange à ultra-atividade da suspensão de segurança:

*A ultra-atividade gerada pela concessão da suspensão da liminar ou da sentença também cria uma espécie de efeito obstativo, uma vez que implica inviabilidade de o autor que teve contra si suspensa a eficácia do provimento deferido vir a deduzir pretensão fundada em similares causas de pedir opostas contra o Poder Público, através de outras vias processuais.*

[...]

A ultra-atividade da suspensão de segurança deve ser compreendida muito mais como regra criada para favorecer funcionalmente o Poder Público, tornando dispensáveis a dedução de tantos incidentes de suspensão quantos fossem os provimentos desfavoráveis prolatados no curso do processo, do que para, propriamente, permitir uma sobreposição de competência jurisdicional ou compelir o autor da ação a aguardar o trânsito em julgado da decisão final do processo para a obtenção de sua execução (grifei).

A propósito, o eminente Desembargador Olindo Menezes, então Presidente desta Corte, ao deferir o pedido de liminar na Suspensão de Segurança nos autos da Ação Civil Pública 968-19.2011.4.01.3900, assim se pronunciou:

[...]

*Vista a questão de forma externa, é como se existisse uma “quebra de braço” entre o IBAMA e o Ministério Público Federal do Pará em derredor do empreendimento da UHE Belo Monte, que se transporta inoportunamente, e sem e melhor forma pedagógica, para o Judiciário, se vistas, de um lado, as decisões do Juízo Federal de Altamira – PA, repetidas (cerca de três, sob diversos fundamentos), concedendo liminares, e, de outro, as decisões do Tribunal, fazendo cessar a eficácia daquelas decisões. Quem sabe, outros capítulos estejam por vir!*

De acrescentar ainda que na hipótese não houve limitação à eficácia da suspensão. Logo, de palmar singeleza presumir que a simples superveniência de sentença ou decisões em recursos ordinários, sejam elas monocráticas ou colegiadas, não acarretam a perda de eficácia da decisão proferida pelo Presidente do Tribunal.

Com efeito, além da possibilidade de novo pedido de suspensão ao presidente do Superior

Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal *quando o efeito suspensivo for indeferido*, somente a Corte Especial tem competência para desconstituir decisões emanadas da Presidência deste Tribunal, o que na espécie não ocorreu.

Ressalto, pois que a convicção firmada pelo nobre Desembargador Federal da 5ª Turma desta Corte, não afasta determinação legislativa e o entendimento jurisdicional quanto à eficácia da decisão do Presidente do Tribunal até a ocorrência do trânsito em julgado.

Assim sendo, a decisão proferida, monocraticamente, pelo Relator da Apelação Cível 0000968-19.2011.4.01.3900/PA, não tem, data venia, o condão de, sob pena de usurpação de competência da Corte Especial, afastar os efeitos da decisão proferida nos autos da Suspensão de Liminar ou de Antecipação de Tutela 0012208-65.2011.4.01.0000/PA, que permanece hígida e intangível até que ocorra o trânsito em julgado na ação civil pública, uma vez que o agravo regimental interposto contra a decisão do então Presidente desta Casa, Desembargador Federal Olindo Menezes, não foi conhecido, porquanto interposto intempestivamente.

Isso posto, e tendo em vista as determinações constantes do ato jurisdicional monocrático do Relator da citada apelação cível, comunique-se, com urgência, o inteiro teor da presente decisão ao MM. Juízo a quo, ao Relator da AC 0000968-19.2011.4.01.3900/PA, ao Presidente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e à Norte Energia S/A.

Comunique-se, ainda, ao BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

Cumpra-se. Intimem-se. Publique-se.

Brasília, 29 de outubro de 2013.

Pois bem, para melhor clareza, da questão versada nos autos, necessário se faz um breve relato dos acontecimentos, que culminaram com o agravo regimental ora em julgamento:

1) Na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, o Juízo *a quo* deferiu, em 25/02/2011, a medida liminar pleiteada para

[...] suspender a eficácia da Licença de Instalação 770/2011 e da Autorização de Supressão de Vegetação 501/2011, bem como determinar ao BNDES que se abstenha de transferir recursos financeiros à Nesa [...];

2) Essa liminar foi suspensa, em 03/03/2011, pelo então Presidente desta Corte, Des. Federal Olindo Menezes, a requerimento do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais – Ibama;

3) Contra essa decisão do ex-presidente, o Ministério Público Federal interpôs *agravo regimental*, que, levado a julgamento no dia 20/09/2012, *não foi*

*conhecido* pela Corte Especial, por intempestivo o recurso;

4) Tendo em vista a imissão da Licença de Instalação 795/2011, que autorizou a integral implantação da UHE Belo Monte, englobando as atividades previstas na anterior Licença de Instalação 770/2011 (parcial), o MM. juízo de primeiro grau, em 28/08/2012, proferiu sentença, extinguindo o processo sem resolução do mérito, em razão da perda superveniente de objeto.

5) O Ministério Público Federal apelou da sentença e, *com o processo já em curso nesta Corte há quase um ano*, requereu, em 11/10/2013, a antecipação da tutela recursal, para o fim de suspender as obras da UHE Belo Monte, até que fossem integralmente cumpridas as condicionantes da Licença Prévia 342/2010. O pedido foi acolhido pelo Des. Federal Souza Prudente, em 25/10/2013, nos termos ora destacados:

[...] defiro liminarmente o pedido de antecipação da tutela recursal formulado pelo douto Ministério Público Federal, para determinar a imediata suspensão do licenciamento ambiental e das obras de execução do empreendimento hidrelétrico UHE Belo Monte, no Estado do Pará, até o efetivo cumprimento integral de toas as condicionantes estabelecidas na Licença Prévia n. 342/2010, restando sem eficácia as Licenças de Instalação e as autorizações de supressão de vegetação – ASV já emitidas ou que venham a ser emitidas ou que venham a ser emitidas antes do cumprimento de tais condicionantes, e ordenar ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social BNDES que se abstenha de repassar qualquer tipo de recurso (ou celebrar qualquer pacto nesse sentido) enquanto não cumpridas as aludidas condicionantes.

6) Contra essa decisão monocrática do Des. Federal Souza Prudente, foi interposto agravo regimental e, simultaneamente, *nestes autos*, o Ibama e a Norte Energia S/A apresentaram petição, comunicando a decisão proferida pelo relator da apelação e postulando a preservação da autoridade da decisão proferida pelo então Presidente desta Corte, Des. Federal Olindo Menezes. Em virtude de tal pleito, foi por mim proferida, em 29/10/2013, a decisão ora agravada.

7) Tendo em vista os termos da mencionada decisão ora agravada, por mim proferida, o Des. Federal Souza Prudente, em decisão prolatada em 04/11/2013, sustentou que o Presidente deste Tribunal

[...] não tem competência política ou jurisdicional para criar embaraços ou cassar as decisões judiciais, proferidas por qualquer dos membros deste tribunal, no exercício pleno de sua jurisdição, como no caso em exame, sob pena

de usurpação de competência da Presidente do Supremo Tribunal Federal (fls. 812 - 813).

8) Em 17/12/2013, veio-me a informação de que a 5ª Turma deste Tribunal, no dia 16/12/2013, na sessão de *juízo* do Recurso de Apelação 968-19.2011.4.01.3900, anulou a sentença recorrida e, nos termos do art. 515 e respectivo § 3º do CPC<sup>1</sup>, decidiu a lide, para julgar procedente a ação, nos termos do voto do relator, oportunidade em que  *julgou também o agravo regimental* interposto pela Norte Energia S/A, mantendo a concessão da antecipação de tutela recursal pleiteada pelo Ministério Público Federal (fls. 759-779), bem como no sentido da sua sobrepujança sobre a decisão proferida pelo então Presidente desta Casa, Des. Federal Olindo Menezes.

Como se vê, cerne da questão posta em julgamento é, na verdade, de cunho meramente processual, consubstanciada na eficácia da suspensão de segurança (assim denominada genericamente) e, mais especificamente, na ultratividade da eficácia dessas decisões, consoante o § 9º do art. 4º da Lei 8.437/1992.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que o instrumento jurídico processual da suspensão é regido por normas especiais e, por suas características peculiaríssimas, não se subsume às regras procedimentais dos recursos ordinários, previstas no Código de Processo Civil, ou em outras regras alheias àquelas que lhe são particularmente dirigidas.

No caso, a decisão ora impugnada tão somente reconheceu a *ultratividade da suspensão prevista em lei*. Com efeito, a teor do que dispõe o § 9º do art. 4º da Lei 8.437/1992,

*A suspensão deferida pelo Presidente do tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.*

Esta Corte, lembre-se, já se manifestou nesse sentido, ao julgar o Agravo Regimental na Suspensão de Execução de Sentença 31389-86.2010.4.01.0000/BA, da relatoria do Des. Federal Olindo Menezes (DJF1 de 22/03/2011), em que ficou assentado que

*A suspensão deferida pelo presidente do tribunal vigorará, no silêncio da decisão quanto à duração de seus efeitos, até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.*

Não é despreciando, ainda, repetir o entendimento sufragado pela Min. Ellen Gracie, então Presidente da Suprema Corte de Justiça, na SS 2446 AgR/SP (DJ 26/03/2007, p. 19), já exposto na decisão ora impugnada, mas que, como reforço de argumento, acrescento a afirmação da nobre magistrada no sentido de que “a decisão proferida no âmbito do incidente de suspensão de segurança *vigorará enquanto pender o recurso*, ficando sem efeito se a decisão concessiva for mantida pelo Supremo Tribunal Federal ou transitar em julgado” (RISTF, art. 297, § 3º); e que

[...] O fato de o Tribunal local ter concedido a ordem em nada influencia o mérito do incidente de contracautela, na medida em que distintos os fundamentos da impetração e do pedido de suspensão de segurança,

destacando, nesse ponto a doutrina de Elton Venturi, segundo a qual:

[...]

Fica, pois, assentada a chamada *ultratividade endoprocessual das decisões proferidas no âmbito do incidente de suspensão de liminares e sentenças, ao menos quanto às implicações do deferimento da suspensão no processo que lhe hospeda, uma vez que a suspensão de um provimento não é ilidida automaticamente, pela mera substituição da liminar pela sentença, ou desta por acórdãos que julgam recursos interpostos no curso da relação jurídica processual instaurada contra o Poder Público* (Grifei).

Em face do exposto, e ratificando os argumentos já expendidos na decisão impugnada, *nego provimento ao agravo regimental*.

É o voto.

## Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Senhor presidente, essa é uma matéria sempre recorrente, sempre iniciada de polêmica, mas eu vou me ater ao que diz a lei — o art. 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992. E esse artigo se repete em outras leis, inclusive na Lei do Mandado de Segurança, que diz:

Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público

<sup>1</sup> Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

[...]

§ 3º. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

O § 9º deste artigo diz: “A suspensão deferida pelo presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.” Portanto, são jurisdições que trafegam em rotas paralelas, mas que nunca vão se encontrar. O Tribunal, óbvio — isso não precisa nem enfatizar —, não substitui a Turma, a Turma é o órgão natural. Mas o que a Turma decidir só vai ter eficácia quando se tornar definitivo. Pode-se dizer que isso é uma opção política do legislador, pode até ser que seja, mas entendo que não estou aqui para julgar a lei. Se é político ou se não é político, é uma competência da Presidência do Tribunal, muito atacada, reconhecida, mas constitucional, não tenho notícia de que um órgão vocacionado constitucionalmente tenha dito que essa norma é inconstitucional. Esse *affair* Belo Monte é explosivo, há correntes de toda a ordem, inflamadas, pouco inflamadas, técnicas, não técnicas, enfim, tem opções para todos os gostos. Então, entendo perfeitamente a posição da 5ª Turma, que agiu dentro da sua competência, só que a eficácia ficará diferida até que essa decisão se torne definitiva.

Com essas considerações, que eram, a rigor, desnecessárias, porque vossa excelência explicitou tudo o que era necessário, acompanho o voto de vossa excelência.

### Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Senhor presidente, do quanto depreendi, houve uma decisão do então Presidente do Tribunal, Des. Olindo Menezes, suspendendo a eficácia de um ato jurisdicional de 1º grau — àquela altura uma medida liminar proferida em ação civil pública. Como esclarece o minucioso relatório de vossa excelência, essa medida liminar não existe mais, ela foi substituída por uma sentença também obviamente de 1º grau que extinguiu o processo sem resolução de mérito e que também, hoje, não existe mais, porque, do quanto também foi esclarecido, a apelação interposta contra essa sentença veio a ser julgada colegiadamente pela 5ª Turma desta Corte, de modo que, na verdade, não está mais em discussão a suspensão dos efeitos de um ato de 1º grau de jurisdição, mas, sim, a suspensão dos efeitos de um ato do Tribunal, um ato superior, assim hierarquicamente ao ato do juízo de 1º grau. E a questão que me parece que se coloca a exame aqui é saber se nessa disposição do § 9º do art. 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, assim é de que: “A suspensão

deferida pelo presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”, tem o sentido de fazer com que essa decisão suspensiva de atos de juiz de 1º grau se estenda e produza seus efeitos em relação a atos de tribunais inferiores ou superiores enquanto não ocorrer o trânsito em julgado dessa decisão. Então, parece-me que a questão central está em saber exatamente isso, se esse parágrafo tem o alcance de permitir ou de dar aos efeitos da decisão da Presidência do Tribunal permitida por lei, em relação aos atos de 1º grau de jurisdição, sejam eles precários como o é uma liminar, sejam eles definitivos naquela jurisdição, como o é a sentença, a suspensão desses efeitos. Parece-me que essa não será a melhor interpretação pela lógica mesma dessas medidas suspensivas, que não são deferidas apenas aos presidentes dos tribunais inferiores, o são também aos presidentes dos tribunais superiores pela lógica mesma do sistema, porque me parece aberrante do sistema que, com base numa interpretação literal desse parágrafo se dê ao presidente do Tribunal poderes, ou que os efeitos das decisões que foram por eles proferidas em relação aos atos de 1º grau de jurisdição tenham o poder de projetar esses efeitos para em relação a atos superiores. Porque se fizermos essa leitura literal, enquanto não houver o trânsito em julgado dessa decisão, prevalecerá a suspensão dos efeitos do presidente do Tribunal, não apenas em relação à liminar, que já não existe mais, em relação à sentença, que já não existe mais, e eventualmente até mesmo em relação a esse acórdão do Tribunal que porventura venha a ser modificado com uma eventual interposição e julgamento de recurso especial em processo que eventualmente venha a ter seu morredouro na Suprema Corte. Se partirmos dessa visão literal, eventualmente uma decisão não transitada em julgado com relação ao próprio mérito da demanda do egrégio Superior Tribunal de Justiça também não produzirá efeitos em virtude dessa decisão do presidente do Tribunal enquanto não houver o trânsito em julgado dessa decisão. Então, parece-me que essa interpretação puramente gramatical não é a melhor; a leitura que faço dessa disposição é de que obviamente essa decisão do Tribunal prevalece até o trânsito em julgado em relação aos atos quanto aos quais ele tem competência para suspender, que são tão somente os atos dos juízes de 1º grau.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:* — Mas o Supremo já se pronunciou, citei o julgado do Supremo, dizendo que esse trânsito prevalece sobre agravo de instrumento e recurso de apelação. Também

o STJ no mesmo sentido, e esta Corte também assim o diz.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Senhor presidente, eu não iria tão longe, até porque, evidentemente, quando uma turma cumpre o seu mister, que é o de julgar o recurso que está sob sua jurisdição, obviamente ela não está afrontando decisão nenhuma. A questão aqui não é de afronta ou não afronta à decisão, mas é de saber se esse julgamento superveniente da apelação pode ou não produzir os seus efeitos por força daquela decisão anterior do presidente e que não lhe disse respeito, é da suspensão da liminar que é passível, a meu modestíssimo juízo, de surtir seus efeitos em relação aos atos de 1º grau de jurisdição, porque, vejam vossas excelências, esse instituto de suspensão de liminar e de sentença na ação civil pública nasceu do vetusto instituto de uma legislação de 1964, que tratava da suspensão de liminar e da suspensão de segurança ou suspensão da sentença em mandado de segurança, e, em relação aos mandados de segurança, como vossa excelência, no seu douto voto, salientou, há disposição nesse sentido que demonstra, a meu ver, essa questão dos efeitos e da superposição desses efeitos; diz, se não me trai a memória, o art. 4º ou 5º da legislação do mandado de segurança atualmente em vigor. Vossa excelência citou, no seu douto voto, se não me engano, fez menção ao art. 5º. Não estou localizando topograficamente na legislação do mandado de segurança, mas ele é reproduzido no art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:* — Súmula 626.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Mas o dispositivo, que é o que me interessa para o meu raciocínio, é reproduzido no art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que é dado ao presidente daquela Corte

[...] a requerimento do procurador-geral ou da pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou da decisão concessiva de mandado de segurança proferida em única ou última instância pelos tribunais locais ou federais.

Vejam que não é uma competência dada ao presidente apenas quando se trata de competência originária de tribunais inferiores a ele, mas também quando há decisão proferida em instância recursal, de modo que a lógica dessas suspensões de segurança de liminar em mandado de segurança em ação civil

pública e em todas as outras ações em que se faz presente esse instituto é que esses efeitos se limitem à competência da autoridade judiciária que o profere, assim em relação aos presidentes dos tribunais inferiores, na minha ótica de visão, as liminares e as sentenças dos juízes de 1º grau. Aos presidentes dos tribunais superiores, conforme

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:* — O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Joaquim Barbosa, disse que ele só pode suspender a segurança quando houver agravo regimental, igual a colegiado, então só pode conhecer lá em cima se houver um agravo regimental. Isso é a decisão da Corte.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Isso é questão de chegar lá em cima o recurso, independente, isso é a manifestação da Corte, quer dizer, os órgãos, as autoridades judiciárias superiores, elas, sim, é que têm o poder de suspender a decisão dos órgãos inferiores, sejam essas decisões proferidas em ações originárias desses órgãos inferiores — por isso que se fala em decisão de última instância, de única instância —, seja em decisões de recursos por esses tribunais inferiores — por isso que a lei fala em decisão de última instância, exatamente para que não haja essa anomalia que, a meu ver, há, nesse tipo de interpretação, de que quem tem a competência para o menos possa fazer com que os efeitos do exercício dessa competência se projetem para o mais.

Vejam vossas excelências que eventualmente dentro dessa ótica de visão, como enunciei anteriormente, se houver a interposição e o julgamento de um recurso especial contra essa decisão da 5ª Turma do Tribunal, e ele vier a ser julgado, também ele, dentro dessa interpretação, ainda que proferida de uma corte superior, não produzirá seus efeitos se, eventualmente, houver uma questão constitucional a ser impugnada e haja a interposição de um recurso para o Supremo Tribunal Federal. Quiçá, o presidente do Supremo Tribunal Federal, naquele caso específico que ainda não transitou em julgado, poderá se manifestar sobre esses efeitos, porque, segundo a letra fria da lei, disse que essa decisão do presidente do tribunal que tem a sua competência limitada em relação, pela própria lógica do sistema, aos atos jurisdicionais de primeiro grau, ela prevalece até o trânsito em julgado da decisão. Isso me parece aberrante de toda a lógica do sistema, e é essa aberração que, a meu ver, leva a esse tipo de interpretação.

Então, na verdade, quando houve a decisão do órgão competente do tribunal em relação ao recurso de apelação, se produziu um novo ato que é passível

de uma nova impugnação para o presidente das cortes superiores em relação aos quais eventualmente caiba recurso com relação a essa decisão, ou o egrégio Superior Tribunal de Justiça, se a impugnação se fizer no plano infraconstitucional, ou a Suprema Corte, se a impugnação disser respeito à matéria constitucional para que essas cortes superiores, pelas suas autoridades competentes e, no exercício da sua competência, aí sim, elas examinem o ato que é do tribunal inferior. Essa me parece a lógica do sistema.

Confesso que, no nosso dia a dia, nós não deparamos com essas questões recursais em sede de suspensão de liminares, em suspensão de segurança e, do quanto me recordo das poucas vezes que examinei essa questão, realmente me parece que a jurisprudência aqui, peço a confirmação de vossa excelência, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça vai nesse sentido de que essa expressão leva à extensão dos efeitos dessas decisões até mesmo em relação aos julgamentos de recurso de apelação.

Não iria eu, na minha modesta inteligência, chegar a esse alcance, parece-me que essa conclusão não se harmoniza com a própria lógica do sistema, nem mesmo com a literalidade das leis que estabelecem essas superposições de possibilidades de pedidos de suspensão, conforme seja a gradação do ato que é impugnado.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:* — Mas, se vossa excelência partir dos pressupostos da suspensão de segurança que se distinguem da medida cautelar em antecipação de tutela, talvez esse sistema...

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Absolutamente, porque essa legislação, senhor presidente, de suspensão, ela abarca todas as providências de liminares, sejam elas as liminares *stricto sensu*, sejam elas as chamadas antecipações de tutela, como também os atos definitivos nas suas instâncias de competência. Por isso que temos também a suspensão da sentença e conseqüentemente a suspensão dos acórdãos, que é o caso, e, por isso, é que se dá na legislação do mandado de segurança, no Regimento Interno, o Supremo se reproduz, na lei que trata dos processos originais, na Lei 8.038 há disposição nesse sentido, dá-se aos presidentes destes tribunais, seja o Superior Tribunal de Justiça, seja o Supremo Tribunal Federal, essa competência para requerimento do procurador-geral ou da pessoa jurídica de direito público interessada suspender o ato do tribunal inferior, proferido em única ou última

instância, ou seja, proferido em grau originário ou em grau recursal, como é o caso dos autos. Então, parece-me que, pela lógica do sistema, a decisão do presidente do tribunal não tem o condão de projetar os seus efeitos para suspender um acórdão proferido pelo tribunal. Essa suspensão, a meu modesto juízo, há de ser buscada e eventualmente concedida, se for o caso, pelo presidente dos tribunais ou do tribunal a que couber o conhecimento do respectivo recurso.

Esse é o meu entendimento pessoal sobre essa questão, mas que, como esclarecido por vossa excelência, não é o da Suprema Corte, nem é o do egrégio Superior Tribunal de Justiça, que me fazem, até por uma questão de política judiciária, acompanhar o voto de vossa excelência, o fazendo, no entanto, com a ressalva desse meu entendimento pessoal em sentido contrário, e já pedindo escusas a todos pelo alongado do meu voto, exatamente para permitir a exposição das premissas do raciocínio que me conduzem a essa ressalva e a este voto.

## Voto-Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* — Senhor presidente, a questão aqui posta sobre julgamento precisa ser esclarecida; em primeiro lugar, em face da inteligência jurisprudencial já consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que

[...] em havendo superposição de controle judicial e um político (suspensão de tutela pelo presidente do Tribunal) e outro jurídico (agravo de instrumento) há prevalência da decisão judicial. (REsp 4764691/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, perante a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça).

Ao confirmar a antecipação de tutela que proferi no exercício pleno de minha jurisdição neste Tribunal, em face de um processo totalmente instruído para julgamento de mérito, a caracterizar-se como causa madura sob o ponto de vista processual, apto a ser decidido originariamente por este Tribunal, no exercício de sua jurisdição plena, convenci-me da inteligência jurisprudencial firmada pelo Senhor Presidente atual do Supremo Tribunal Federal, Min. Joaquim Barbosa, nos autos da Suspensão de Liminar 712/MG, na dicção de que

A suspensão de liminar é medida gravíssima, de profunda invasividade, na medida em que dispensa ampla cognição, bem como contraditório completo. Ademais, as contracautelas extraordinárias estão disponíveis apenas ao Poder Público, que não as pode utilizar como sucedâneo

recursal, nem como imunização à observância de decisões judiciais proferidas segundo o devido processo judicial regular.

Ora, no caso em exame, já me causa espécie, ao tomar conhecimento da decisão desta Presidência do Tribunal, com teor de reclamação, posto que na referida decisão presidencial está dito pelos requerentes, o Ibama e a Norte Energia S/A (que não é poder público, mas uma empresa privada), sem legitimidade para figurar sequer como litisconsorte ativo no pedido de suspensão de segurança, posto que assim já ficou assentado pelo Supremo Tribunal Federal, com a inteligência de que somente o Poder Público tem legitimidade para requerer suspensão de segurança, chama minha atenção, também, o fato de que a decisão presidencial buscou ressuscitar um processo extinto, um processo, portanto, que originariamente se reinstaura perante esta Corte judicial de 2ª instância, a merecer uma decisão originária deste processo, e não em termos recursais. Vale dizer, tudo se inicia agora e, por isso, afigura-se inadmissível que a douta Presidência ordene ao juízo singular de 1ª instância que dê cumprimento à sua douta decisão em suspensão de segurança, uma vez que os autos se encontravam sob a minha relatoria, no exercício de uma instância originária deste Tribunal. Esta é a minha primeira perplexidade.

De outro lado, a colenda 5ª Turma, através de sua jurisdição regular, confirmou esse entendimento colegiadamente, e destacou na ementa do acórdão o seguinte: “Nesse contexto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base no Parecer Técnico 21/2009 da Funai, outorgou a Medida Cautelar 382/2010, que foi revisada em 29 de julho de 2011, portanto, após a decisão do Des. Olindo Menezes, que, salvo engano, foi prolatada no início, talvez janeiro de 2011. A Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou ao Estado brasileiro, em medida cautelar, cuja eficácia se mantém em nível internacional, que adote as urgentes providências para:

I) “Proteger a vida, a saúde e integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas em situação de isolamento voluntário da Bacia do Xingu e da integridade cultural das mencionadas comunidades, que incluam ações efetivas de implementação e execução das medidas jurídico-formais já existentes, assim como desenho e implementação de medidas específicas de mitigação dos efeitos que terá a construção da represa Belo Monte sobre o território e a vida dessas comunidades em isolamento”;

II) “Adote medidas para proteger a saúde dos membros das comunidades indígenas da bacia do Xingu afetadas pelo projeto Belo Monte, que

incluam: a) a finalização e implementação aceleradas do Programa Integrado de Saúde Indígena para a região da Usina Hidrelétrica Belo Monte; b) o desenho e implementação efetivos dos planos e programas especificamente requeridos pela Funai no Parecer Técnico 21/09 recém-anunciados”.

III) “Garanta a rápida finalização dos processos de regularização das terras ancestrais dos povos indígenas da Bacia do Xingu que estão pendentes e adote medidas efetivas para a proteção dos mencionados territórios ancestrais ante a apropriação ilegítima e ocupação por não indígenas e frente à exploração ou deterioração dos seus recursos naturais”.

Ora, perguntar-se-ia, teria a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem ferir a soberania nacional, competência para determinar ao governo brasileiro essas medidas cautelares? A resposta afirmativa resulta da Convenção Internacional 169 da OIT, de que o Brasil é signatário, e que se coloca no ordenamento jurídico brasileiro em nível de emenda à Constituição e, portanto, está autorizada e legitimada a Corte Internacional para determinar cautelarmente essas medidas todas que integram as chamadas condicionantes indígenas até hoje não cumpridas pela Norte Energia S/A, com a conivência e a omissão do Ibama, que escreveu, juntamente com o TCU, uma cartilha vinculante no sentido de que nenhuma licença desse empreendimento de instalação ou de operação poderá ser concedida sem que reste demonstrado o cumprimento de todas as condicionantes estabelecidas na Licença Prévia 342/2010. E este é o mérito da questão, portanto a causa, senhor presidente, transcende as fronteiras do Brasil, porque é uma causa da humanidade. O interesse aqui é difuso, transfronteiriço e intergeracional, como assim já interpretara o Supremo Tribunal Federal em brilhantes precedentes da relatoria do eminente Min. Celso de Mello, e fora nesse sentido que a colenda 5ª Turma exerceu a sua jurisdição plena, harmonizando-se com a Corte Internacional de Direitos Humanos e com a inteligência do Tribunal de Contas da União, por isso que o Ibama já se penitenciou pela sua omissão e aplicou multa de sete milhões de reais à Norte Energia S/A por descumprir algumas das condicionantes, mas são quarenta condicionantes. O que me causa espécie é que nós estamos aqui discutindo a maior causa do planeta numa interpretação puramente literal de uma lei de exceção, de uma lei da ditadura, quando esta matéria, em nível recursal, só pode ter a palavra final quanto à suspensão dos efeitos dessa jurisdição colegiada através da Suprema Corte, por se tratar de uma matéria que envolve, inclusive, a soberania nacional. A colenda 5ª Turma consagrou o entendimento esposado por esta relatoria nos termos seguintes:

Posteriormente, em face da decisão proferida pelo desembargador presidente deste Tribunal, nos autos da Suspensão de Liminar Antecipação de Tutela 0012208-65.2011.4.01.0000/PA, a decisão monocrática do relator lavrou-se nestas letras: “Com vistas nos termos da decisão proferida [...] [lê] [...] de decisões judiciais proferidas segundo devido processo judicial regular”. (SL 712/MG – DJE de 28/08/2013).

Ora, se o órgão competente para exercer a excepcional figura de suspensão de segurança já afirmou tal entendimento, no sentido de que a suspensão de segurança não pode ser banalizada para imunizar as decisões dos juízes e tribunais deste país no exercício de sua jurisdição regular, como é que fica este egrégio Tribunal Federal, de tamanha importância nacional, que decide as maiores causas deste país em nível de segunda instância, em face do artifício da suspensão de segurança? É muito simples, basta que o Poder Público, como tem acontecido com frequência, atravesse um pedido de suspensão de segurança, enquanto o relator está prestes a apreciar o recurso regular e, então, inibe a jurisdição do relator, como inibirá, como se pretende aqui inibir a jurisdição do órgão colegiado. Pergunta-se: o que estamos fazendo aqui? Brincando de julgar? Isso é muito sério, não é uma simples brincadeira. Esclareça-se ainda que não possui amparo legal a expressão usada na decisão da Presidência deste Tribunal em busca de uma equivocada ultratividade de suspensão de segurança para o caso em exame, na compreensão de que “a decisão que defere o pedido de suspensão tenha eficácia até o trânsito em julgado da ação principal”, pois que a ação principal não transita em julgado, mas a possível sentença de mérito, que, no caso, foi prolatada por este Tribunal, não em grau de recurso, repito, mas do exercício de uma jurisdição originária. E daí por que não cabe apelação contra a decisão colegiada e originária da 5ª Turma, na espécie dos autos.

Conforme consignado na decisão por mim proferida, o julgado inicialmente prolatado pelo juízo singular e que foi objeto de impugnação na suspensão de liminar em destaque, já não mais subsiste, repita-se, ante a prolação da sentença por aquele mesmo juízo, declarando a extinção do processo sem resolução do mérito, do que resulta inequívoca prejudicialidade do incidente processual em referência a descaracterizar qualquer usurpação de competência do órgão jurisdicional competente, no caso, o relator, em decisão monocrática e a decisão colegiada da 5ª Turma, com o propósito de usurpar competência desta Corte Especial. Não. Exercemos a nossa jurisdição constitucional, e ainda que assim não fosse, tal circunstância não teria o condão de inibir a apreciação no âmbito da turma julgadora de

eventual pedido de antecipação de tutela recursal, na linha da fundamentação já constante da decisão por mim proferida, eis que distintos os pressupostos, como já vistos, jurídicos, em que se amparam os respectivos controles políticos na suspensão de segurança, e jurídicos no recurso de apelação.

Como visto, a decisão por mim adotada nestes autos, monocraticamente, fora devidamente substituída pela decisão colegiada da 5ª Turma na dimensão eficaz do art. 512 do CPC. Sobre a interpretação desse inteligente dispositivo legal, que, literalmente, diz: “A decisão do Tribunal substitui a decisão ou a sentença no que for objeto do recurso.”, interpretando esse dispositivo do art. 512, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

Processual Civil. Ação Rescisória. Acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, pelo qual foi reformada a decisão do 1º Tribunal de Alçada de São Paulo, que concluíra pela constitucionalidade do Decreto 2.601/73, do município de Jundiá, relativo à base de cálculo do IPTU. Impossibilidade jurídica do pedido, em face da regra do art. 512 do CPC, tendo em vista que a decisão impugnada fora substituída por acórdão proferido pelo STF, ao julgar embargos de divergência contra ela tempestivamente opostos. Processo extinto sem apreciação do mérito. (AR 1.112/SP- rel. Min. Ilmar Galvão - STF/ Pleno. Unânime. *Diário da Justiça* de 11/09/1992 – página 14.713).

No julgamento em referência, merece destaque a conclusão do voto do eminente Ministro revisor Moreira Alves, que assim se pronunciou:

A vingar a tese do autor no sentido de que, rejeitados os embargos de divergência, o acórdão embargado é que deve ser objeto da rescisória por ter sido confirmado pelo prolatado nesses embargos, teríamos que, em embargos infringentes — pela mesma razão —, se rejeitados, o acórdão suscetível de ser rescindido seria o da apelação, por ter sido a decisão prolatada nesta confirmada no julgamento desses embargos. Isso, obviamente, não é suscetível sequer de ser sustentado.

2) O Plenário desta Corte, ao julgar a Ação Rescisória 1.151 (RTJ 112/74, seguintes), relator o eminente Min. Alfredo Buzaid, já decidiu que, sendo atacado por meio de rescisória um acórdão que foi substituído em razão de recurso por outro contra o qual a mesma rescisória não se insurge, caracteriza-se a impossibilidade jurídica do pedido (impossibilidade essa, no presente caso, se configura porque não se pode alcançar a rescisão do substituto com a rescisão do substituído. No mesmo sentido fora a Reclamação 377/PR, STF Pleno, da relatoria do Min. Ilmar Galvão).

Portanto, como se vê, o processo, quando me foi submetido para apreciação originária de uma antecipação de tutela formulada pelo douto Ministério Público Federal, em instância originária, assim o encontrei, como uma causa madura e originariamente submetida à apreciação jurisdicional de minha relatoria e, portanto, essa jurisdição fora exercida com vistas no que dispõe o art. 515 e respectivo § 3º do CPC, com o propósito processual já concretizado de submetê-la, em tempo razoável, assim como o fora, à apreciação do órgão colegiado competente, que é a colenda 5ª Turma, a qual confirmou integralmente a nossa antecipação de tutela de natureza jurisdicional. Com todas as vênias aos doutos votos divergentes, entendo que não devo, em hipótese alguma, por razões meramente de conformação de natureza político-institucional, submeter-me à decisão jurisdicional de um órgão competente desta Corte, à decisão política deste Tribunal, e até porque, repito, a decisão da colenda 6ª Turma que confirmou a nossa decisão monocrática está submetida, mesmo em nível excepcional de suspensão de segurança, somente à competência absoluta da Presidência do Supremo Tribunal Federal. Com todas as vênias, qualquer decisão que se tome nesta Corte, entendo, com a devida vênia, estará não só atropelando o exercício da jurisdição da 5ª Turma deste Tribunal, mas, também, usurpando a competência da Presidência do Supremo Tribunal Federal.

Senhor presidente, concluo o meu voto dando provimento ao agravo.

### Voto-Vogal

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Senhor presidente, não obstante o voto brilhante do Des. Souza Prudente, que, enfrentando a questão de um mérito trazido, acho impossível dar continuidade ao julgamento sem se avaliar a questão processual. Efetivamente, o que se busca aqui é verificar a possibilidade de se manter a suspensão de segurança quando já julgada pela Turma, colegiado, a matéria, que estaria, então, absorvida a tal liminar, e esta não teria mais a sua eficácia.

O Des. Carlos Eduardo Moreira Alves tratou da questão, mas o seu entendimento foi acompanhando vossa excelência, deixando a premissa como mera ressalva. Eu entendo também neste mesmo sentido, que a suspensão de segurança não poderia se manter diante do julgamento da Turma. E verifico que o julgamento da Turma se deu em 16 de dezembro de 2013, ou seja, posterior à decisão de vossa excelência, a ora enfrentada em agravo regimental. No momento em que vossa excelência determinou a suspensão lastreado numa situação anterior, não havia julgamento ainda da Turma, do

colegiado. Portanto, entendo que não deva ultrapassar os limites do julgamento do colegiado, mas, *in casu*, há uma questão temporal, ou seja, a decisão de vossa excelência foi anterior a esse julgamento, e, portanto, eu não vejo agora como se manter o entendimento de que não seria possível essa ultra-atividade da suspensão de segurança, mesmo com a edição da Lei 12.016, uma vez que está expressamente previsto no § 9º do art. 4º da Lei 8.437.

Se o momento dessas decisões é invariavelmente distinto, não podendo, regra geral, conviver no mesmo processo ao mesmo tempo, a existência da liminar com uma sentença e com um acórdão pertinentes ao mesmo objeto de julgamento, então, não há a menor possibilidade de se fazer uma afirmação peremptória de que a suspensão de uma liminar perdurará até o trânsito em julgado da decisão final.

Tenho sempre me debatido na Corte com relação ao uso da suspensão de segurança como fórmula de atender a interesses outros que não aqueles previstos no ordenamento jurídico. E digo também que, sobre este aspecto, tem-se que, se não há mais medida liminar vigente, não devem existir também os efeitos da suspensão de segurança sobre ela anteriormente concedidos. E destaco aqui Cândido Dinamarco:

Cessando da eficácia da liminar quando a impetração venha a ser julgada por sentença, fica também prejudicada a medida presidencial suspensiva dos efeitos daquelas possíveis razões de interesse público, eventualmente capazes de impedir a imediata efetividade da tutela jurisdicional buscada pelo impetrante, não de ser postos em confronto com a sentença e seus fundamentos, não mais com a liminar, já que inexistente no mundo jurídico.

*In casu*, o colegiado da 5ª Turma, lançando mão do art. 515, § 3º, do CPC, convertendo-se em julgador originário, julgou a apelação, enfrentou o mérito e excluiu do mundo jurídico aquela liminar que foi objeto da suspensão de segurança anteriormente concedida. O que me faz refrear a esse entendimento é o fato de que esse julgamento se deu posteriormente à decisão de vossa excelência. E, neste sentido, não vi também sendo objeto do agravo regimental essa pretensão de revolver a decisão de vossa excelência pelo julgamento posterior à decisão de vossa excelência pelo colegiado. Com essas considerações, peço vênia ao Des. Souza Prudente e acompanho vossa excelência, por fundamentos diversos, pedindo vênia à divergência, não sem antes deixar consignado que, se essa decisão tivesse sido anterior, efetivamente essa suspensão de segurança não deveria prevalecer.

## Corte Especial

### Conflito de Competência 0068195-18.2013.4.01.0000/DF

Relator : Desembargador Federal Tolentino Amaral  
 Autor: Pablo Liasis Camacho Gonzales  
 Advogado: Dr. Wesley de Souza Oliveira  
 Ré: União Federal  
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
 Suscitante: Desembargador Federal da 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região  
 Suscitado: Desembargador Federal da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região  
 Publicação: e-DJF1 de 07/02/2014, p. 587

### Ementa

*Conflito de competência entre seções do Tribunal. Inscrição em programa governamental Mais Médicos. Requisitos do edital. Competência da Terceira Seção.*

I. A competência para processar e julgar os feitos que tratam sobre a inscrição de profissionais em programa governamental, *Mais Médicos*, em que se discutem normas editalícias, é da 3ª Seção, nos termos do art. 8º, § 3º, I, do RITRF1.

II. Matéria já resolvida pelas Turmas que integram a Terceira Seção (Precedentes: AI 0056764-84.2013.4.010000/DF; AI 0066476-98.2013.4.01.0000/DF; AI 0058287-34.2013.4.01.0000/DF).

III. Conflito de competência de que se conhece para declarar competente a S3, suscitada.

IV. Peças liberadas pelo relator, Brasília, 30 de janeiro de 2014, para publicação do acórdão.

### Acórdão

Decide a Corte, por unanimidade, conhecer do conflito e, por maioria, declarar competente a S3, suscitada.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 30/01/2014.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral:* — Por agravo protocolizado em 12/11/2013, Pablo Liasis Camacho Gonzales pediu, com efeito suspensivo ativo, a reforma do indeferimento da liminar, datado de 05/11/2013, pela MMª Juíza Federal Daniele Maranhão Costa, da 5ª Vara/DF, nos autos do MS 0064759-36.2013.4.01.3400 que ajuizou contra ato atribuído ao diretor de programas da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde do Ministério da Saúde, ao coordenador do Projeto Mais Médicos para o Brasil e do secretário de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, objetivando inscrever-se no programa *Mais Médicos*, indeferida em razão de limitação existente no edital do programa, que veda a participação de médicos de países em que o número

de médicos por cada mil habitantes seja inferior a 1,8, como o caso da Bolívia, seu país de origem.

Distribuídos os autos, em 13/11/2013, ao Des. Federal João Batista Moreira, integrante da T5/S3, S. Exa., por decisão datada de 21/11/2013, declinou da competência para a S4, ao entendimento de que a matéria de fundo da ação diz com exercício profissional da medicina por estrangeiros (art. 8º, § 4º, I, do RITRF1).

Redistribuídos os autos, em 26/11/2013, ao Des. Federal Novély Vilanova, integrante da T8/S4, S. Exa., por decisão datada de 04/12/2013, suscita conflito negativo de competência, ao entendimento de que a matéria de fundo está relacionada com a simples inscrição do agravante em programa governamental.

A PRR opina pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente o suscitado, S3.

Recebi os autos em Gabinete, em 17/01/2014, com parecer. Trago-os nesta assentada (30/01/2014).

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral:* — Eis alguns excertos da inicial do MS capazes de elucidar a questão:

O Impetrante possui nacionalidade boliviana, natural de Cocha Bamba, é filho de médico bem conceituado naquele País, e exerce a profissão de médico há um bom tempo como clínico geral e médico cirurgião, e como tal, atuou em vários hospitais daquele país, inclusive nos 3 (três) melhores, com destaque para o Hospital do Exército, conforme atestam os documentos inclusos.

Porém, não exerce mais a profissão de médico na Bolívia, uma vez que fixou residência e domicílio no Brasil, precisamente na Av. Felipe Salomão n. 979 – CEP 26087-050, Bairro Austin - Nova Iguaçu - RJ.

*Em 09/01/2013, casou-se com a Brasileira Gilmara da Silva Pereira, de forma que não voltará para a Bolívia.*

O Impetrante possui Cédula de Identidade de Estrangeiro de RNE: V890090-M, temporário, com validade até 24/02/2015, emitida pela República Federativa do Brasil, e já está cadastrado como pessoa física no Brasil referente ao CPF n. 062.254.807-73, e o processo de permanência definitiva já está em andamento.

Em 11/07/2013, efetuou sua pré-inscrição no Projeto “Mais Médicos para o Brasil” sob o n. 26459, porém, sem sucesso uma vez que teve a sua inscrição indeferida pelos Impetrados sob o argumento que o Impetrante era de origem boliviana, país com menos de 1,8 médicos por 1000 habitantes, o que feriria as normas do edital e prejudicaria a Bolívia, que ficaria com menos um médico para servir seus habitantes. (grifei)

Vê-se, então, que a questão posta em juízo não diz sobre o exercício profissional do impetrante, mas sobre a sua inscrição em programa governamental, com vedação para estrangeiros que sejam originários de países com menos de 1,8 médicos por habitante, norma editalícia.

Eis art. 8º do RITRF1, passando à seguinte redação:

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, Daniel Paes Ribeiro, Ângela Catão, Ítalo Mendes, Selene Almeida, Reynaldo Fonseca, Kassio Marques, Néviton Guedes e Olindo Menezes.

Art. 8º A competência das seções e das respectivas turmas, salvo orientação expressa em contrário, é fixada de acordo com as matérias que compõem a correspondente área de especialização.

[...]

§ 3º À 3ª Seção cabe o processo e julgamento dos feitos relativos a:

I – licitação, contratos administrativos e atos administrativos em geral não incluídos na competência de outra seção

[...]

§ 5º Os feitos relativos a nulidade e anulabilidade de atos administrativos serão de competência da seção a cuja área de especialização esteja afeta a matéria de fundo, conforme parágrafos anteriores.

§ 6º Para efeito de definição de competência, deverá ser levado em consideração, prioritariamente, o pedido; havendo cumulação de pedidos, prevalecerá o principal.

§ 7º Os feitos que versarem sobre multas serão da competência da seção que tratar da matéria de fundo. (grifei).

Pelo exposto, *conheço* do conflito para declarar competente a S3, suscitada.

É como voto.

### Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Senhor presidente, é uma situação peculiar, porque, na verdade, o que se pretende é a inscrição para fins de exercício de Medicina; mas, realmente, numa situação peculiar, porque foge à regra de inscrição em conselhos etc. Então, na verdade, acaba sendo realmente uma matéria de cunho administrativo na minha ótica de visão e, pela excepcionalidade dela, acompanho o eminente relator.

### Voto-Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Des Federal Daniel Paes Ribeiro:* — Senhor presidente, vou divergir do eminente relator, com a devida vênia, porque, efetivamente se trata de inscrição em conselho profissional. Todos os médicos que virão ou que já vieram participar desse programa têm que ser inscritos nos conselhos regionais de Medicina, que, inclusive, criaram a maior polêmica dizendo que não aceitariam essas inscrições. O Governo teve que ir à Justiça para que conseguisse inscrevê-los, eles não podem exercer a Medicina aqui sem a inscrição no conselho; portanto, a questão é inscrição em conselho profissional. Eu voto, então, pela competência da 4ª Seção.

## Retificação de Voto Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Senhor presidente, vou reconsiderar meu voto, porque vejo que o Regimento não fala só apenas em inscrição em registro, mas em exercício profissional. E obviamente essa inscrição que eles pedem é para fins de apresentação da documentação necessária ao exercício profissional, que, pelo que entendi do pedido que foi lido agora pelo Des. Luciano, substancia o objeto da impetração. Então, reconsidero meu voto, entendendo que se trata de pretensão que envolve o exercício profissional, dar pela competência da 4ª Seção.

## Voto-Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Acompanho a divergência.

## Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Senhor presidente, acompanho o relator, porque o que se está discutindo agora não é a inscrição no Conselho de Medicina. Isso vem depois, se eles forem admitidos no programa do Governo. Então, é uma questão diversa do exercício profissional. O exercício virá, se for o caso, mas esse não é o foco da questão. Então, com a devida vênia da divergência, acompanho o relator.

## Primeira Seção

### Conflito de Competência 0065410-83.2013.4.01.0000/RO

Relator: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado)  
 Autor: Nicolas Matias Souza (menor)  
 Advogados: Dra. Rejane Maria de Melo Godinho e outros  
 Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
 Suscitante: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Rolim de Moura/RO  
 Suscitado: Juízo de Direito da Comarca de Vilhena/RO  
 Publicação: e-DJF1 de 28/01/2014, p. 5

## Ementa

*Processual Civil. Previdenciário. Conflito negativo de competência. Juízo estadual. Mudança de domicílio após ajuizamento da ação. Alteração da competência. Impossibilidade. Art. 87 do CPC. Competente o suscitado.*

I. A teor do disposto no art. 87 do CPC, a fixação da competência territorial se dá no momento da propositura da ação, não sendo permitida a sua alteração, no curso da ação, quer seja por mudança de domicílio ou por vontade da parte, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural.

II. A mudança de domicílio do autor no curso da ação (fl. 56) não dá ensejo à alteração da competência fixada quando do seu ajuizamento.

III. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Rolim de Moura/RO, o suscitante.

## Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito de competência para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Rolim de Moura/RO, o suscitante.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 10/12/2013.

Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes, relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Rolim de Moura/RO (fls. 73-74), em face do Juízo de Direito da Comarca de Vilhena/RO, nos autos de ação ordinária previdenciária ajuizada em face do INSS.

O Ministério Público Federal apresentou parecer em que se manifesta pelo conhecimento do presente conflito a fim de ser declarado competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Rolim de Moura/RO, o suscitante.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes: — De conformidade com o entendimento firmado pela Súmula 689/STF, é prerrogativa do segurado da Previdência Social optar entre o juízo estadual da cidade onde tem domicílio, caso esta não seja sede de vara federal; o juízo federal que exerça jurisdição sobre sua cidade; ou, ainda, optar pelas varas federais da capital do respectivo estado (Precedente: AG 1999.01.00.068364-9/MG, DJ 29/07/2004, rel. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes, convocado).

A esse respeito, já se posicionou o Pleno do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO PROPOSTA POR SEGURADO CONTRA O INSS. ARTIGO 109, § 3.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA.

Em face do disposto no art. 109, § 3.º, da Constituição Federal, tratando-se de litígio contra instituição de previdência social, o ajuizamento da ação, se não ocorrer na Justiça Estadual, no foro do domicílio do segurado, pode ser feito tanto perante o juízo federal da respectiva jurisdição como perante as varas federais da capital do Estado-membro. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF, Tribunal Pleno, RE 293246/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02/04/2004, p. 13).

Há que se destacar que, a teor do disposto no art. 87 do CPC, a fixação da competência territorial se dá no momento da propositura da ação, não sendo permitida a sua alteração, no curso da ação, quer seja

por mudança de domicílio ou por vontade da parte, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural.

Nesse sentido, tomo como razões para decidir os fundamentos expostos no voto da lavra da Des. Federal Neuza Alves quando do julgamento do Conflito de Competência 65192-26.2011.4.01.0000/MT, *verbis*:

[...]Conforme preceitua a legislação processual em vigor, a fixação da competência territorial se dá no momento da propositura da ação, não sendo permitida a alteração desta, quer seja por mudança de domicílio ou por vontade da parte, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural, salvo quanto às exceções recepcionadas no art. 87 do Código de Processo Civil, conforme transcrito abaixo:

Art. 87 *Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.*

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. POSTERIOR MUDANÇA DE DOMICÍLIO DA AUTORA. IRRELEVÂNCIA. ARTIGO 87 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. A competência para julgar a presente ação não se modifica em virtude de posterior mudança de domicílio da postulante (art. 87 do CPC).

2. Conflito de competência conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito da Comarca de Jacuí/MG para processar e julgar o presente feito.

(REO 0001357-06.2008.4.01.3804/MG, Rel. Des. Federal Neuza Alves, Segunda Turma, e-DJF1, p. 475, de 19/11/2010).

Na hipótese, ainda que a autora resida em outra comarca, é defeso ao juiz declinar de ofício da competência em razão do território, por se tratar de competência relativa, somente modificável através de exceção de incompetência manejada pelo interessado, *in casu*, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Em face do exposto, conheço do presente conflito para declarar competente o Juízo de Direito da Vara do Crime e das Fazendas Públicas da Comarca de Aragarças – GO, o Suscitado.

Assim, a mudança de domicílio do autor no curso da ação (fl. 56) não dá ensejo à alteração da competência fixada quando do seu ajuizamento.

Isso posto, conheço do conflito de competência para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Rolim de Moura/RO, o suscitante.

É o meu voto.

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Néviton Guedes e Ney Bello e os Exmos. Srs. Juizes Federais Márcio Barbosa Maia e Cleber José Rocha (convocados).

## Primeira Seção

Numeração única: 0025500-30.2005.4.01.0000

Embargos Infringentes 2005.01.00.056761-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves  
 Embargante: Eunice Bareicha e outros  
 Advogados: Dra. Alessandra de La Vega Miranda e outros  
 Embargada: União Federal  
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
 Publicação: e-DJF1 de 15/01/2014, p. 31

### Ementa

*Processual Civil e Administrativo. Embargos infringentes. Reforma da sentença de mérito. Cabimento. Servidor. Transposição de cargos sob a égide da Constituição pretérita. Analista de finanças e controle. Critério de enquadramento. Aproveitamento do tempo de serviço. Cargo de nível médio. Possibilidade. Decreto 95.076/1987.*

I. A sentença de procedência reformada nesta Corte teve o aval do voto vencido exarado pelo relator, o Des. Federal Jirair Aram Meguerian, de forma que a hipótese em exame autoriza o manejo do recurso disciplinado no art. 530 do CPC.

II. A firme jurisprudência desta Corte e do STJ ter consolidado a compreensão de que, em verdade, o Decreto 95.076/1987 desbordou de sua função regulamentar ao exigir que a transposição dos cargos fosse feita com a observância da correlação entre os níveis de escolaridade para eles existente, de sorte que apenas os servidores que ocupassem cargos de nível superior pudessem ser transpostos para o cargo de analista de finanças e controle (questão incontroversa no caso em exame).

III. Assim, sendo possível a transposição do servidor que ocupasse cargo de nível médio para o cargo de analista de finanças e controle, bastando que ele fosse portador de diploma de nível superior, é de todo evidente que o tempo de serviço prestado nessa condição também poderia ser computado para fins de enquadramento.

IV. A restrição imposta às ora embargantes derivou de uma equivocada interpretação do art. 2º, § 2º, do Decreto 95.076/1987, que em momento nenhum restringiu a contagem do tempo de serviço na forma propugnada pela Administração.

V. Com efeito, o referido dispositivo trouxe a consignação de que o tempo de serviço a ser utilizado para a aferição dos novos posicionamentos dos servidores transpostos “será contado desde a data do ingresso do servidor até 23 de julho de 1987, sem qualquer dedução”.

VI. Visto, portanto, que a referida norma regulamentar não limitou a utilização do tempo de serviço apenas em cargo anterior de nível superior para fins de enquadramento no novo cargo com tal requisito, até porque se fosse essa a finalidade do legislador ele não teria se valido de uma redação ambígua e pouco clara que levasse a tal compreensão.

VII. Embargos infringentes providos.

### Acórdão

Decide a Seção, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 26/11/2013.

Desembargadora Federal Neuza Alves, relatora.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — Trata-se de embargos infringentes opostos por Eunice Bareicha e outra contra o v. acórdão de fls. 85-93, da Segunda Turma desta Corte, que, por maioria, deu provimento à apelação da União e à remessa oficial, julgando improcedente o pedido inicial, que visava fosse o tempo de serviço público por elas prestado em cargo de nível médio, computado para fins de enquadramento no novo cargo para os quais foram transpostas em razão das disposições contidas no DL 2.346/1987.

As embargantes se valem do recurso infringente para pleitear a reforma do julgado turmário, de modo que prevaleça a diretriz veiculada no voto vencido, confirmando-se a possibilidade de contagem do seu tempo de serviço prestado desde seu ingresso no serviço público, e não apenas do momento em que passaram a ocupar cargo de nível superior, para fins de enquadramento nas classes e padrões que consideram ter direito com tal sistemática, assegurada, segundo afirmam, em razão das disposições contidas no art. 2º do Decreto 95.076/1987, regulamentar do sobredito DL 2.346/1987.

Contrarrazões a fls. 119-125.

É o relatório.

## Voto<sup>\*</sup>

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — Compulsando detidamente o caso dos autos, verifico que os presentes embargos infringentes devem ser conhecidos e providos.

Em primeiro lugar, a sentença de procedência reformada nesta Corte teve o aval do voto vencido exarado pelo relator, o Des. Federal Jirair Aram Meguerian, de forma que a hipótese em exame autoriza o manejo do recurso disciplinado no art. 530, do CPC.

Quanto à questão de fundo nele tratada, a robustez das razões recursais está estampada no fato de a firme jurisprudência desta Corte e do STJ ter consolidado a compreensão de que, em verdade, o Decreto 95.076/1987 desbordou de sua função regulamentar, ao exigir que a transposição dos cargos ai disciplinada fosse feita com a observância da correlação entre os níveis de escolaridade para eles existente, de sorte que apenas os servidores que ocupassem cargos

de nível superior pudessem ser transpostos para o cargo de analista de finanças e controle.

A respeito, confirmam-se os seguintes precedentes (destaquei):

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DE NÍVEL MÉDIO. TRANSPOSIÇÃO PARA O CARGO DE ANALISTA DE FINANÇAS E CONTROLE, DE NÍVEL SUPERIOR. POSSIBILIDADE. DECRETO-LEI 2.346/87 E DECRETO 95.076/87. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O servidor público que preenche os requisitos legais, é portador de diploma de nível superior e foi aprovado em processo seletivo, tem direito à transposição para o cargo de Analista de Finanças e Controle independentemente de ser oriundo de cargo de nível médio, nos termos dos arts. 2º e 6º do Decreto-Lei 2.346, de 23/7/87.

2. O Decreto 95.076/87, como regulamento, ao exigir sejam os candidatos oriundos de cargo de nível superior para serem transpostos ao cargo de Analista de Finanças e Controle, extrapolou os limites do Decreto-Lei 2.346/87, que não previa referida exigência e constitui norma de hierarquia superior, que se situava, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, no nível de lei ordinária.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1011041/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 05/08/2008, DJe 29/09/2008.)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. TRANSPOSIÇÃO DO CARGO PARA ANALISTA DE ORÇAMENTO. DECRETO-LEI 2.347/1987. REQUISITOS. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO AFASTADA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL RECONHECIDA. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

[...]

3. Anterior à promulgação da Constituição Federal/88, o Decreto-Lei 2.347/87, ao criar cargos de Analista e Técnico de Orçamento, possibilitou a transposição e estes cargos, quando preenchidos, à época, os requisitos legais.

4. Consoante jurisprudência do Superior Tribunal, nos termos dos arts. 2º e 6º do Decreto-Lei 2.346/87, o servidor público que preenche os requisitos legais, é portador de diploma de nível superior e foi aprovado em processo seletivo, tem direito à transposição para o cargo de Analista de Finanças e Controle independentemente de ser oriundo de cargo de nível médio.

5. A correção monetária das diferenças pecuniárias deve ser calculada nos termos da Lei 6.899/81, a partir do vencimento de cada parcela.

6. A teor do artigo 4º da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, os juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Néviton Guedes e Ney Bello e os Exmos. Srs. Juizes Federais Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes e Márcio Barbosa Maia (convocados).

pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos não poderão ultrapassar o percentual de 6% (seis por cento) ao ano.

7. A correção monetária e os juros devem incidir na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21.12.2010. 8. Honorários de advogado fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação. 9. Apelação provida.

(AC 0032804-60.2008.4.01.3400 / DF, rel. Des. Federal Ângela Catão, Primeira Turma, e-DJF1, p. 13, de 26/07/2011.)

O caso em apreço, é bom que se registre, não trata propriamente da discussão acima relatada, visto que as embargantes já foram transpostas, sem nenhum problema quanto a isto, para o cargo de analista de finanças e controle.

Da mesma forma, não há controvérsia acerca da possibilidade de contagem do tempo de serviço anterior para fins de enquadramento nos níveis e classes do novo cargo, sendo restrita a discussão ao cômputo do tempo no cargo de nível médio.

Entretanto, a pertinência da remissão aos julgados supra decorre da constatação de que, sendo possível até mesmo a transposição do servidor que ocupasse cargo de nível médio para o cargo de analista de finanças e controle (de nível superior), bastando que ele portasse diploma de nível superior, é de todo evidente que o tempo de serviço prestado nessa condição também poderia ser computado para fins de enquadramento.

Com efeito, não se mostra razoável que o servidor possa ser beneficiado com a transposição de um cargo de nível médio para outro de nível superior (o mais), e não possa, por conta de uma equivocada interpretação da norma regulamentar, contar o tempo de serviço prestado no cargo antes ocupado para fins de enquadramento (o menos).

Enão é só, como antecipado no parágrafo anterior, a restrição imposta às ora embargantes derivou de uma equivocada interpretação do art. 2º, § 2º, do Decreto 95.076/1987, que em momento nenhum restringiu a contagem do tempo de serviço na forma propugnada pela Administração.

Com efeito, a inteligência do mencionado dispositivo é, *data venia*, por demais clara, no sentido

de que o tempo de serviço a ser utilizado para a aferição dos novos posicionamentos dos servidores transpostos “será contado desde a data do ingresso do servidor até 23 de julho de 1987, sem qualquer dedução”.

Assim, quando o referido dispositivo inicialmente separa os cargos de nível médio e superior, o faz apenas e tão só para explicitar a base inicial de cada um desses cargos para os quais os servidores foram transpostos.

Em suma, segundo a norma em apreço o deslocamento dos servidores transpostos para o cargo de nível médio será feito a partir da menor referência deste, e o dos servidores transpostos para o cargo de nível superior observará o mesmo critério, sendo operacionalizado com a base inicial da menor referência deste novo cargo que passarão a ocupar.

A norma regulamentar, portanto, não limitou a utilização do tempo de serviço apenas em cargo anterior de nível superior para fins de enquadramento no novo cargo com tal requisito, até porque se fosse essa a finalidade do legislador ele não teria se valido de uma redação ambígua e pouco clara que levasse a tal compreensão.

Repita-se, o art. 2º, § 2º, do Decreto 95.076/1987, estabeleceu expressamente a contagem para o fim em testilha desde a data do ingresso do servidor até 23 de julho de 1987 (sem qualquer dedução) — sendo a expressão por ele utilizada afeta às hipóteses de provimento originário no serviço público —, e não desde a data de anterior transposição do servidor que houvesse ingressado em cargo de nível médio e apenas depois ascendido para outro de nível superior.

Enfim, tratando-se de compreensão restritiva de direitos, ela somente pode estar ancorada em legislação que, *restritivamente interpretada*, chancela a sua prevalência, não sendo esta, como já visto, a hipótese dos autos.

Em face do exposto, conheço dos embargos infringentes e a eles dou provimento, ratificando a preponderância do voto vencido na assentada de 16/06/2004.

É o voto.

## Segunda Seção

### Mandado de Segurança Criminal 0053769-35.2012.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes  
 Impetrante: David Vanzella  
 Advogados: Dr. Gustavo Milharezi Mendonça e outros  
 Impetrado: Juízo Federal da 5ª Vara/MT  
 Interessada: Justiça Pública  
 Publicação: e-DJF1 de 16/01/2014, p. 49

### Ementa

*Penal. Mandado de segurança. Suspensão de plano de manejo florestal sustentável. Manutenção. Exercício de atividade econômica sob livre iniciativa. Autorização legítima de exploração de madeira. Submissão à fiscalização pelos órgãos competentes.*

I. O exercício de plano de manejo florestal sustentável não representa, necessariamente, a prática de ato delitivo. A autorização existe e, até onde se pode divisar, está válida e permite a exploração da madeira na área do impetrante, circunstância que afasta a justa causa para a interdição da sua atividade. Se houve desvios de finalidade, esses já ocorreram e não devem motivar, *ad aeternum*, a vedação da exploração da área.

II. Se o uso que faz da autorização de exploração de madeira é legítimo ou desvirtuado, o fato há que ser aferido dentro da dinâmica do seu uso, diante do exercício regular de fiscalização dos órgãos competentes, para permitir o controle de legalidade desses atos. Salvo casos especiais, devidamente justificados, não se deve impedir ou limitar o exercício da atividade econômica, que constitucionalmente é regida pelo princípio da livre iniciativa (art. 170).

III. Concessão do mandado de segurança.

### Acórdão

Decide a Seção conceder a segurança, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 08/01/2014.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — David Vanzella*, residente em Mato Grosso, impetra mandado de segurança contra ato da 5ª Vara Federal/MT, que, nos autos da ação penal 22562-53.2010.4.01.3600/MT, indeferiu a revogação de decisão que determinara a suspensão da sua atividade econômica, de execução do plano de manejo florestal 95740/2006, com a devolução dos autos do processo de licença ambiental respectivo, que foi apreendido no mesmo ato.

Sustenta que não pretende a autorização para a prática de ato ilegal ou criminoso, mas para retornar à sua atividade econômica de acordo com a autorização que tem e dentro do regime legal aplicável; que não existe poder geral de cautela, ante a ausência de previsão legal expressa, cujo exercício configure afronta ao sistema, contrariando a legalidade e a

presunção de inocência; e que, valendo-se a decisão para fundamentar a medida cautelar do art. 319, VI, do CPP, deveria demonstrar a existência do justo receio de que o exercício da atividade suspensa pudesse implicar nova prática delitiva, o que a torna sem fundamento e, assim teratológica.

Assinala que a decisão contraria acórdão desta Corte, em mandado de segurança impetrado por pessoa atingida pela mesma decisão, que entendeu não ser possível se decretar uma medida cautelar de restrição de direito sem um prazo determinado para a realização da perícia; que os documentos que embasam a decisão impetrada e serviram de fundamento à manifestação do Ministério Público Federal (laudo de vistoria 881/2011 – Setec/SR/DPF/MT e notas fiscais e guias florestais) não se encontram nos autos; e que a suspensão por prazo indeterminado, embora não configure uma pena, no sentido formal, o

é no sentido material, sem que para tanto tenha sido instaurado o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, devendo ser considerado que a medida já dura um ano e nove meses, sem que sequer tenha sido formada a eventual culpa do impetrante, que não foi denunciado no processo de fundo.

Processado o *writ* com liminar (fls. 1.372 - 1.373), e prestadas as informações, o órgão do Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Paulo Queiroz, opina pela concessão da segurança (fls. 1.432 - 1.439).

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — O mandado de segurança, ação especial de extração constitucional, visa à proteção de direito líquido e certo contra ato abusivo ou ilegal de autoridade pública, aí incluída a judicial, não podendo ser utilizada contra ato judicial contra o qual caiba recurso próprio.*

Na hipótese, como não cabe recurso do despacho que decretar a aplicação provisória da interdição da atividade econômica do impetrante (art. 374 – CPP), é de admitir-se a medida.

O incabimento do mandado de segurança impetrado contra ato judicial, contudo, não é absoluto, admitindo-se-o nas hipóteses em que se postula a suspensão dos efeitos de decisão lesiva ao direito líquido e certo do impetrante, até a revisão do julgado pelo juízo recursal próprio, e, ainda, contra a decisão manifestamente contrária à lei, teratológica, ou nos casos em que a impetração é de terceiro, que não foi parte no feito, embora devesse dele participar<sup>1</sup>.

Pretende o impetrante a imediata cessação da medida cautelar deferida na ação penal, para que seja ordenada a continuidade do exercício do Plano de Manejo 66.550/2008, bem como a devolução dos respectivos autos (do plano de manejo) e dos autos do processo referente à Licença Ambiental única (PEF) 95.470/2006 para a Secretaria de Meio Ambiente de Mato Grosso – Sema/MT.

A decisão atacada assinalou que a suspensão da exploração de madeira se deu pela necessidade

de manter as condições da área, para a realização de perícia pela autoridade policial; que, realizado o trabalho técnico, foram encontradas irregularidades na execução do plano de manejo, dando ensejo à abertura de inquérito contra o impetrante; e que

[...] revogar a medida cautelar para que o plano de manejo seja executado, seria o mesmo que permitir ao requerente, diante dos indícios de irregularidade no plano de manejo, não apenas a colheita dos frutos do crime, em tese, já cometido, mas o cometimento de novos delitos ambientais.

Ao deferir-se o pedido de liminar, foi proferida decisão no seguinte sentido (fls. 1.372 - 1.373):

[...]

O que se observa, neste momento, é que contra o impetrante há a alegação de que a execução do seu plano de manejo estaria sendo feita de forma irregular, apenas para acobertar a retirada de madeira de área indígena. Mas, o que se observa é que contra o impetrante não há nenhuma imputação, seja na ação penal onde deferida a medida cautelar (não há denúncia contra ele), seja em relação aos fatos que se lhe imputam ilegais.

Vistos os fatos por esse ângulo, parece evidente a falta de razoabilidade e de proporcionalidade da medida, sobretudo pelo seu caráter permanente, que impede a atividade econômica do impetrante, em detrimento da sua subsistência. O suposto exercício do plano de manejo não representa, necessariamente, a prática de ato delitivo. A autorização existe e, até onde se pode divisar, está válida e permite a exploração da madeira na área do impetrante, circunstância que afasta a justa causa para a interdição da sua atividade, com a devida vênia. Se houve desvios de finalidade, esses já ocorreram e não devem motivar, ad aeternum, a proibição da exploração da área.

Se contra o impetrante há a suspeita de exploração irregular de madeira a partir de um uso indevido do seu plano de manejo, o seu controle não deve se realizar por meio de decisão judicial penal, senão pela Administrativa, no exercício da sua autotutela, ou por decisão judicial específica e motivada.

Embora de grande barulho (e acústica) o inquérito policial (“operação”) aberto pela Polícia Federal, o fato é que, passados mais de um ano e nove meses, não há sequer denúncia oferecida (v.g.) contra o impetrante que, sem poder defender-se das imputações, porque ainda não instaurado o devido processo legal, vê-se impossibilitado da execução da sua atividade. Se o uso que faz da autorização de exploração de madeira é legítimo ou desvirtuado, o fato há que ser aferido dentro da dinâmica do seu uso, diante do exercício regular de fiscalização dos órgãos competentes, para permitir o controle de legalidade desses atos.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Italo Mendes e Mônica Sifuentes e os Exmos. Srs. Juízes Federais Marcus Vinicius Reis Bastos e Henrique Gouveia da Cunha (convocados).

<sup>1</sup> STJ, MS 9003/SP, rel. Min. Hamilton Carvalho, Corte Especial, julgado em 01/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 214.

Tal o contexto — possibilidade real de dano irreparável, ou de difícil reparação, pela visão que ora se tem do problema —, concedo a liminar, para, *si et in quantum*, suspender os efeitos da decisão impugnada e, por via de consequência, autorizar sejam restituídos ao impetrante o plano de manejo n. 95740/2006 e o processo de licença ambiental respectivo.

O parecer do Ministério Público Federal, ao opinar pela concessão da segurança, manifestou-se acerca da possibilidade de continuidade da execução do plano de manejo (fls. 1.436 - 1.438):

[...]

Não bastasse isso, o impetrante comprovou o seu direito líquido e certo a prosseguir em sua atividade econômica.

A uma, porque o Plano de Manejo nº 95.740/2006 acabou sendo aprovado pela Secretaria do Meio Ambiente (SEMA), embora isso tenha sido contestado pela polícia Federal, por meio do laudo de f. 1398/1423.

Entretanto, não pode o referido laudo, ratificado pelo juízo de origem, substituir, sem mais, a conclusão a que chegou a SEMA, seja porque o Poder Executivo, apresentado no caso concreto pelo Ministério do Meio Ambiente, é autônomo em relação aos demais poderes, seja porque o ato de aprovação do supramencionado Plano de Manejo só pode ser invalidado de ofício pela própria Administração ou por decisão judicial específica, seja porque não se verifica nos autos ilegalidade manifesta, uma vez que os analistas do Meio Ambiente não se limitaram a realizar uma análise meramente documental, mas também fizeram uma vistoria *in loco*, para concluir que a exploração da madeira na Fazenda Presidente Vargas estava sendo conduzida regularmente.

A duas, porque a suspensão de atividade econômica da empresa do impetrante, como medida cautelar (ação acessória e precária) que é (CPP, art. 319), tem como objetivo assegurar a aplicação da lei penal e, para tanto, visa à futura instauração de ação penal (ação principal), o que não ocorreu no caso dos autos, principalmente porque o impetrante não foi denunciado até o momento (f. 356/432).

A três, porque o transcurso de mais de 1 (um) ano e 9 (nove) meses sem que tenham sido apurados indícios suficientes de materialidade e autoria delitiva, a embasar uma denúncia contra David Vanzella, caracteriza constrangimento ilegal, por violação ao princípio da proporcionalidade.

Consequentemente, a constrição da atividade econômica do impetrante não pode durar indefinidamente, em desrespeito às garantias da presunção de inocência e da razoável duração do processo (CF, art. 50, LXXVIII).

E tampouco é possível manter a referida suspensão de direitos ao argumento de que “diante das conclusões constantes do laudo, foi instaurado o Inquérito policial nº 0881/2011-SR/DPF/MT, para fins de apurar o cometimento dos crimes tipificados nos arts. 299 e 304 do CP e nos arts. 66, 67, 69 e 69-A da Lei nº 9.605/98” (fls. 1396 - 1397).

É que, ao que tudo indica, essa nova investigação tem por objetivo justificar manutenção da medida cautelar, ao mesmo tempo em que é possível afirmar que houve arquivamento (indireto), em relação ao impetrante, que foi excluído da denúncia.

Logo, força é convir que, embora nada impeça a realização de outra apuração, com base em novos indícios de prática delituosa, ela deve ser realizada independentemente do exercício da atividade econômica do investigado, mesmo porque não ficou demonstrado no laudo pericial da Polícia Federal que David Vanzella, ao exercer livremente sua atividade empresarial de comércio de madeira, venha a fomentar a reiteração criminosa.

Finalmente, se isso vier a ocorrer, cabe à Polícia Federal, no curso desse inquérito, lavrar o respectivo auto de prisão em flagrante.

A decisão que deferiu a liminar está, pois, corretíssima quando assinalou (fl. 1373):

[...]

Cumprido, por conseguinte, deferir os pedidos da inicial do presente mandamus, confirmando-se a liminar de f. 1372/1373 que autorizou a restituição do plano de manejo e do processo de licença ambiental respectivos.

Cumprido registrar que a medida constritiva, suspensa pela concessão da liminar, fora deferida em 2010 e que, apesar de as informações prestadas pelo juízo impetrado apontarem a instauração de inquérito policial em desfavor do impetrante a partir da perícia realizada na área, não há nenhuma notícia de que tenha sido formada a sua eventual culpa, tampouco de que tenha sido denunciado no processo de fundo.

Tal o contexto, *concedo o mandado de segurança*, confirmando a liminar, em todos os seus termos.

É o voto.

## Segunda Seção

### Conflito de Competência 0036859-93.2013.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal I'talo Mendes  
 Autor: Ministério Público Federal  
 Procurador: Dr. Marco Aurélio Adão  
 Réu: Luís Gonzaga Pereira de Sousa  
 Suscitante: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Caxias/MA  
 Suscitado: Juízo Federal da 5ª Vara/MA  
 Publicação: e-DJF1 de 07/02/2014, p. 593

### Ementa

*Processo Civil. Conflito negativo de competência. Ação de improbidade administrativa. Criação e instalação de nova vara federal. Aplicação do princípio da perpetuatio jurisdictionis. Não alteração da competência territorial anteriormente firmada. Conflito de competência conhecido para declarar competente o MM. juízo federal suscitado.*

I. Tem aplicação à hipótese em comento o princípio da perpetuatio jurisdictionis, pois, tendo a competência sido fixada em conformidade com o art. 87, do Código de Processo Civil, é de se entender ter sido firmada a competência da vara federal do local onde foi proposta a ação. Aplicação de precedentes jurisprudenciais do egrégio Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal.

II. Não tratando a hipótese dos autos das exceções previstas na parte final do art. 87 do Código de Processo Civil, pois não se constata, no caso, nem supressão de órgão judiciário, nem, tampouco, alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia, e considerando-se ainda a circunstância de que a ação civil pública por improbidade administrativa tramitava perante o MM. Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão (fl. 3 dos autos digitais), verifica-se ser o caso de aplicação do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, pois o fato superveniente relativo à criação e instalação de nova vara federal não tem o condão de deslocar a competência do Juízo em que proposta a ação, sob pena de restar violado o princípio do juiz natural.

III. Em face do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, a criação e instalação de vara federal não altera a competência territorial anteriormente firmada.

IV. Verifica-se, portanto, que a competência para processar e julgar o processo objeto deste conflito de competência é do MM. Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, ora suscitado.

V. Conflito de competência conhecido, para declarar competente o MM. Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão.

### Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito, para declarar competente o MM. Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, ora suscitado.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 22/01/2014.

Desembargador Federal I'talo Mendes, relator.

### Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Mendes: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo Federal da Subseção Judiciária de Caxias/MA, por meio da decisão de fls. 65-69 dos autos digitais.

Faz-se importante consignar que, na acima mencionada decisão de fls. 65-69 (autos digitais), foi apontado, em resumo, naquilo que, *concessa venia*, vislumbro como essencial, que:

Trata-se de ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público

*Federal em face de Luiz Gonzaga Pereira de Sousa, em razão da suposta prática pelo(s) requerido(o) de atos qualificados de ímprobos.*

A presente Ação de Improbidade Administrativa foi distribuída inicialmente ao Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão em 29/01/2002, conforme termo de autuação de fls. 02.

Sentença proferida às fls. 527-532-v pelo referido Juízo.

Nos termos da decisão de fls. 534-537, por entender que em se tratando de ação civil pública cujo município de São Francisco do Maranhão encontra-se na localidade na Jurisdição desta Subseção de Caxias/MA e considerando os termos dispostos no art. 2º parágrafo único da Resolução PRESI-TRF1 600-10, de 13/03/2005, reconheceu e declarou a incompetência daquele Juízo e determinou a remessa dos autos a esta Subseção Judiciária de Caxias/MA.

Decido.

Compulsando os autos, verifico que a presente ação foi proposta inicialmente na Seção Judiciária de São Luis/MA, com distribuição à 5ª Vara e, posteriormente remetida a esta Subseção nos termos da decisão às fls. 534-537 onde se declarou a incompetência do juízo originário, *mesmo após proferida sentença, conforme fls. 527-532-v.*

Pois bem. Em que pese entendimento anteriormente manifestado por este juízo no sentido de que a redistribuição determinada pela instância superior com espeque na lei que criou o(s) novos(s) órgão(s) jurisdicional (is) - Lei n.º 10.772 de 21 de Dezembro de 2003 - qualifica-se como competência funcional, de natureza material, não se aplicando, por conseguinte, a regra do art. 87 do CPC, melhor examinando a questão, verifica-se a oportunidade de sua revisão.

É que, nada obstante os precedentes referenciados, colhidos da jurisprudência da E. Corte Regional, nova consulta veio a denotar não somente que o E. TRF já se manifestou de modo diverso (EDCC 2066.01.00.010788-2/GO, CC 200601000097480/GO e CC 200901000329530), como também, recentemente, o Colendo STJ pronunciou-se explicitamente acerca do tema, consoante expressa a ementa do julgado a seguir transcrito [...] (fls. 65/66 dos autos digitais)

Mais especificamente, o TRF da 1ª Região, nos autos do CONFLITO DE COMPETÊNCIA 0026117-14.2010.4.01.0000/MA (d), suscitado por este Juízo Federal da Subseção Judiciária de Caxias em face do Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão, em caso semelhante de Ação de Improbidade Administrativa, em decisão proferida pelo Desembargador FEDERAL OLINDO MENEZES, declarou competente o Juízo da 6ª Vara (fl. 67 dos autos digitais).

Diante deste quadro, impõe-se reconhecer a incompetência deste juízo e, por conseguinte,

suscitar conflito de competência na forma do art. 115, II c/c art. 118, I, ambos do CPC (fl. 69 dos autos digitais).

O d. Ministério Público Federal, às fls. 79-84 dos autos digitais, opinou, em resumo, [...] *“pela competência do Juízo Federal da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, ora suscitado”* (fl. 84 dos autos digitais).

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Italo Mendes*: — Cinge-se a questão discutida nos presentes autos em se definir qual o juízo competente para processar e julgar ação civil por atos de improbidade administrativa (fls. 4-25 dos autos digitais), que tramitava perante o MM. Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, ora suscitado (fl. 3 dos autos digitais).

De início, cumpre ressaltar que tem aplicação à hipótese em comento o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, pois, tendo a competência sido fixada em conformidade com o art. 87, do Código de Processo Civil, é de se entender, *data venia*, ter sido firmada a competência da vara federal do local onde foi proposta a ação.

Merecem realce, a propósito, os precedentes jurisprudenciais do egrégio Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal cujas ementas seguem abaixo transcritas e que, *concessa venia*, vislumbro como aplicáveis ao caso presente:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INSTALAÇÃO DE NOVA VARA POSTERIORMENTE AO INÍCIO DA AÇÃO PENAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 87 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ORDEM DENEGADA 1. A criação de novas varas, em virtude de modificação da Lei de Organização Judicial local, não implica incompetência superveniente do juízo em que se iniciou a ação penal. 2. O art. 87 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo penal, leva à perpetuação do foro, em respeito ao princípio do juiz natural. 3. Ordem denegada.

(STF – RHC nº 83181/RJ, relator Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado por maioria em 06/08/2003, publicado no DJ de 22/10/2004, p. 5.)

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes e Cândido Ribeiro e os Exmos. Srs. Juizes Federais Marcus Vinícius Reis Bastos, Alexandre Buck Medrado Sampaio e Henrique Gouveia da Cunha (convocados).

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROVIMENTO COGER Nº. 19/2005. INSTALAÇÃO DE NOVAS VARAS FEDERAIS. REDISTRIBUIÇÃO DOS FEITOS. PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL SUSCITADO.

I - Nos termos do art. 87 do Código de Processo Civil, a competência é fixada quando do ajuizamento da ação, só podendo ser alterada quando modificada em razão da matéria ou da hierarquia ou suprimido o órgão judiciário.

II - A criação e instalação de varas federais não altera a competência territorial anteriormente firmada, tendo em vista o princípio da perpetuatio jurisdictionis.

III - Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, o suscitado.

(TRF 1ª Região, CC nº 0043444-35.2011.4.01.0000/GO, rel. Des. Federal Mônica Sifuentes, 2ª Seção, julgado por unanimidade em 03/10/2012, publicado no *e-DJF1* de 25/10/2012, p. 22).

PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIAÇÃO E INSTALAÇÃO DE NOVA VARA FEDERAL. PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. NÃO ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL ANTERIORMENTE FIRMADA.

1. O Código de Processo Civil, em seu artigo 87, baseia-se no princípio da perpetuatio jurisdictionis, segundo o qual o feito deve permanecer no juízo de origem, salvo quando for suprimido órgão judiciário ou for alterada a competência em razão da matéria ou da hierarquia. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal.

3. Fato superveniente relativo à criação e instalação de nova vara federal não tem o condão de deslocar a competência do Juízo em que proposta a ação, sob pena de restar violado o Princípio do Juiz Natural.

4. Em razão do princípio da perpetuatio jurisdictionis, a criação e instalação de vara federal não altera a competência territorial anteriormente firmada.

5. Conflito de competência conhecido, para declarar competente o Juízo Federal de Palmas/TO.

(TRF 1ª Região, CC nº 0032358-33.2012.4.01.0000/TO, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 2ª Seção, julgado por unanimidade em

22/08/2012, publicado no *e-DJF1* de 26/09/2012, p. 12).

E, no caso, tem-se que o art. 87, do Código de Processo Civil estabelece que:

Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

Assim, não tratando a hipótese dos autos das exceções previstas na parte final do acima transcrito art. 87 do Código de Processo Civil, pois não se constata, no caso, nem supressão de órgão judiciário, nem, tampouco, alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia, e considerando-se ainda a circunstância de que a ação civil pública por improbidade administrativa tramitava perante o MM. Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão (fl. 3 dos autos digitais), verifica-se ser o caso de aplicação do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, pois o fato superveniente relativo à criação e instalação de nova vara federal não tem o condão de deslocar a competência do Juízo em que proposta a ação, sob pena de restar violado o princípio do juiz natural.

Tem-se, assim, que, em face do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, a criação e instalação de vara federal não altera a competência territorial anteriormente firmada.

Faz-se necessário ainda ressaltar que, no caso em comento, o d. Ministério Público Federal, em parecer da lavra do eminente Procurador Regional da República, Dr. Antônio Carlos Alpino Bigonha, opinou “[...] *pela competência do Juízo Federal da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, ora suscitado*” (fl. 84).

Verifica-se, portanto, *data venia* de eventual entendimento em contrário, que a competência para processar e julgar o processo objeto deste conflito de competência é do MM. Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, ora suscitado.

Diante disso, conheço do presente conflito negativo de competência, para declarar competente o MM. Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, ora suscitado.

É o voto.

## Terceira Seção

Numeração única: 0015903-08.2003.4.01.0000

Mandato de Segurança 2003.01.00.018420-8/AM

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves  
Impetrante: BMA Indústria e Comércio Ltda.  
Advogado: Dr. Cristiano Brito Alves Meira  
Impretado: Juízo Federal da 4ª Vara/AM  
Litiscorrente Passivo: Ministério Público Federal  
Procuradora: Dra. Denise Vinci Túlio  
Publicação: e-DJF1 de 13/01/2014, p. 28

### Ementa

*Processual Civil. Mandado de segurança. Impetração contra autoridade judiciária de primeiro grau, por suposta omissão relativa ao cumprimento de decisões anteriores em agravo de instrumento e em outra demanda mandamental. Pedido de restituição de bens a terceiro, proprietário dos mesmos.*

I. Mandado de segurança que, embora impetrado contra autoridade judiciária de primeiro grau, é proposto com pedido de suspensão de leilão de bens e restituição dos mesmos a seu proprietário, que não figura no polo ativo da impetração. Incidência, no caso, da vedação inscrita no art. 6º do Código de Processo Civil, segundo o qual ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

II. Pretensão, ademais, que não guarda relação imediata com suposta omissão por parte da ilustre autoridade judiciária de primeiro grau, tanto assim que, para justificar a impetração originária nesta Corte, a indicando no polo passivo da demanda mandamental, teve de se valer a impetrante de argumentação de que não se estaria dando devido cumprimento ao quanto decidido em Agravo de Instrumento 2002.01.00.036228-6 e em mandado de segurança anteriores, circunstância que, caso constatada sua ocorrência, deveria ser remetida à solução nos autos daquele recurso e da referida ação mandamental, sem dar margem para uma nova impetração, muito menos contra autoridade judiciária que não é a destinatária das decisões, mas só responsável por zelar e atuar pelo cumprimento das mesmas.

III. Processo julgado extinto, sem resolução de mérito, na forma do quanto disposto no art. 267, inciso VI e § 3º, do Código de Processo Civil.

### Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar extinto o processo, sem resolução do mérito.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 17/12/2013.

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, relator.

### Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Assim sumaria a causa a parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal, de pena ilustre do Dr. Augusto Aras:

BMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA impetra o presente mandado de segurança contra suposto ato omissivo do MM. Juízo Federal da 4ª Vara do Amazonas.

Alega, em síntese, que em virtude do deferimento de liminar em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, teve proibidas suas atividades comerciais de importação, exportação e desembarços aduaneiros, o que vigorou até a concessão de efeito suspensivo nos autos de agravo de instrumento n. 2002.01.00.036228-6.

Diz que tendo a autoridade coatora deixado de adotar providências para o fiel cumprimento do *decisum* exarado no aludido agravo de instrumento, foi obrigada a impetrar outro mandado de segurança,

distribuído por dependência, no qual a e. Relatora exarou a seguinte decisão:

“A própria administração reconhece, às fls. 160/161, que a impetrante regularizou a situação das mercadorias apreendidas, tendo retificado a Declaração de Importação e recolhido o valor de R\$ 238.865,02 (duzentos e trinta e oito mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e dois centavos) a título de IPI vinculado e II mais multa.

Do exposto, concedo a medida liminar requerida, determinando a liberação da mercadoria apreendida (Auto de Infração 0227600/00003/02), ficando, todavia, mantidos sob guarda da Inspetoria da Receita Federal, duas unidades de cada modelo de mercadoria apreendida para realização de perícia, se assim entender de realizar a i.magistrada”.

Alega, por fim, que as referidas mercadorias foram incluídas no rol de bens a serem leiloados pela Receita Federal em 18 de junho de 2003, contrariando as decisões judiciais proferidas.

Conclui formulando os seguintes pedidos:

“a) Concessão da medida liminar *inaudita altera parte* para que seja *SUSPENSO* o leilão dos *containers* de propriedade da IDM INTERNATIONAL LIMITED marcado para o dia 18 de junho de 2003 (amanhã), às 9:00 horas;

b) Que seja determinada a devolução destes *containers* ao seu legítimo proprietário, OU SEJA A IDM INTENA TIONAL LIMITED, vez que os mesmos sequer ultrapassaram a Zona Primária;

c) Seja Oficiada com urgência as autoridades responsáveis pelo Leilão, no telefones: 092-234-5481; 215-2953 e 215-2951;

d) Na forma dos artigos 7º e 10º da lei n.º 1.533/51, seja notificada a autoridade Impetrada, no endereço acima descrito, para, querendo, prestar as informações, no prazo legal, intimando-se o douto Ministério Público;

e) Seja finalmente, depois de cumpridas as formalidades legais, julgado PROCEDENTE o pedido da Impetrante, tornando-se definitiva a liminar concedida, para que a Impetrante de forma definitiva possa praticar quaisquer atos de administração que resulte em importação, exportação de produtos ou desembaraço aduaneiro, devolvendo as mercadorias ao seu legítimo dono.” (fls. 14 - 15)

A liminar foi concedida, determinando-se “[...] a suspensão do leilão das mercadorias contidas nos contêineres PONU 144.902-8; PONU 135.971-0 e PONU 133.312-5” (fl. 85).

Em manifestação de fls. 116 - 123, da lavra da ilustre Procuradora Regional, Dra. Denise Vinci Túlio, esse parquet opinou para que fosse intimado o representante ministerial no Amazonas para se manifestar na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

A fl. 2111, foi determinado ao impetrante promover a citação do Ministério Público Federal, na condição de litisconsorte passivo necessário, sob

pena de arquivamento, o que foi requerido à fl. 215 e determinado à fl. 217.

Após, foi encaminhado a essa Procuradoria Regional da República o Mandado de Citação n. 274/2005 (fl. 222) e, posteriormente, os autos, tendo o ora subscritor apresentado resposta, apontando, entre outras, a irregularidade da citação, eis que deveria ser dirigida ao Ministério Público Federal na primeira instância, o que foi determinado à fl. 235.

O Ministério Público Federal, então, apresentou contestação às fls. 239 - 246, juntando aos autos os documentos de fls. 247 - 334, na qual sustenta não ter sido, a contra-fé, acompanhada de todos os documentos que instruíram a inicial, bem assim a ilegitimidade passiva da autoridade coatora. No mérito, defende que “o leilão de mercadorias cuja pena de perdimento foi aplicada pela autoridade fiscal competente é medida prevista na legislação aduaneira” (fl. 243) (fls. 347 - 350).

A essa manifestação sobrevieram informações prestadas pela eminente autoridade judiciária de primeiro grau a propósito da ação civil pública que deu margem à impetração, as quais se fizeram acompanhar de relatório sobre a respectiva movimentação e de cópia de decisão nela proferida (fls. 362 - 368), e petição da Drª. Naila de Araújo Quintanilha, à fl. 373, noticiando a renúncia de mandato, com base no disposto no art. 45 do Código de Processo Civil,

[...] em virtude de desligamento do escritório jurídico Silveira, Ribeiro e Advogados Associados, o qual prossegue patrocinando a lide versada nestes autos, por meio dos integrantes do aludido escritório.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Do referido pronunciamento do Ministério Público Federal, destaco ainda a seguinte passagem:

Vê-se que a petição inicial há de ser indeferida por inépcia (art. 490, I, do CPC), tendo em vista que da narração dos fatos não decore logicamente o pedido. O impetrante, apesar de se voltar contra suposta omissão de juiz federal, não aponta, em nenhum momento, qual seria o ato que deveria ter sido praticado e não o fora.

Além disso, o pedido formulado é para que sejam devolvidos os bens para a empresa IDM INTERNATIONAL LIMITED, que não é parte na lide nem é beneficiária de decisão judicial.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais João Batista Moreira, Kassio Marques e Jirair Aram Meguerian.

O ato hostilizado no presente *mandamus* não pode ser atribuído ao Juiz Federal que preside a ação civil pública manejada contra a empresa, eis que se trata, na verdade, de atos administrativos praticados por autoridades alfandegárias consistentes no encaminhamento de determinados bens a leilão, bem como no indeferimento do pedido de que fossem restituídos à proprietária (IDM INTERNATIONAL LIMITED), em Hong Kong.

Assim, como não existe ação ou omissão ilícita imputável ao Juiz da causa, e, sim, de autoridade administrativa, revela-se tanto a ilegitimidade passiva da autoridade quanto, por esse mesmo motivo, a própria incompetência originária do Eg. TRF – 1ª Região para apreciar a lide, uma vez que o seu conhecimento está afeto à jurisdição de primeira instância, nos termos do art. 109, I, da CF.

Não bastasse, dispõe o art. 3º, do CPC, que para propor ou contestar ação é preciso ter interesse e legitimidade, enquanto o art. 6º, do mesmo diploma legal, dispõe que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Nesse sentido, é a própria impetrante quem confessa, na inicial, que as mercadorias em risco de serem leiloadas pertencem à empresa IDM INTERNATIONAL LIMITE, a quem deveriam ser devolvidas, afirmando, inclusive, que:

“Vê-se, sem sombra de dúvidas, que de fato a IDM INTERNATIONAL LIMITED está sendo violada em seu universal direito de propriedade, o que de certa forma justifica seu inconformismo e a dificuldade de relacionamento imposta à impetrante” (fl. 10).

Como não é dado à impetrante pleitear, em nome próprio, direito da INTERNATIONAL LIMITED, ainda que tenha interesse mediato no deslinde da controvérsia, faltando-lhe, pois, a necessária legitimação para ocupar o polo ativo do presente *mandamus*, que há de ser extinto, por isso, sem julgamento do mérito, por carência de ação.

De mais a mais, o pedido definitivo não encontra suporte na causa de pedir exposta na inicial.

Vê-se que a impetrante pretende o cumprimento da decisão exarada no auto do AG 2002.01.00.036228-6, interposto contra a decisão exarada no auto do AG 2002.01.00.036228-6, interposto contra a decisão que deferiu a liminar pleiteada pelo Ministério Público Federal nos autos do MS 2002.01.00.043648-5, resultando a

inadequação da presente via, já que tal pretensão deveria ter sido pleiteada diretamente naquele feito” (fls.350 - 351).

De fato, a pretensão deduzida na impetração, de que sejam restituídos a seu legítimo proprietário, IDM *International Limited*, *containers* que se afirma seriam leiloados em 18 de junho de 2003, além de deixar clara postulação, em nome próprio, de direito alheio, defesa à luz do disposto no art. 6º do Código de Processo Civil, não guarda qualquer relação imediata com a suposta omissão da ilustre autoridade judiciária de primeiro grau, tanto assim que, para justificar a impetração originária nesta Corte, a indicando no pólo passivo da demanda mandamental, teve de se valer de argumentação de que não se estaria dando devido cumprimento ao quanto decidido no Agravo de Instrumento 2002.01.00.036228-6 e no Mandado de Segurança 2002.01.00.043648-5, circunstância que, constatada sua ocorrência, deveria ser levada à solução nos autos daquele recurso e da referida ação mandamental, sem dar margem a uma nova impetração, muito menos contra autoridade judiciária que não é a destinatária das decisões, mas só responsável por zelar e atuar pelo cumprimento das mesmas. O que se verifica, em verdade, e bem observou o Ministério Público Federal, é o ataque e pretendida reparação de ato praticado por autoridades aduaneiras, assim agentes administrativos, sujeito a controle judicial junto à jurisdição de primeiro grau, e não a mandado de segurança originário nesta Corte, impetrado sem especificação de ato omissivo da autoridade judiciária indicada coatora capaz de autorizá-la.

Qualquer, pois, que seja a ótica de visão, se mostra incabível o presente mandado de segurança, com a finalidade para a qual se destina, razão por que julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, o fazendo com base no quanto disposto no art. 267, inciso VI e § 3º, do Código de Processo Civil. Custas pela impetrante.

É como voto.

## Terceira Seção

Numeração única: 0002894-37.2007.4.01.0000

Embargos de Declaração na Ação Rescisória 2007. 01.00.003290-4/DF

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves  
 Embargantes: Edi Maria Ribeiro e outros  
 Advogados: Dra. Rosana Ribeiro Jácome e outros  
 Embargada: Caixa Econômica Federal – CEF  
 Advogados: Dra. Roberta Lima Vieira e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 07/02/2014, p. 595

### Ementa

*Processual Civil. Embargos declaratórios. Acórdão omisso a propósito da questão prejudicial de decadência que, por envolver matéria de ordem pública, há de ser examinada independentemente de provocação das partes.*

I. Na linha de orientação jurisprudencial assente a propósito, caracteriza-se omissão a ausência de deliberação a propósito de questões de ordem pública, como ocorre em relação à decadência do direito à propositura de ação rescisória.

II. Transitado em julgado o acórdão rescindendo em abril de 2001, exaurido o prazo decadencial de dois anos quando da propositura da demanda rescisória, em fevereiro de 2007.

III. Embargos de declaração acolhidos, com atribuição de modificativos efeitos, para julgar extinto o processo, com base no disposto nos arts. 269, inciso IV, e 495 do Código de Processo Civil.

### Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, acolher os embargos de declaração.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 28/01/2014.

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: —* Edi Maria Ribeiro, Euclério Linjarde e Telma Júlia do Nascimento Salviano Gomes manifestam embargos declaratórios a v. acórdão desta Terceira Seção, de que fui relator, cujas razões foram sintetizadas na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANOS “BRESSER” (JUNHO DE 1987), “COLLOR I” (MAIO DE 1990) e “COLLOR II” (FEVEREIRO DE 1991).

1. Orientação jurisprudencial da Corte, na linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, nas demandas rescisórias que cuidam da incidência dos denominados expurgos inflacionários nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, a discussão diz com matéria de natureza constitucional, sendo por isso

mesmo inaplicável o enunciado na súmula 343 da jurisprudência predominante na Suprema Corte.

2. Matéria constitucional deliberada pelo Pretório Excelso, que concluiu pela inexistência de direito adquirido a diferenças de índices de correção monetária em relação aos planos “Bresser” (junho de 1987), “Collor I” (maio de 1990) e “Collor II” (fevereiro de 1991).

3. Ação rescisória julgada procedente (fls. 301).

Diz omisso o acórdão a propósito da questão decadencial, chamando à luz julgado do eg. Superior Tribunal de Justiça no sentido de impor-se sua apreciação, independentemente de provocação das partes, por se cuidar de matéria de ordem pública, suscetível de exame de ofício pelo juiz.

Intimada para manifestação, houve apresentação de resposta, pela embargada, às fls. 318-319.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — De fato, na esteira de orientação jurisprudencial assente a propósito, a prejudicial de decadência envolve questão de ordem pública e, assim, suscetível de exame independentemente de provocação das partes, deve ser declarada, mesmo de ofício, quando efetivamente ocorrida. O aresto embargado realmente deixou sem exame a matéria, porque em momento algum suscitada pelos réus, ora embargantes, razão por que, na esteira do precedente no qual se sustentam as razões dos embargos declaratórios, passo à análise da mesma.

A peça inicial de fls. 2-27 põe a mostra que o julgado objeto do pedido de rescisão é o acórdão desta Corte Regional reproduzido por fotocópia às fls. 150-161, relativo ao processo de conhecimento proposto junto ao Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal (95.0018353-6/DF), o qual, confirmando, no particular, sentença de procedência da pretensão deduzida na lide, manteve a condenação da Caixa Econômica Federal, ora autora, ao pagamento de diferenças pertinentes a expurgos inflacionários verificados em relação aos meses de junho de 1987, janeiro de 1989, abril e maio de 1990 e janeiro de 1991. Os documentos juntos por cópia às fls. 192-193, em confronto com as anexas informações processuais,

deixam ver que a última das decisões nele proferidas foi a negativa de seguimento ao recurso extraordinário interposto, com o respectivo trânsito em julgado em 30 de abril de 2001. Proposta a lide rescisória em 2 de fevereiro de 2007, como mostra o registro de protocolo de fl. 2, se operou efetivamente a decadência, por ultrapassado o prazo de dois anos estabelecido pelo art. 495 do Código de Processo Civil.

É certo que na mesma peça inaugural, à fl. 4, a autora lança a afirmação de que o acórdão rescindendo transitou em julgado aos 2 de março de 2006, mas tal colocação não se faz correta, porquanto o aresto que transitou em julgado na referida data, como igualmente mostram anexas informações sobre a movimentação processual, foi o prolatado em relação ao julgamento dos embargos opostos à execução. Não se confunde ele, evidentemente, com o julgado objeto do pedido de rescisão, nem tem o condão, porque limitado às questões inerentes ao cumprimento da condenação, de reabrir a fluência do prazo decadencial, aliás, àquela altura já exaurido.

Em tais condições, sanando a omissão, acolho os embargos de declaração e, lhes atribuindo efeitos modificativos, julgo extinto o processo, com base no disposto nos arts. 267, inciso IV, e 495 do Código de Processo Civil, e condeno a autora, em razão da sucumbência, no pagamento de honorários advocatícios que arbitro em R\$ 1.000,00 (mil reais).

É como voto.

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e os Exmos. Srs. Juízes Federais Hind Ghassan Kayath e Carlos Eduardo Castro Martins (convocados).

## Quarta Seção

### Ação Rescisória 0063389-08.2011.4.01.0000/MG

Relator : Desembargador Federal Novély Vilanova  
 Autora: União (PFN)  
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
 Ré: Associação de Integração Social de Itajuba – Aisi  
 Réus: Gilberto Faria de Azevedo e outro  
 Advogada: Dra. Juliane Vargas  
 Publicação: e-DJF1 de 28/01/2014, p. 5

## Ementa

*Ação rescisória. Embargos à execução fiscal. Verba honorária. Inexistência de violação ao art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.*

I. A ação rescisória é adequada para postular a rescisão do ato judicial no capítulo em que fixou a verba honorária porque: “A sentença pode ser rescindida, ou dela só se pedir a rescisão, em determinado ponto ou em determinados pontos. Por exemplo: somente no tocante à condenação às despesas”. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

II. Não viola o art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, a fixação da verba honorária no percentual de 15% sobre o valor da execução porque, julgados totalmente procedentes os embargos do devedor, a sentença constitutiva tem por valor da condenação o montante do crédito objeto da execução fiscal. Precedente do TRF 1ª Região na AC 2006.34.00.037615-5/DF, r. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, 8ª Turma.

III. Ação rescisória julgada improcedente.

## Acórdão

A Seção, por unanimidade, *rejeitou o pedido* da ação rescisória.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 23/10/2013.

Desembargador Federal *Novély Villanova*, relator.

### Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Novély Villanova*: — A União ajuizou ação rescisória do acórdão proferido na Apelação Cível 2001.01.99.040921-6/MG, r. Maria do Carmo Cardoso, 8ª Turma deste Tribunal, na parte em que manteve a verba honorária de 15% sobre o valor da execução fixada na sentença de integral procedência dos embargos à execução fiscal (fls. 557 - 8 e 577 - 91).

Alegou que,

[...] *na hipótese dos autos, em que a expressão econômica da lide, traduzida no valor da execução fiscal embargada, revela-se vultosa, a equidade reclamada pelo § 4º do art. 20 do CPC implica sejam os honorários advocatícios estabelecidos em quantia certa.*

E pediu

[...] *a rescisão do acórdão impugnado para que, em novo julgamento, seja reduzida a verba honorária fixada na ação rescindenda, em conformidade com o preconizado no art. 20 do CPC, em especial nos seus parágrafos 3º e 4º, arbitrando-a, preferencialmente, em quantia certa [...]* (fls. 1 - 21).

Os réus contestaram arguindo a preliminar de falta de interesse processual porque na execução da verba honorária fixada pelo acórdão rescindendo a autora/executada concordou expressamente com o valor da memória do cálculo. No mérito, sustentaram a legalidade da verba honorária fixada sobre o valor da execução extinta pelos embargos do devedor (fls. 520 - 6).

Não havendo necessidade de produção de prova em audiência, procede-se ao julgamento da lide (CPC, art. 330).

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Novély Villanova*: — *Preliminar*. A ação rescisória é adequada para postular a rescisão de sentença no capítulo em que fixou a verba honorária de “15% sobre o valor da execução fixada” porque:

*A sentença pode ser rescindida, ou dela só se pedir a rescisão, em determinado ponto ou em determinados pontos. Por exemplo: somente no tocante à condenação às despesas”* (cf. Giuseppe Chiovenda, *La Condanna nelle spese giudiziali*, nº 400 e 404), (Pontes de Miranda, op. cit., p. 174). Precedentes do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido: REsp nº 886.178/RS, Corte Especial, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2/12/2009; AR 977/RS, Terceira Seção, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 12/3/2003; REsp 894.750/PR, Primeira Turma, rel. Min. Denise Arruda, julgado em 23/09/2008. Precedentes em sentido contrário: AR 3.542/MG, Segunda Seção, rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 14/4/2010; REsp 489.073/SC, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6/3/2007.

*Juízo rescisório*. Acolhidos os embargos à execução fiscal, a Fazenda Pública ficou vencida, caso em que a verba honorária é fixada consoante apreciação equitativa do juiz, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, não sendo necessariamente em quantia certa. Não viola essa norma legal a fixação dessa verba em 15% sobre o valor da execução, considerando o trabalho do advogado e o tempo decorrido. De qualquer modo, cumpre observar que, acolhidos esses embargos, a

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tolentino Amaral e Reynaldo Fonseca e os Exmos. Srs. Juizes Federais Rafael Paulo Soares Pinto, Clodomir Sebastião Reis e Rodrigo de Godoy Mendes (convocados).

base de cálculo para a fixação desse encargo é o valor da execução.

Nesse sentido decidiu o TRF 1ª Região na AC 2006.34.00.037615-5/DF, r. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, 8ª Turma:

[...]

3. Nos embargos à execução não há sentença condenatória, mas declaratória, se improcedentes, ou constitutiva negativa, se procedentes. Assim, os honorários advocatícios deverão ser fixados

mediante apreciação equitativa do juiz (art. 20, § 3º, a, b e c, e § 4º, do CPC).

4. A base de cálculo para a fixação dos honorários advocatícios é o excesso de execução. Precedente do STJ.

#### Dispositivo

*Rejeito o pedido. A autora pagará verba honorária de R\$ 5 mil (CPC, art. 20, § 4º: causa sem condenação em que foi vencida a Fazenda Pública).*

## Quarta Seção

Numeração única: 0026640-45.2009.4.01.3400

Embargos Infringentes 2009.34.00.027154-5/DF

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral  
Embargante: Fazenda Nacional  
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
Embargados: Bruno Melo Barjud e outros  
Advogados: Dr. Geraldo Marcone Pereira e outros  
Publicação: e-DJF1 de 07/02/2014, p. 604

## Ementa

*Tributário. Processual Civil. Mandado de segurança. Plano de demissão incentivada. Previsão normativa expressa de “indenização por tempo de serviço” (percentual por ano trabalhado). IRRF: não incidência. Ausência de mera liberalidade. Precedentes da S1 do STJ, sob o rito do art. 543-C/CPC.*

I. A divergência se limita, no caso, à incidência ou não do IRRF sobre verba paga, em rescisão sem justa causa, por preceito enumerado em “plano de incentivo à saída” (adveniente de reestruturação organizacional), a título de “indenização por tempo de serviço”, correspondente a 0,30% do salário por ano trabalhado (entre os valores mínimo/máximo de 1,5 e 6 salários mensais).

II. Tratando-se de verba rescisória trabalhista paga, em demissão sem justa causa, sem a nota da mera liberalidade (graciosidade), pois advinda, em verdade, de previsão normativa anterior contida no plano de desligamento incentivado (item 2.4, c: indenização por tempo trabalhado), tem-se não incidente o IRRF, consoante entende o STJ, em precedentes hauridos sob o signo do art. 543-C/CPC, e que, por tal, ostentam especial eficácia impositiva a impor ou a mais do que muito aconselha sua adoção aos casos análogos (os quais a T2, ao julgar o REsp 1.241.470/PR, evocou: REsp1.112.745/SP e 1.102.575/MG).

III. Embargos infringentes não providos.

IV. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 29 de janeiro de 2014, para publicação do acórdão.

## Acórdão

Decide a Seção *negar provimento* aos embargos infringentes por unanimidade.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 29/01/2014.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — EIAC da FN-ré contra acórdão majoritário da T8/TRF1, rel. p/acórdão Juiz Federal Francisco Neves da Cunha, vencido o Juiz Federal Cléber José Rocha, que, dando provimento à apelação dos impetrantes, e negando provimento à apelação da FN e à remessa oficial, concedeu a segurança, afastando o IRRF sobre verbas trabalhistas pagas em rescisões sem justa causa em plano de demissão incentivada, em tal entendimento incluindo, além das reconhecidas pela sentença (aviso-prévio indenizado, férias [vencidas e proporcionais a vencer, mais o terço] indenizadas), também a “indenização por tempo de serviço” (de 0,30% do salário por ano trabalhado).

O voto vencedor foi no sentido de que as verbas rescisórias, nas extinções sem justa causa, mesmo pagas por liberalidade, afastam o IRRF:

*[...] as verbas pagas a título de liberalidade pelo empregador, quando da rescisão do vínculo empregatício, sem justa causa, possuem caráter indenizatório, por configurarem uma compensação pela perda do emprego, não se sujeitando, por conseguinte, à incidência de imposto de renda.*

O voto vencido, que denegava a segurança, consignou, em suma, que incide IRRF sobre a verba trabalhista paga por liberalidade:

[...]

A verba objeto de discussão nos autos foi paga apenas por estarem os empregados demitidos na situação prevista no item 2.4 do Programa de Indenização à Saída no Processo de Reestruturação Organizacional e não foi paga por opção dos empregados, nem por eventual adesão ao plano.

[...] foi paga por mera liberalidade da empresa, porque não é caso de estabilidade no emprego e nem outra situação de exclusão do direito potestativo de a empresa rescindir unilateralmente o contrato de trabalho.

Nesse ponto, ainda porque defendida tese em sentido contrário pelos impetrantes/apelantes, a verba paga por mera liberalidade da empresa, quando da demissão do empregado, não tem natureza indenizatória.

A FN pede a prevalência do voto vencido.

Com contrarrazões, sem fatos novos.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — A divergência se limita, no caso, à incidência ou não do IRRF sobre verba paga, em rescisão sem justa causa, por preceito enumerado em “plano de incentivo à saída” (adveniente de reestruturação organizacional), a título de “indenização por tempo de serviço”, correspondente a 0,30% do salário por ano trabalhado (entre os valores mínimo/máximo de 1,5 e 6 salários mensais).

Tratando-se, pois, de verba rescisória trabalhista paga, em demissão sem justa causa, sem a nota da mera liberalidade (graciosidade), pois advinda, em verdade, de previsão normativa anterior contida no plano de desligamento incentivado (f. 28: item 2.4, c), tem-se não incidente o IRRF, consoante entende o STJ, em precedentes hauridos sob o signo do art. 543-C/CPC, e que, por tal, ostentam especial eficácia impositiva a impor ou a mais do que muito aconselha sua adoção aos casos análogos (os quais a T2, ao julgar o REsp 1.241.470/PR, evocou); é ler-se, a contrário senso:

[...] TRIBUTÁRIO. [...]. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA SOBRE A VERBA RESCISÓRIA [...] “SEVERANCE PACKAGE”, PAGA POR LIBERALIDADE DO EX-EMPREGADOR.

[...]

2. A S1, por ocasião do julgamento dos REsp’s 1.112.745/SP e 1.102.575/MG, [...], submetidos ao regime de que trata o art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento de que, na rescisão do contrato de trabalho, as verbas pagas espontaneamente ou por liberalidade do ex-empregador são aquelas pagas sem decorrer de imposição de nenhuma fonte normativa prévia ao ato de dispensa (incluindo-se aí Programas de Demissão Voluntária - PDV e Acordos Coletivos), dependendo apenas da vontade do empregador e excedendo as indenizações legalmente instituídas. Sobre tais quantias a jurisprudência é pacífica no sentido da incidência do imposto de renda. [...].

Pelo exposto, *nego provimento* aos embargos infringentes.

É como voto.

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Reynaldo Fonseca e Novély Vilanova e os Exmos. Srs. Juizes Federais Roberto Carvalho Veloso e Rodrigo de Godoy Mendes (convocados).

## Primeira Turma

Numeração única: 0006398-30.1989.4.01.3800

Apelação Cível 89.00.04924-0/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes  
Apelantes: José Soares Borges Filho e outro  
Advogado: Dr. Wander da Silva Cardoso  
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Publicação: e-DJF1 de 21/01/2014, p. 97

### Ementa

*Processual Civil e Previdenciário. Art. 112 da Lei 8.213/1991. Possibilidade de habilitação incidental dos sucessores do segurado falecido. Desnecessidade de abertura de inventário para o levantamento de parcelas previdenciárias depositadas em conta-corrente de titularidade do segurado.*

I. A fim de facilitar o recebimento de prestações previdenciárias não recebidas em vida pelo segurado, a Lei 8.213/1991, em seu art. 112, atenuou os rigores da lei civil para dispensar a abertura de inventário pelos pensionistas e, na falta deles, pelos demais sucessores do falecido.

II. Não merece prosperar a alegação do magistrado *a quo* de que, após o depósito do valor em conta-corrente em nome do segurado, o Juízo da execução não mais detém competência para a movimentação dos depósitos. Isso porque, sendo deferida a habilitação dos sucessores, caberá ao Juízo da execução a expedição do competente alvará de levantamento.

III. No caso, a sentença recorrida já deferiu a habilitação dos herdeiros com base no art. 1.060, I, do Código Civil e, considerando as razões acima expendidas, como também o fato de que os recorrentes, pelo que se infere da certidão de óbito juntada aos autos, são os únicos sucessores da beneficiária falecida, é o caso de lhes reconhecer o direito à expedição de alvará de levantamento em seus próprios nomes para levantamento da quantia já depositada.

IV. Apelação a que se dá provimento para reconhecer aos apelantes o direito de terem expedido, em seus próprios nomes, alvará de levantamento da quantia já depositada em instituição bancária em nome da autora falecida.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 19/09/2013.

Desembargador Federal Néviton Guedes, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Trata-se de apelação interposta por José Soares Borges Filho e outro de sentença que julgou extinta a execução com base no art. 794, I, do CPC.

Alega o recorrente ter sido prematura a extinção da execução, pelos seguintes motivos: a) a execução

não poderia ter sido julgada extinta, com base no art. 794, I, do CPC, sem a oitiva da parte credora; b) a extinção ocorreu sem que tenha sido decidida a questão do levantamento do depósito por quem de direito e até mesmo sem que tivessem sido julgados os pedidos de habilitação de sucessores.

Quanto à habilitação dos sucessores para recebimento dos créditos deixados pelo autor falecido,

sustentam os recorrentes que a aplicabilidade do art. 112 da Lei 8.213/1991, segundo o qual

[...] o valor não recebido em vida pelo segurado só será pago aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos seus sucessores na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento [...],

não se restringe somente ao âmbito administrativo, mas se estende também ao Poder Judiciário.

De tal modo, requer a reforma da sentença, posto que teria decretado a extinção da execução,

[...] *prematuramente, sem facultar aos exeqüentes uma prévia manifestação sobre se já consideravam cumprida a obrigação do devedor, nos termos do art. 635 do CPC, e sem estar ainda resolvida a questão do levantamento do depósito por quem de direito, ante o falecimento da credora. Outrossim, por negar a aplicabilidade do art. 112 da Lei 8.213/91 no âmbito do poder judiciário [...].*

Não foram apresentadas as contrarrazões.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou extinta a execução com base no art. 794, I, do CPC, tendo havido o indeferimento do pedido de levantamento dos valores depositados em nome da autora falecida, sob o fundamento de que tal verba não mais se encontra à disposição do Juízo.

Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de se determinar a expedição de alvará de levantamento em nome dos sucessores do autor falecido após a expedição de requisição de pagamento e do depósito do valor correspondente.

Da análise dos autos, constata-se que em 11 de março de 2010 foi expedida requisição de pagamento em favor de Celina Magna Soares, tendo sido o valor posteriormente depositado diretamente em seu nome, mediante abertura de conta-corrente junto ao Banco do Brasil, nos termos do art. 9º da Portaria/Corej/Presi/200, de 19/06/2009.

Diante do óbito da beneficiada no curso da ação, os seus filhos pleitearam o direito de se habilitarem como sucessores do *de cujus*, a fim de levantarem a quantia depositada.

Ocorre que o Juízo da execução, diante do depósito efetuado, julgou extinta a execução e, apesar de haver deferido o pedido de habilitação nos termos da legislação civil, indeferiu o pedido de expedição de alvará de levantamento da quantia depositada, sob o seguinte fundamento:

A expedição de alvará de levantamento se dá quando o valor a ser levantado está depositado em conta judicial à disposição do Juízo. Não é o que ocorre nestes autos.

O depósito de fls. 219, decorrente da Requisição de Pagamento, foi efetuado de acordo como que dispõe a Resolução nº 055/2009, do Conselho da Justiça Federal, em seu art. 17, §1º, determina que os depósitos destinados ao pagamento de requisições de pequeno valor serão feitos em contas individualizadas para cada beneficiário e reger-se-ão pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

Sendo assim, não tem esse Juízo disponibilidade sobre tal depósito e, portanto, não há como ser atendido o pedido formulado às fls. 221.

Conseqüentemente, cabe à parte interessada, no caso a inventariante, diligenciar junto à instituição financeira, o levantamento do crédito respectivo.

A irrisignação dos ora recorrentes quanto à essa recusa do Juízo *a quo* em atender ao seu pedido de expedição de alvará em seus nomes merece prosperar, uma vez que tal pretensão encontra-se em conformidade com o disposto no art. 112 da Lei 8.213/1991, *in verbis* :

Art. 112 – O valor não recebido em vida pelo segurado só será pago aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos seus sucessores na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento.

Da leitura do citado dispositivo, constata-se que, a fim de facilitar o recebimento de prestações previdenciárias não recebidas em vida pelo segurado, a Lei 8.213/1991 atenuou os rigores da lei civil para dispensar a abertura de inventário pelos pensionistas e, na falta deles, pelos demais sucessores do falecido.

A propósito, os seguintes julgados do Superior Tribunal Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 112 DA LEI 8.213/91. LEGITIMIDADE DE HERDEIRO PARA AJUIZAR AÇÃO PARA PERCEPÇÃO DE VALORES NÃO RECEBIDOS EM VIDA PELO SEGURADO FALECIDO. INVENTÁRIO OU ARROLAMENTO. DESNECESSIDADE.

Prescreve o mencionado art. 112 da Lei nº 8.213/1991, ad litteram:

[...] O valor não recebido em vida pelo segurado só será pago aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos seus

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

sucessores na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento. Como se observa, poderão os valores devidos e não pagos ao segurado falecido ser percebidos pelos seus dependentes ou sucessores, desde que, evidentemente, provada essa condição, independentemente de inventário ou arrolamento. A letra da lei é clara e, a bem da verdade, apenas ratifica regra que já estava consagrada no regime previdenciário anterior (reproduzida no art. 212 do Decreto 83.080/79).

Em suma, o artigo consagra verdadeira exclusão do ingresso dos valores no espólio e introduz regra procedimental e processual específica que afasta a competência do Juízo de Sucessões, conferindo legitimação ativa ao herdeiro ou dependente para, em nome próprio e em ação própria, postular o pagamento das parcelas.

De lado outro, a tese de que o mencionado artigo somente teria aplicação em sede administrativa não parece, salvo melhor juízo, procedente.

Recurso desprovido (REsp. 603.246/AL, 5T, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 16/05/2005, p. 384).

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. SUCESSORES LEGÍTIMOS DE EX-TITULAR DE BENEFÍCIO. VALORES NÃO RECEBIDOS PELO DE CUJUS. LEGITIMIDADE. ART. 112 DA LEI 8.213/91. DISPENSA DE INVENTÁRIO/ARROLAMENTO. PODER JUDICIÁRIO. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. ENTENDIMENTO. SÚMULA 213/TFR. PRINCIOLOGIA. PROTEÇÃO AO SEGURADO. RESTRIÇÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

I - Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que os sucessores de ex-titular de benefício previdenciário têm legitimidade processual para pleitear valores não recebidos em vida pelo "de cujus", independentemente de inventário ou arrolamento de bens, nos termos do artigo 112 da Lei 8.213/91. Neste sentido, não se restringe a aplicabilidade do artigo 112 da Lei 8.213/91 somente ao âmbito administrativo.

II - Ademais, em ações de natureza previdenciária não se pode obrigar à parte a exaurir a via administrativa, de acordo com o enunciado da Súmula 213, do ex-TFR. Desta forma, admitir-se a aplicação do referido artigo tão somente ao âmbito administrativo acarretaria à parte o ônus de exaurir a via administrativa.

III - A princiologia do Direito Previdenciário pretende beneficiar o segurado desde que não haja restrição legal. Neste sentido, impor ao sucessor legítimo do ex-titular a realização de um longo e demorado inventário, ou arrolamento, para, ao final, receber um único bem, qual seja, um módico benefício previdenciário, resultaria não em um benefício, mas em um prejuízo. Em sendo assim, a aplicabilidade

do artigo 112 da Lei 8.213/91, no âmbito do Poder Judiciário, é admissível, sem a exigência de proceder-se a inventário ou arrolamento.

IV - Embargos de divergência rejeitados (REsp. 466.985/RS, 3S, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 02/08/2004, p. 300).

Além disso, não merece prosperar a alegação do magistrado *a quo* de que, após o depósito do valor em conta-corrente em nome do segurado, o Juízo da execução não mais detém competência para a movimentação dos depósitos. Isso porque, sendo deferida a habilitação pleiteada, caberá ao Juízo da execução a expedição do competente alvará de levantamento.

A respeito, confira-se o que decidiu a Corte Superior em caso semelhante ao que ora se apresenta:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ART. 112 DA LEI 8.213/91.

POSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO INCIDENTAL DOS SUCESSORES DO SEGURADO FALECIDO. DESNECESSIDADE DE ABERTURA DE INVENTÁRIO PARA O LEVANTAMENTO DE PARCELAS PREVIDENCIÁRIAS DEPOSITADAS EM CONTA-CORRENTE DE TITULARIDADE DO SEGURADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A fim de facilitar o recebimento de prestações previdenciárias não recebidas em vida pelo segurado, a Lei 8.213/91, em seu art. 112, atenuou os rigores da lei civil para dispensar a abertura de inventário pelos pensionistas e, na falta deles, pelos demais sucessores do falecido.

2. Não merece prosperar a alegação do Magistrado *a quo* de que, após o depósito do valor em conta corrente em nome do segurado, o Juízo da execução não mais detém competência para a movimentação dos depósitos. Isso porque, sendo deferida a habilitação dos sucessores, caberá ao Juízo da execução a expedição do competente alvará de levantamento.

3. Recurso Especial provido para determinar a anulação da sentença que extinguiu a execução e o retorno dos autos ao Juízo da execução para que analise o preenchimento dos requisitos para a habilitação pleiteada e, caso deferida, que seja expedido alvará de levantamento da quantia já depositada.

(REsp 1115528/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 19/08/2009, DJe 19/10/2009.)

Com base nessas considerações, dou provimento à apelação para reconhecer aos apelantes o direito de terem expedido, em seus próprios nomes, alvará de levantamento da quantia já depositada em instituição bancária em nome da autora falecida.

É como voto.

## Primeira Turma

### Apelação Cível 0028608-69.2012.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes  
 Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
 Apelado: Ataíde Luís da Costa  
 Advogados: Dr. Filipe Reis Villela Brettas Galvão e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 13/02/2014, p. 98

### Ementa

*Processual Civil. Mandado de segurança. Previdenciário. Aposentadoria. Renúncia. Concessão de novo benefício. Desaposentação. Possibilidade. Direito patrimonial disponível. Lei 8.213/1991, art. 18, § 2º. Remessa oficial tida por interposta.*

I. Tratando-se de sentença ilíquida, posto que desconhecido o conteúdo econômico do pleito, inaplicável o § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil. Igualmente não incide o § 3º desse artigo, tendo em vista que a sentença não se fundamentou em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. Remessa oficial tida por interposta.

II. Consoante jurisprudência firmada pelas duas Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal, ressalvado o ponto de vista contrário do próprio relator, é possível a renúncia à aposentadoria por tempo de contribuição anteriormente concedida e a obtenção de uma nova aposentadoria, no mesmo regime ou em regime diverso, com a majoração da renda mensal inicial, considerando o tempo de serviço trabalhado após a aposentação e as novas contribuições vertidas para o sistema previdenciário.

III. Fundamenta-se a figura da desaposentação em duas premissas: a possibilidade do aposentado de renunciar à aposentadoria, por se tratar de direito patrimonial, portanto, disponível, e a natureza sinalagmática da relação contributiva, vertida ao sistema previdenciário no período em que o aposentado continuou em atividade após a aposentação, sendo descabida a devolução pelo segurado de qualquer parcela obtida em decorrência da aposentadoria já concedida administrativamente, por consistir em direito regularmente admitido. Precedentes do STJ.

IV. Apesar de a parte-autora haver comprovado, com os documentos anexados à inicial, a aposentadoria anteriormente concedida, a continuidade do exercício de atividade profissional posterior à aposentação, suficientes à impetração da segurança postulada, o acolhimento do pedido deve se restringir apenas à elaboração dos cálculos do período laborado após a aposentadoria, posto não ser possível aferir, de plano, se o impetrante reúne todas as condições para a obtenção da nova aposentadoria.

V. Recurso de apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se dá parcial provimento, para determinar ao INSS que apenas proceda aos cálculos do período laborado após a aposentadoria.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 11/12/2013.

Desembargador Federal Néviton Guedes, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Trata-se de recurso de apelação interposto de sentença que concedeu em parte a segurança postulada, para reconhecer o direito da parte-autora a renunciar ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição que recebe e à concessão de nova aposentadoria, após o cômputo das contribuições vertidas ao RGPS posteriores à concessão originária. Não houve remessa.

Em seu recurso, sustenta o INSS, em síntese, a constitucionalidade e imperatividade da vedação legal ao emprego das contribuições posteriores à aposentadoria; que o contribuinte em gozo de aposentadoria pertence a uma espécie que apenas contribui para o custeio do sistema, não para a obtenção de benefícios; que, ao aposentar-se, o segurado fez uma opção por uma renda menor, mas recebida por mais tempo; que o ato jurídico perfeito não pode ser alterado unilateralmente; que a decisão viola o art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, pois não se trata de mera desaposentação e que o eventual provimento do pedido deve ser condicionado à devolução integral dos valores recebidos a título de aposentadoria.

Sem contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Manifestação do Ministério Público sem adentrar no mérito da questão.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Tratando-se de sentença ilíquida, posto que desconhecido o conteúdo econômico do pleito, inaplicável o § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil. Igualmente não incide o § 3º desse artigo, tendo em vista que a sentença não se fundamentou em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. Remessa oficial tida por interposta.

A questão posta nos autos diz respeito à pretensão de se renunciar à aposentadoria por tempo de contribuição anteriormente concedida e a obtenção de uma nova aposentadoria, no mesmo regime ou em regime diverso, com a majoração da renda mensal inicial, considerando o tempo de serviço trabalhado

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

após a aposentação e as novas contribuições vertidas para o sistema previdenciário.

Fundamenta-se a figura da desaposentação em duas premissas: a possibilidade do aposentado de renunciar à aposentadoria, por se tratar de direito patrimonial, portanto, disponível, e a natureza sinalagmática da relação contributiva, vertida ao sistema previdenciário no período em que o aposentado continuou em atividade após a aposentação.

A primeira delas não tem base jurídica, já que o ato de aposentadoria constitui-se em ato administrativo unilateral e vinculado. Tendo o trabalhador preenchido todos os requisitos legais para a obtenção do benefício, a Administração tem a obrigação de concedê-lo, não havendo como o seu beneficiário postular a renúncia de um ato administrativo, já que não depende dele a concessão do benefício.

A segunda premissa esbarra na redação do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, que dispõe:

Art. 18. [...]

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Da mesma forma, a renúncia à aposentadoria se volta contra a redação do § 2º do art. 58 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social (Decreto 2.172/1997), que dispõe:

Art. 58. [...]

§ 2º As aposentadorias por idade, tempo de serviço e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.

Pelo que se depreende dos dispositivos legais em questão, ao aposentado que continua em atividade, é reservado apenas o direito de receber salário-família e a reabilitação profissional, constituindo o ato de aposentadoria a característica da irreversibilidade e irrenunciabilidade.

O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, como se sabe, é objeto de repercussão geral no colendo Supremo Tribunal Federal, com vistas à declaração de sua inconstitucionalidade, inserindo-se, portanto, no âmbito de incidência do § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil (RE 661.256 e RE 381.376).

Apesar do recebimento daqueles apelos extremos como representativos da controvérsia, ainda não decidida, observa-se que o colendo STJ, nos processos em que o INSS pede o sobrestamento do feito para o fim de aguardar o pronunciamento do STF sobre a matéria, decidiu que “a repercussão geral de processos submetidos à apreciação da Suprema Corte não produz efeitos sobre os recursos interpostos neste Sodalício”.

Em razão disso, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de ser possível a renúncia à aposentadoria para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, sendo que a renúncia não implica devolução dos valores percebidos a esse título, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus ao recebimento de seus proventos.

A despeito do quanto vem sendo decidido no âmbito do colendo STJ e neste Tribunal, e na mesma linha das ideias sustentadas no bem fundamentado artigo de Henrique Jorge Dantas da Cruz, *A ilegitimidade constitucional da desaposentação*, publicado no site jurídico *conjur.com.br*, em 26/06/2011, cujos fundamentos por sua justa adequação recomendo a leitura, entendo que não há como negar vigência à regra expressa no § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991, que possui base em princípios constitucionais que não podem ser desprezados, sob pena de ocorrer o desvirtuamento de todo o regime geral de previdência social, dentre eles: o princípio da solidariedade, o da seletividade, o da distributividade, o da legalidade, o da isonomia e do equilíbrio financeiro e atuarial.

Segundo o princípio da solidariedade, inserto nos arts. 194 e 195 da CF/1988, as contribuições recolhidas por todos aqueles que estão submetidos ao RGPS são destinadas ao financiamento do sistema de seguridade social como um todo, com vistas a assegurar um regime de previdência de caráter contributivo e solidário e não apenas para benefício exclusivo do contribuinte.

Nesse sentido, as contribuições pagas pelo aposentado que continua em atividade não representam contraprestação pelo serviço prestado, como ocorre nos contratos regidos pelo direito privado, mas contribuição social destinada ao custeio do Sistema Previdenciário.

Daí, a opção do legislador de vedar a utilização das contribuições recolhidas pelos trabalhadores em gozo de aposentadoria para a obtenção de novo benefício mais vantajoso, sem a necessária fonte de custeio.

A pretensa utilização das contribuições recolhidas após a aposentação com vistas à majoração do benefício colide também com o preceito constitucional da isonomia, por imputar tratamento jurídico diferenciado entre dois trabalhadores que possuem a mesma situação jurídica, ou seja, aquele que se aposentou e permaneceu em atividade recebe, além do salário, os proventos de aposentadoria, enquanto que o outro trabalhador nada requereu do INSS.

Ademais, a figura da desaposentação, além de provocar um desequilíbrio financeiro e atuarial no sistema previdenciário brasileiro, retira a característica de definitividade do ato de aposentadoria, já que permite ao beneficiário requerer a sua revisão indefinidamente, sempre que continuar contribuindo para o sistema, em flagrante violação a um ato jurídico perfeito, que já foi exercido pelo aposentado a tempo e modo.

*Não obstante o ponto de vista contrário do próprio relator*, as duas Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal, na linha da jurisprudência predominante no egrégio STJ, a quem compete a uniformização das questões infraconstitucionais, por considerar a aposentadoria um direito patrimonial disponível, acabaram por firmar posição no sentido de acolher a possibilidade jurídica da assim chamada *desaposentação*.

Segundo essa orientação jurisprudencial, a desaposentação não contrariaria o interesse público e poderia ser pleiteada em manifestação unilateral do administrado.

Assim, consoante a posição agora predominante nesta Corte Regional (*volto a dizer: ressaltando-se o ponto de vista do relator*), seria possível transformar os proventos de uma aposentadoria já concedida em proventos mais favoráveis ao aposentado, com a utilização do tempo de serviço posterior à jubilação, procedendo-se a novo cálculo da renda mensal inicial, sem a necessidade de devolução dos valores já recebidos.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO.

DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO.

1. O reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

2. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos.

3. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, o exame de eventual ofensa a dispositivo da Constituição Federal, ainda que para fim de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1267797/SC, rel. Min. Vasco Della Giustina, Sexta Turma, julgado em 21/06/2011, DJe 03/11/2011.)

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PERCEBIDAS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. O fato de a matéria ter sido reconhecida como de repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal não impede o julgamento do recurso especial, apenas assegura o sobrestamento do recurso extraordinário interposto. Precedentes do STJ.

2. É assente nesta Corte o entendimento no sentido da possibilidade de desaposentação e de utilização das contribuições vertidas para cálculo de novo benefício previdenciário, sendo desnecessária a devolução de parcelas pretéritas percebidas a título de proventos de aposentadoria.

3. Decisão agravada que se mantém por seus próprios fundamentos.

4. Agravo interno ao qual se nega provimento.

(AgRg no REsp 1240362/SC, rel. Min. Celso Limongi (Des. convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/05/2011, DJe 18/05/2011.)

Além disso, em consonância com a posição adotada pela maioria em nossa Turma, entendeu-se também que o disposto no art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991 deve ser interpretado de forma sistemática com o art. 124, II, do mesmo diploma legal, que proíbe apenas a concessão de nova aposentadoria ao segurado já aposentado, quando permanece ou retorna à atividade profissional, mas desde que represente cumulação de benefícios, não impedindo a renúncia da aposentadoria e a concessão de novo benefício.

Ocorrendo a renúncia, que possui efeitos *ex nunc*, tem-se por afastada a vedação legal, por não mais se tratar da situação disciplinada pela norma.

Quanto ao Decreto 3.048/1999, com redação dada pelo Decreto 3.265/1999, que estabelece que os benefícios concedidos pela Previdência Social são irreversíveis (ato jurídico perfeito) e irrenunciáveis (dado o seu caráter alimentar), entendeu-se não haver óbice legal ao exercício do direito de renúncia, tendo em vista que a vedação contida do referido decreto (art. 181-B) não tem força para criar, extinguir ou modificar direito, dada sua natureza meramente regulamentadora, pelo que tal impedimento só seria possível mediante lei no sentido formal.

Por outro lado, a vedação em questão foi instituída com a finalidade de preservar o interesse do segurado e não de obstar a opção por outro benefício mais vantajoso.

Nesse sentido, precedentes, do TRF2 e TRF4, respectivamente, que orientaram a posição adotada pela eminente Des. Federal Ângela Catão, em seu voto-vogal vencedor, proferido nos autos da APREENEC 2009.37.00.002691-8/MA, assim ementado:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA AO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. DIREITO DE NATUREZA PATRIMONIAL E, PORTANTO, DISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DOS PROVENTOS RECEBIDOS. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO DO INSS DESPROVIDO.

I – A inexistência de dispositivo legal que proíba a renúncia ao benefício previdenciário legalmente concedido deve ser considerada como possibilidade para a revogação do benefício a pedido do segurado.

II – A desaposentação atende de maneira adequada aos interesses do cidadão. A interpretação da legislação previdenciária impõe seja adotado o entendimento mais favorável ao beneficiário, desde que isso não implique contrariedade à lei ou despesa atuarialmente imprevista, situações não provocadas pelo instituto em questão.

III – Da mesma forma, o fenômeno não viola o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, preceitos constitucionais que visam à proteção individual e não devem ser utilizados de forma a representar desvantagem para o indivíduo ou para a sociedade. A desaposentação, portanto, não pode ser negada com fundamento no bem-estar do segurado, pois não se está buscando o desfazimento puro e simples de um benefício previdenciário, mas a obtenção de uma nova prestação, mais vantajosa porque superior.

IV – Quanto à natureza do direito em tela, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a aposentadoria é direito personalíssimo, o que não significa que seja

direito indisponível do segurado. A par de ser direito personalíssimo, tem natureza eminentemente de direito disponível, subjetivo e patrimonial, decorrente da relação jurídica mantida entre segurado e Previdência Social, logo, passível de renúncia, independentemente de aceitação da outra parte envolvida, revelando-se possível, também, a contagem de tempo para a obtenção de nova aposentadoria, no mesmo regime ou em outro regime previdenciário. Precedentes.

V – O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida. Precedentes.

VI – Apelação cível desprovida.

(AC 201051018045574, Des. Federal Aluisio Goncalves de Castro Mendes, TRF2 - Primeira Turma Especializada, 03/03/2011.)

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. DESAPOSENTAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA.

1. Os benefícios previdenciários possuem natureza jurídica patrimonial. Assim sendo, nada obsta sua renúncia, pois se trata de direito disponível do segurado (precedentes deste Tribunal e do STJ).

2. A disponibilidade do direito prescinde da aceitação do INSS. O indeferimento, com fundamento no artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99, é ilegal por extrapolar os limites da regulamentação.

3. A admissão da possibilidade da desaposentação não pressupõe a inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91. Este dispositivo disciplina sobre outras vedações, não incluída a desaposentação. A constitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91 não impede a renúncia do benefício, tampouco desaposentação, isto é, a renúncia para efeito de concessão de novo benefício no mesmo RGPS, ou em regime próprio, com utilização do tempo de serviço/contribuição que embasava o benefício originário.

4. A efetivação do direito à renúncia impõe afastar eventual alegação de enriquecimento sem causa do segurado, uma vez que a percepção

do benefício decorreu da implementação dos requisitos legais, incluídos nestes as devidas contribuições previdenciárias e atendimento do período de carência. De outra parte, o retorno à atividade laborativa ensejou novas contribuições à Previdência Social e, mesmo que não remetam ao direito de outro benefício de aposentação, pelo princípio da solidariedade, este também deve valer na busca de um melhor amparo previdenciário.

5. Do ponto de vista da viabilidade atuarial, a desaposentação é justificável, pois o segurado goza de benefício jubilado pelo atendimento das regras vigentes, presumindo-se que o sistema previdenciário somente fará o desembolso frente a este benefício pela contribuição no passado. Todavia, quando o beneficiário continua na ativa, gera novas contribuições, excedente à cotização atuarial, permitindo a utilização para obtenção do novo benefício, mesmo que nosso regime não seja da capitalização, mas pelos princípios da solidariedade e financiamento coletivo. 6. Embargos Infringentes a que se nega provimento.

(TRF4 - EINF 5010614-84.2011.404.7100, Terceira Seção, rel. p/ acórdão João Batista Pinto Silveira, D.E. 30/03/2012.)

Cumpra registrar, ao final, que, apesar de a parte-autora haver comprovado, com os documentos anexados à inicial, a aposentadoria anteriormente concedida e a continuidade do exercício de atividade profissional posterior à aposentação, suficientes à impetração da segurança postulada, o acolhimento do pedido deve se restringir apenas à elaboração dos cálculos do período laborado após a aposentadoria, posto não ser possível aferir, de plano, se o impetrante reúne todas as condições para a obtenção da nova aposentadoria.

Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, para determinar ao INSS que apenas proceda aos cálculos do período laborado após a aposentadoria.

É como voto.

## Segunda Turma

Numeração única: 0013505-66.2005.4.01.3800

Apelação Cível 2005.38.00.013612-0/MG

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves  
Apelantes: Cleusa Narciso da Silva e outros  
Advogado: Dr. Rossini de Oliveira Vidal  
Apelada: União Federal  
Publicação: e-DJF1 de 22/01/2014, p. 77

### Ementa

*Administrativo. Constitucional. Reversão de pensão às filhas de ex-combatente. Falecimento da mãe. Aplicação da norma vigente à época do óbito do militar. Leis 4.242/1963 e 3.765/1960.*

I. Já é pacífico o entendimento jurisprudencial, segundo o qual a pensão por morte de ex-combatente está sujeita à legislação vigente à época do óbito.

II. O art. 24 da Lei 3.765/1960, legislação em vigor na data do óbito do instituidor e não na data do falecimento da viúva, prevê que a morte do beneficiário em qualquer dos casos do artigo anterior importará na transferência do direito aos demais beneficiários da mesma ordem, sem que isto implique reversão; não os havendo, a pensão reverterá para os beneficiários da ordem seguinte, desde que não se trate de beneficiário instituído.

III. Cabe registrar que a única razão para o indeferimento administrativo foi o fato de que, muito embora falecido o ex-combatente em 1976, a primeira pensão deferida foi posterior à Lei 8.059/1990.

IV. Assim, afastado esse óbice e ante a informação administrativa de que se ele fosse não ocorrente a prestação teria sido deferida, deve ser aplicada à espécie a teoria dos motivos determinantes.

V. Termo inicial do benefício fixado na data do requerimento administrativo.

VI. Correção monetária com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aplicando-se o IPCA-E após a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, tendo em vista a imprestabilidade da TR — atualmente usada na remuneração das cadernetas de poupança — como índice de correção monetária de débitos judiciais, conforme fundamentos utilizados pelo STF no julgamento das ADI 493 e 4.357/DF, e ainda pelo STJ no julgamento do REsp 1.270.439/PR, pelo rito do art. 543-C do CPC.

VII. Juros de mora de 1% ao mês, observados os respectivos vencimentos, reduzindo-se a taxa para 0,5% ao mês a partir da Lei 11.960/2009.

VIII. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

IX. Apelação provida.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 09/12/2013.

Desembargadora Federal Neuza Alves, relatora.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — A parte-autora maneja recurso de apelação contra a sentença proferida, pela qual o juízo *a quo* julgou improcedente a pretensão central deduzida em juízo, na qual pretendia a concessão de pensão especial de ex-combatente, deixada por seu genitor Sebastião Narciso da Silva, falecido em 7 de agosto de 1976, visto que tal benefício tinha sido pago à Geni Arcanja da Silva, genitora da requerente e também falecida em 28 de agosto de 2004.

Postula a parte-autora a reforma meritória da sentença, alegando que sua pretensão encontra amparo no art. 30 da Lei 4.242/1963, visto que seu pai faleceu na vigência da citada lei, devendo o direito ser aplicado em sua plenitude.

É o relatório.

## Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — A controvérsia instaurada nos autos cinge-se em saber se a parte-autora, filhas maiores de idade de ex-combatente tem direito ao recebimento da pensão militar especial, nos termos da Lei 4.242/1963, porquanto o instituidor da referida pensão falecera na vigência da referida norma.

Perfilhando a orientação jurisprudencial assente nas cortes pátrias, tenho que o benefício é assegurado às filhas de ex-combatente, que se encontrem na situação específica: filha maior e válida e óbito do ex-combatente antes da vigência da Lei 8.059/1990, e estabelecido pela Lei 4.242/1963 e Lei 3.765/1960 (STF, MS21610/RS, Pleno, DJ 15/09/2000; STF, AI 408762, DJ 04/02/2004; STJ, REsp 683160, DJ 28/05/2007; STJ, AGREsp 772251, DJ 26/03/2007; STJ, REsp. 647656/RJ, DJ 21/03/2005; STJ, AgRg. AG 594720/RJ, DJ 13/12/2004; STJ, REsp 492445/RJ, DJ 12/08/2003; TRF2, AMS 20025101019539-2, DJ 23/01/2006).

Destarte, tendo em vista que o instituidor da pensão da impetrante faleceu aos 07/08/1976 (fl. 28), tem esta direito apenas à pensão especial equivalente àquela deixada por 2º sargento, nos moldes das Leis 4.242/1963 e 3.765/1960.

Já é pacífico o entendimento jurisprudencial, segundo o qual a pensão por morte de ex-combatente

está sujeita à legislação vigente à época do óbito, com o aresto assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. REVERSÃO DE PENSÃO A FILHAS DE EX-COMBATENTES. FALECIMENTO DA MÃE. APLICAÇÃO DA NORMA VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO DOS MILITARES. LEIS 4.242/63 e 3.765/60

I - Adota-se a lei vigente à época do óbito de ex-combatente para regular o direito à pensão por morte. Precedente do c. Supremo Tribunal Federal.

II - *In casu*, tratando-se de concessão da pensão a filha de ex-combatente, o benefício deve ser regido pelas Leis 4.242/63 e 3.765/60 normas vigentes ao tempo do óbito do ex-combatente. Precedentes do STJ e do STF.

III - Agravo regimental desprovido. (STJ, Quinta Turma, AGRESP nº. 669649/SC, Relator Min. Félix Fischer, DJ 01/07/2005, pág. 611)

“ADMINISTRATIVO. PENSÃO DE EX-COMBATENTE. REVERSÃO EM FAVOR DAS FILHAS APÓS O FALECIMENTO DA GENITORA. PRECEDENTES.

1. Não pode a Lei nº 8.059/90 retroagir para alcançar direito adquirido, uma vez que à época do falecimento do ex-combatente esta ainda não estava em vigência, que dispõe sobre e pensão especial devida aos ex-combatentes e seus dependentes.

2. A Lei nº 3.765/90, que dispõe sobre as pensões militares, no seu art 7º, defere a pensão militar aos filhos de qualquer condição, excluindo apenas os filhos do sexo masculino, desde que não sejam interditos ou inválidos.

3. Precedentes jurisprudenciais do STJ e deste TRF da 5ª Região.

4. Apelação improvida. (TRF5, Terceira Turma, AC nº. 321152/PE, Relator Des. Federal Paulo Machado Cordeiro, DJ 28/02/2005, pág. 613, nº. 39).

ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO À FILHA SOLTEIRA MAIOR DE 21 ANOS. LEIS NºS 4.242/63, 4.297/63 E 8059/90. DATA ÓBITO.

*A pensão por morte rege-se pela legislação vigente na data do óbito do servidor* (TRF 1ª Região, Segunda Turma, REO 95.01.07695-4/PA, rel. Juiz Jirair Aram Meguerian, in DJU de 30/05/1996, p. 35.925).

Nesse sentido, também, já se manifestou o Plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal, conforme a ementa, *in verbis*:

PENSÃO – EX-COMBATENTE – REGÊNCIA.

*O direito à pensão de ex-combatente é regido pelas normas legais em vigor à data do evento morte. Tratando-se de reversão do benefício à filha mulher, em razão do falecimento da própria mãe que a vinha recebendo, consideram-se não os preceitos em vigor quando do óbito desta última, mas do primeiro, ou seja, do ex-combatente* (STF, Plenário, MS 21707/DF,

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Márcio Barbosa Maia e Cleberon José Rocha (convocados).

Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, maioria, DJ 22.09.95, destaquei).

Ocorre que, o art. 24 da Lei 3.765/1960, legislação em vigor na data do óbito do instituidor e não na data do falecimento da viúva, prevê que *a morte do beneficiário em qualquer dos casos do artigo anterior importará na transferência do direito aos demais beneficiários da mesma ordem, sem que isto implique em reversão; não os havendo, a pensão reverterá para os beneficiários da ordem seguinte*, desde que não se trate de beneficiário instituído.

Diante desse desate, conquanto a mãe da autora tenha falecido em 2004, forçoso reconhecer que a filha tem direito à cota-parte de sua pensão especial, na condição de beneficiária da ordem seguinte da viúva do ex-combatente, nos termos do art. 7º do mesmo diploma legal.

Registro, por importante, que segundo a orientação firmada no âmbito do STJ (cf. REsp 1237888/SC), a reversão da pensão de ex-combatente concedida com base no art. 30 da Lei 4.242/1993 exige que também os herdeiros deste sejam incapacitados e sem condições de prover o próprio sustento.

Ocorre que segundo os documentos presentes a fls. 31 e 32, elaborados pelo próprio Ministério da Defesa, a prestação em testilha seria deferida sem nenhum problema em favor da autora, deixando de sê-lo unicamente pelo fato de que a Administração considerou aplicável à espécie a Lei 8.059/1990, e não a sobredita Lei 4.242/1963, esta que, se pertinente fosse, autorizaria a concessão da prestação.

Essa conclusão está estampada nas informações prestadas à autora nos documentos já referidos.

Assim, a hipótese em exame reclama a aplicação da teoria dos motivos determinantes porque, superado o *único* impedimento apresentado pela Administração militar para o indeferimento do pedido, e inferindo-se a partir da afirmação constante do documento de fls. 33 que a prestação tem sido deferida sem nenhum empecilho para as filhas maiores — de qualquer condição — que requereram a reversão antes da entrada em vigor da Lei 8.059/1990, está claro que o benefício seria deferido na própria seara administrativa, não fosse o *obstáculo* ali apresentado.

Desse contexto, nasce também a constatação de que o indeferimento do pleito autoral induziria inaceitável ofensa ao princípio da isonomia, porque se outras filhas maiores estão recebendo o benefício administrativamente, bastando, para tanto, que o óbito do instituidor e a concessão da pensão tenham

ocorrido antes da Lei 8.059/1990, a similitude, *no que interessa*, da situação das autoras, impõe que a elas seja deferido tratamento idêntico.

No que é acessório:

O termo inicial deve ser fixado na data do requerimento administrativo.

A correção monetária deve ser feita com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aplicando-se o IPCA-E após a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, tendo em vista a imprestabilidade da TR — atualmente usada na remuneração das cadernetas de poupança — como índice de correção monetária de débitos judiciais, conforme fundamentos utilizados pelo STF no julgamento das ADI 493 e 4.357/DF, e ainda pelo STJ no julgamento do REsp 1.270.439/PR, pelo rito do art. 543-C do CPC.

Juros de mora fixados em 1% ao mês, a contar da citação, em relação às parcelas a ela anteriores, e de cada vencimento, quanto às subseqüentes, incidindo com essa taxa até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir de quando serão reduzidos para 0,5% ao mês, tendo em vista que estes são os juros aplicados nas cadernetas de poupança.

O termo final dos juros corresponde à data do trânsito em julgado deste acórdão, na hipótese de inexistir oposição de embargos à execução pelo INSS. Caso proposta a ação incidental, o termo final dos juros corresponde à data da decisão judicial última e não recorrida que homologa definitivamente os cálculos exequendos.

Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Relativamente ao adiantamento da prestação jurisdicional, seja em razão do cumprimento dos requisitos exigidos no art. 273 do CPC, ou com fundamento no art. 461, § 3º, do mesmo diploma, fica esta providência efetivamente assegurada na hipótese dos autos, já que a conclusão daqui emergente é na direção da concessão do benefício<sup>1</sup>.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para, julgando procedentes os pedidos iniciais, condenar a União à concessão da pensão disciplinada pela Lei 4.242/1963 em favor das autoras, com o pagamento das prestações devidas, nos termos delineados na fundamentação.

É o voto.

<sup>1</sup> STJ, AgRg no REsp 1056742/RS, DJe 11/10/2010 e REsp 1063296/RS, DJe 19/12/2008.

## Segunda Turma

Numeração única: 0023760-07.2013.4.01.9199

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)  
Apelante: Homero Rodrigues Felisbino  
Advogado: Dr. Marco Antônio de Souza  
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Publicação: e-DJF1 de 07/02/2014, p. 954

### Ementa

*Previdenciário. Processual Civil. Aposentadoria rural por idade. Início de prova material. Propriedade de grande extensão. Apelação não provida.*

I. Ainda que afirme o juízo *a quo* não seja o caso de reexame necessário, haja vista seu caráter obrigatório (art. 475 do CPC), cumpre observar que, não se tratando de sentença líquida, consoante pacífica jurisprudência, não se aplica à hipótese do art. 475, § 2º, do CPC.

II. O benefício da aposentadoria por idade é concedido mediante a comprovação da condição de trabalhador rural, ou de produtor rural em regime de economia familiar, por prova material plena ou por prova testemunhal baseada em início de prova documental, na forma do art. 39, I, da Lei 8.213/1991, bem como a idade superior a 60 anos para homem e 55 anos para mulher.

III. É pacífica a jurisprudência no sentido de que o rol do art. 106 da Lei 8.213/1991 é meramente exemplificativo, sendo admissíveis, portanto, outros documentos hábeis à comprovação de atividade rural, além dos ali previstos.

IV. Requisito etário comprovado nos autos.

V. Início de prova material: Informação de Benefício – Infben, apontando que o INSS aposentou o cônjuge da autora como segurado especial.

VI. O autor foi proprietário de dois imóveis rurais: “uma parte de terras, na Fazenda Cervo, lugar denominado “Rosilho” com área de 145ha00a64ca (cento e quarenta e cinco hectares, zero are e sessenta e quatro centiares), equivalente a 4,05 módulos fiscais e uma parte de terras, na Fazenda coqueiros e Rio doce, com área de 169 ha30a (cento e sessenta e nove hectares e trinta ares), equivalente a 5,48 módulos fiscais), não observando o parâmetro indicado no art. 11, VII, *a*, 1, da Lei 8.213/1991, com redação da Lei 11.718/2008.

VII. Mesmo antes da alteração legislativa já indicava a jurisprudência a incompatibilidade da situação do grande proprietário rural com o reconhecimento da figura do segurado especial. Precedentes.

VIII. Conquanto a rigor não se trate propriamente de benefício assistencial e preveja a lei formas de contribuição por parte do segurado especial, é sabido que a tônica do reconhecimento dos direitos previdenciários de tal categoria de trabalhadores, dentre os quais os trabalhadores rurais em regime de economia familiar, não é a da justiça comutativa, mas da justiça distributiva, ou justiça social. Assim, não se exige a prova de recolhimento de contribuições para a concessão da aposentadoria de tais trabalhadores, ao pressuposto, principalmente, de que se trata de parcela desfavorecida da população, hipossuficiente, a quem se deve conceder o benefício ao pressuposto de que houve o trabalho, não de que tenha havido efetivo recolhimento de contribuições destinadas a financiar o sistema previdenciário.

IX. Por isso, a incompatibilidade entre a situação de grandes proprietários agrários com a do segurado especial. Ainda que não se prove tenha promovido o proprietário de grandes porções de terra a sua exploração em sistema empresarial, com utilização de mão de obra assalariada, fato é que demonstra riqueza e capacidade contributiva, sendo portanto exigível que prove o recolhimento de contribuições para o sistema previdenciário, para que aufera os benefícios correspondentes. Como está nos evangelhos, “porque a todo aquele a quem muito foi dado, muito será pedido, e ao que muito confiaram, mais contas lhe tomarão” (Lucas, XII: 47-48).

X. Assim, é justo que se peça ao médio e grande proprietário a contribuição efetiva à previdência, para que goze de seus benefícios. Pois se o grande proprietário não explora a terra, ou a explora minimamente, em regime de economia familiar, não desenvolve a função social da propriedade, não podendo ser premiado com benefícios para cujo financiamento não comprova haver contribuído efetivamente.

XI. Apelação não provida.

## Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 06/12/2013.

Juiz Federal *Márcio Barbosa Maia*, relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Márcio Barbosa Maia*: — Trata-se de apelação (fls. 86-89) interposta pelo autor contra sentença (fls. 60-65) que julgou improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por idade de rurícola.

Sustenta o apelante, em síntese, que comprovou os requisitos necessários para a concessão do benefício, tais como ter sempre trabalhado no meio rural em regime de economia familiar, bem como as testemunhas ouvidas fora unânimes em afirmarem que ele, a esposa e filho são os que trabalham e cuidam da propriedade rural.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

## Voto\*

Remessa Oficial

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Márcio Barbosa Maia*: — Deve ser conhecida a remessa oficial, ainda que afirme o juízo *a quo* não seja o caso de reexame necessário, haja vista seu caráter obrigatório (art. 475 do CPC). Cumpre observar que, não se tratando de sentença líquida, consoante pacífica jurisprudência, não se aplica à hipótese do art. 475, § 2º, do CPC.

No mérito

A concessão do benefício pleiteado pela apelante exige a demonstração simultânea de início razoável de prova material, corroborada com prova testemunhal, bem como a idade superior a 60 anos para homem e 55 anos para mulher.

Consoante documentos apresentados pela requerente, constata-se que o requisito de idade mínima foi atendido, eis que, nascida em 1948, contava a autora com idade superior à exigida, quando do ajuizamento da ação, em 2011.

Para o deferimento do benefício requerido, exige-se início razoável de prova material, corroborado com prova testemunhal, do labor rural, devendo a prova documental ser contemporânea aos fatos a serem provados, não obstante não cubra, necessariamente, todo o tempo de carência necessário à concessão da aposentadoria.

Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. TRABALHADOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES CORRESPONDENTES AO PERÍODO AVERBADO. VERBA HONORÁRIA.

1. *Demonstração simultânea do início de prova material e da prova testemunhal acerca do exercício das atividades rurícolas da parte autora.*

2. Nesse contexto, “é firme a linha de precedentes nesta Corte e no STJ no sentido de que o início razoável de prova material *pode projetar efeitos para período de tempo anterior ou posterior ao nele retratado*, desde que corroborado por segura prova testemunhal. Ressalva de entendimento em sentido contrário do Relator.” AC 2002.37.01.001564-0/MG, TRF-1ª Região, Relator Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (Convocado), Segunda Turma, julgado em 02/10/2006.

[...]

6. Apelação e remessa parcialmente providas.

(AC 0033971-20.2004.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, e-DJF1, p. 63, de 29/07/2010 - grifei.)

\*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

É pacífica a jurisprudência do STJ e desta Corte no sentido de que o rol do art. 106 da Lei 8.213/1991 é meramente exemplificativo. Admitem-se, portanto, outros documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, além dos ali previstos.

Neste sentido:

[...].

2. É devido o benefício de aposentadoria rural por idade, a partir da citação, no valor de um salário mínimo, à rurícola, trabalhadora rural, que comprova satisfazer os requisitos previstos em lei por meio de início razoável de prova material, corroborado com prova testemunhal (Súmulas n. 27/TRF1<sup>a</sup> Região e 149/STJ), como na espécie.

3. *O rol de documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, inscrito no art. 106, parágrafo único da Lei 8.213/91, é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissíveis, portanto, documentos que trazem em si fé pública, com dados colhidos do registro civil como em certidão de casamento, ou de nascimento dos filhos e, até mesmo, em assentos de óbito, no caso de pensão, estendendo-se a qualificação profissional de rurícola de terceiros, tais como os pais, em relação aos filhos, o marido à sua esposa, etc* (STJ - RESP n.261.242/PR, DJU de 03/09/2001, p. 241).

[...] (ressaltei).

(AC 2005.01.99.010205-0/GO, rel. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado), Segunda Turma, DJ de 09/07/2007, p. 80.)

[...].

1. *É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o rol de documentos do art. 106 da Lei 8.213/91 não é numerus clausus.*

[...] (ressaltei).

(REsp 608007/PB, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ de 07/05/2007, p.350).

[...].

1. *O rol de documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, inscrito no art. 106, parágrafo único da Lei 8.213/91, é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissíveis, portanto, outros documentos além dos previstos no mencionado dispositivo.*

[...] (ressaltei).

(AgRg no REsp 700298/CE, rel. Min. José Arnaldo Fonseca, Quinta Turma, DJ de 17/10/2005, p. 341.)

Feitos os esclarecimentos acima, passo à análise do mérito.

Os documentos apresentados pelo apelante configuram início razoável de prova material da atividade de rurícola em atenção à solução *pro misero*,

adotada no âmbito do colendo STJ e pelos Tribunais Regionais Federais.

Para amparar sua pretensão, o postulante juntou, entre outros, os documentos seguintes, que podem ser considerados, a princípio, no seu conjunto, início razoável de prova material: Certidão de Casamento, celebrado em 23/04/1971, na qual consta sua profissão como “fazendeiro”, bem como, Registro de Propriedade Rural adquirida pelo autor em 31/05/1979 e vendido em 24/05/1991, e Registro de Imóvel Rural adquirido em 23/05/1991.

Ressalte-se que apesar de constar nos documentos juntados pelo autor a sua profissão como fazendeiro, essa expressão é costumeiramente adotada no meio rural para a designação de qualquer proprietário rural, independentemente da extensão da área do imóvel onde reside ou cultiva.

A prova oral produzida nos autos (fls. 49-51), por sua vez, atesta, de forma coerente e firme, o trabalho rural do apelante, por período superior ao necessário para o cumprimento da carência exigida em lei (art. 142, da Lei 8.213/1991).

*Todavia, tenho que assiste razão ao INSS ao opor-se à concessão do benefício, em vista que o autor foi proprietário de dois imóveis rurais, como ressaltou o magistrado sentenciante (fl.62): “uma parte de terras, na Fazenda Cervo, lugar denominado “Rosilho” com área de 145ha00a64ca (cento e quarenta e cinco hectares, zero are e sessenta e quatro centiares), equivalente a 4,05 módulos fiscais e uma parte de terras, na Fazenda coqueiros e Rio doce, com área de 169 ha30a (cento e sessenta e nove hectares e trinta ares), equivalente a 5,48 módulos fiscais.*

A atual redação da Lei 8.213/1991, com a redação que lhe deu a Lei 11.718/2008 é expressa nesse sentido:

Art.11 [...] *omissis*[...]

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

No caso, a propriedade rural supera em mais de duas vezes o parâmetro legal.

Nem se diga que tal parâmetro só tenha valia após a edição da lei nova, de vez que muito antes dela a jurisprudência já tinha por incompatível a situação do grande proprietário de terras com a concessão da aposentadoria por idade ao trabalhador rural na qualidade de segurado especial. Portanto, a lei nova apresenta caráter meramente interpretativo.

Registro, a propósito, seguintes precedentes jurisprudenciais:

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PROPRIEDADE DE GRANDE PORTE. BENEFÍCIO INDEVIDO. 1. Para a concessão do benefício de aposentadoria por idade de trabalhador rural é necessário o implemento do requisito etário bem como comprovação do efetivo exercício de atividade rural, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondentes à carência do benefício pretendido (art. 39, I e art. 48, ambos da Lei nº 8.213/91). 2. *No caso, sendo a parte autora proprietária de uma fazenda com área de 481,00 ha, é indevida a aposentadoria pleiteada, pois descaracterizada a condição de segurada especial que o legislador buscou amparar.* 3. Apelação da autora desprovida. (AC 0006448-28.2007.4.01.9199 / MT, rel. Des. Federal Neuza Alves, Segunda Turma, e-DJF1, p. 275, de 19/06/2008.)

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. TRABALHADOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. INEXISTÊNCIA. GRANDE PROPRIEDADE RURAL. VERBA HONORÁRIA. 1. A debilidade das provas apresentadas impede a concessão do benefício requestado, mantendo-se, pois, a sentença recorrida. 2. *No caso, o conjunto probatório não atende aos requisitos necessários à concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, haja vista a dimensão do imóvel rural de propriedade do marido da autora que é de 170,70 ha, não sendo razoável considerá-lo como pequeno proprietário em regime de economia familiar, visto que a área é superior à de um módulo rural, o que afasta a condição de segurado especial e impossibilita a concessão do benefício de pensão por morte com fundamento no art. 39, I da Lei 8.213/91.* 3. Apelação

desprovida. (AC 0056236-11.2007.4.01.9199 / MG, rel. Des. Federal Neuza Alves, rel. Juíza Federal Kátia Balbino de Carvalho Ferreira (convocada), Segunda Turma, e-DJF1, p. 175, de 28/02/2008.)

É que, conquanto a rigor não se trate propriamente de benefício assistencial e preveja a lei formas de contribuição por parte do segurado especial, é sabido que a tônica do reconhecimento dos direitos previdenciários de tal categoria de trabalhadores, dentre os quais os trabalhadores rurais em regime de economia familiar, não é a da justiça comutativa, mas da justiça distributiva, ou justiça social. Assim, não se exige a prova de recolhimento de contribuições para a concessão da aposentadoria de tais trabalhadores, ao pressuposto, principalmente, de que se trata de parcela desfavorecida da população, hipossuficiente, a quem se deve conceder o benefício ao pressuposto de que houve o trabalho, não de que tenha havido efetivo recolhimento de contribuições destinadas a financiar o sistema previdenciário.

Por isso, a incompatibilidade entre a situação de grandes proprietários agrários com a do segurado especial. Ainda que não se prove tenha promovido o proprietário de grandes porções de terra a sua exploração em sistema empresarial, com utilização de mão de obra assalariada, fato é que demonstra riqueza e capacidade contributiva, sendo portanto exigível que prove o recolhimento de contribuições para o sistema previdenciário para que aufera os benefícios correspondentes.

*Como está nos evangelhos, “porque a todo aquele a quem muito foi dado, muito será pedido, e ao que muito confiaram, mais contas lhe tomarão” (Lucas, XII: 47-48).*

*Assim, é justo que se peça ao médio e grande proprietário a contribuição efetiva à previdência, para que goze de seus benefícios.*

Pois se o grande proprietário não explora a terra, ou a explora minimamente, em regime de economia familiar, não desenvolve a função social da propriedade, não podendo ser premiado com benefícios para cujo financiamento não comprova haver contribuído efetivamente.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## Terceira Turma

Numeração única: 0005757-08.2003.4.01.3200

Apelação Criminal 2003.32.00.005757-4/AM

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes  
 Apelante: Eleonis Freitas Nunes  
 Advogado: Dr. Jedier de Araújo Lins  
 Apelada: Justiça Pública  
 Procurador: Dr. Isac Barcelos Pereira de Souza  
 Publicação: e-DJF1 de 10/01/2014, p. 257

### Ementa

*Penal. Art. 261 do Código Penal. Crime de atentado contra a segurança de transporte fluvial. Materialidade e autoria. Estado de necessidade configurado. Art. 23 do Código Penal. Aplicabilidade. Exclusão do crime. Absolvição. Apelação provida.*

I. O apelante, na condição de comandante da embarcação fluvial Almirante Guimarães, foi condenado por ter exposto a perigo a referida embarcação, em razão de estar transportando passageiros acima do limite permitido em lei.

II. Presentes os elementos subjetivos e objetivos do art. 242 do Código Penal, caracterizando a excludente de ilicitude do estado de necessidade (art. 23 do CPB), bem como do estrito cumprimento de dever legal, invocado no art. 15, *d*, da Lei 2.180/1954, considerando que o que deu causa à superlotação foi o fato de a embarcação Almirante Guimarães ter prestado socorro à embarcação Santo André, a qual se encontrava à deriva com perigo de naufrágio.

III. Absolvição do réu, em face da ocorrência de excludente de antijuridicidade (art. 23, CP).

IV. Apelação provida.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 10/12/2013.

Desembargadora Federal Mônica Sifuentes, relatora.

### Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — Trata-se de apelação criminal sumariada no relatório de fls. 368-369, subscrito pelo Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado), que assim resumiu as questões jurídicas suscitadas no recurso:*

*Trata-se de apelação, interposta pelo réu ELEONIS FREITAS NUNES, contra sentença proferida pelo ilustre Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, que o condenou à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do delito previsto no art. 261 do Código Penal, por ter sido flagrado, no dia 16/07/2002, pela Capitania Fluvial da Amazônia Ocidental, transportando passageiros além da lotação autorizada, quando no comando da embarcação*

*“Almirante Guimarães”. A sentença substituiu a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direito: prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade (fls. 201/212).*

*Sustenta o apelante que, ao contrário do que entendeu o Magistrado a quo, pelas provas colhidas, tanto na fase policial quanto em juízo, verifica-se que ele não praticou qualquer ilícito, pois somente prestou socorro a uma embarcação que se encontrava à deriva no meio do Rio Amazonas; que a embarcação “Almirante Guimarães”, por ele comandada, não estava com a lotação completa, o que possibilitou a transferência, com segurança, dos passageiros da embarcação avariada para a referida embarcação; que ele não poderia deixar de prestar socorro, sob pena de ser enquadrado em crime de omissão de socorro (art. 135 CP) e infração por deixar de prestar socorro (art. 15, letra d, Lei 2.180/54); que a contagem dos*

passageiros feita pelo Agente da Capitania dos Portos, por meio de aparelho medidor, não foi adequada; que a sua atitude foi no sentido de salvar as vidas dos passageiros que entraram na embarcação avariada, 'Santo André', conforme depoimento prestado pelo Sr. Romeu José Queiroz Libório, comandante da referida embarcação; que o 'peso dos passageiros dos passageiros que entraram na embarcação do Acusado, não teve qualquer influência na segurança da navegação'; que agiu no estrito cumprimento do dever legal e em decorrência do estado de necessidade, considerando a existência de crianças e idosos na embarcação avariada, "o que afasta não só o dolo, mas também a modalidade culposa do alegado ilícito que teria cometido o Acusado, o que autoriza também a exclusão da alegada ilicitude"; que o depoimento prestado pelo Inspetor Naval da Capitania dos Portos de Manaus, à época dos fatos, não pode servir de base para a condenação, devido às contradições apresentadas; que não há que se falar em navegação perigosa, eis que a autoridade naval emitiu certificado de navegabilidade para a embarcação 'Almirante Guimarães', o que indica que a embarcação se encontrava regularizada para realizar a navegação fluvial e lacustre; que o Inspetor Naval que lavrou o auto de notificação disse, em seu depoimento, que não se recorda do número de passageiros, portanto não pode o acusado ser condenado com base em suposições; 'que a embarcação não oferecia risco para a carga nem para os passageiros, o que afasta a possibilidade do previsto no art. 261 do CPB'; que 'tendo em vista as diretrizes emanadas do direito objetivo, máxime da obrigação de prestar assistência aos que se encontram em perigo no mar, a total ausência de culpa do Acusado, sua atitude foi realmente corajosa no sentido de salvar vidas que se encontravam em risco de morte, tendo, o acusado, cumprido, também, o princípio da legalidade, inculpidado no art. 37, caput, da Carta Magna em vigor, não se vislumbra data vênica e s.m.j., a tipificação nem a materialidade do alegado ilícito pelo qual, injustamente, o Acusado foi condenado'.

Requer, a final, o provimento do recurso, para que seja absolvido, "aplicando-se a excludente de ilicitude contida no artigo 23, I e III, do Código Penal Brasileiro, tendo em vista o estado de necessidade e o estrito cumprimento do dever legal, e ainda, com fundamento no art. 135 do CPB, tendo em vista a existência de crianças e idosos na embarcação avariada, que não se poderia deixar de prestar assistência, sob pena de omissão de socorro" (fls. 215 e 223/236).

Contrarrazões recursais, pugnando pela manutenção da sentença guerreada (fls. 238/246).

Despacho deferindo o pedido formulado pela PRR/1ª Região, a fls. 253/256, em que requereu a conversão em diligência para esclarecimentos de pontos, pelo Capitão dos Portos da Capitania Fluvial da Amazônia Ocidental e pelo Comandante da embarcação "Santo André", à época dos fatos (fl. 258).

Esclarecimentos prestados pela Capitania Fluvial da Amazônia Ocidental, por meio do Ofício 759/CFAOC-MB, de 31 de julho de 2009 (fls. 265/268).

Despacho novamente deferindo pedido formulado pela PRR/1ª Região, a fls. 272/274, em que requereu outra diligência para esclarecimento de pontos pelo então Comandante da embarcação Santo André, Romeu José Queiroz Libório (fl. 276).

Carta de Ordem encaminhada pelo Juízo Federal da 3ª Vara/AM, a fls. 310/339, com Termo de Audiência, realizada em 27/11/2009, para oitiva de Romeu José Queiroz Libório, acompanhada de mídia digital (fl. 337).

Solicitadas informações ao Juízo da 2ª Vara/AM – ao invés da 3ª Vara/AM – acerca da gravação dos esclarecimentos em mídia digital (fl. 349), foi juntado o Ofício 592/2010 – GABJU 2ª Vara, de 27 de agosto de 2010, em que o Juízo Federal da 2ª Vara/AM esclarece que não há gravação em meio digital, encaminhando cópia do depoimento prestado por Romeu José Queiroz Libório, como testemunha, em 2007 (fls. 353/357).

A PRR/1ª Região, por fim, opina pelo provimento do recurso (fls. 360/366).

É o relatório.

Retifique-se a autuação, para corrigir o nome do apelante para ELEONIS FREITAS NUNES.

Ao eminente Revisor. (fls. 368/369).

Após a juntada do relatório, os autos foram encaminhados para o eminente revisor, Des. Federal Cândido Ribeiro, que os incluiu na pauta de julgamento do dia 21/08/2012.

Em virtude de posse no Superior Tribunal de Justiça, a então relatora pediu retirada de pauta, após o que os autos foram a mim redistribuídos.

Concluído o relatório, reenvie-se ao eminente revisor para nova inclusão em pauta.

## Voto\*

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — Foi a presente apelação interposta pelo réu Eleonis Freitas Nunes contra sentença prolatada pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas que, nos autos da Ação Penal 2003.32.00.005757-4/AM, julgou procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia para condená-lo à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, pela prática do delito previsto no art. 261 do Código Penal. Consta ter sido o ora apelante flagrado no dia 16/07/2002, pela capitania fluvial da Amazônia ocidental, transportando passageiros além da lotação

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado).

autorizada, quando no comando da embarcação Almirante Guimarães (fls. 201-212). Foi o apelante, na condição de comandante da embarcação fluvial Almirante Guimarães, condenado por ter exposto a perigo a referida embarcação, em razão de estar transportando passageiros acima do limite permitido em lei.

A autoria e materialidade restaram comprovadas pela Notificação para Comparecimento 244/2002, de 16/07/2002, e Auto de Infração 001P2002001701, lavrado pela capitania fluvial da Amazônia ocidental em 23/08/2002 (fls. 12-13), bem como pela declaração da testemunha na fase policial e judicial (fl. 28 e fls. 125-126).

Em seu interrogatório judicial, ao ser indagado como havia acontecido o fato, o apelante assim declarou:

[...]

*Juíza - É verdadeira a acusação que lhe é feita pelo Ministério Público Federal?*

*Denunciado - Bem, veja bem: o que ocorreu... é... eles alegaram que tinha um excesso de passageiro, 40 (quarenta) passageiro. Mas essa contagem não... eu diria que não... não tô dizendo que seria uma contagem correta. Porque ele foi abordado no rio, não foi... nós não atracamos numa balsa e retiramos os passageiro pra contar exatamente o número correto de passageiros. Porque eu não vinha com excesso de passageiro, quando saí lá de Uruará. Vinha com 50 % (cinquenta por cento) só da lotação. Ai...*

*Juíza - Qual era a lotação da embarcação?*

*Denunciado - A minha lotação é 120 (cento e vinte), sendo que eu não vinha com 50 % da lotação. Certo? Ai, quando chegamos após Itapiranga - não no porto de Itapiranga, mas no raio do município - a embarcação se encontrava à deriva, né? Ai atracamos de contra-borda, né? Ou seja, contra-borda é você atracar do lado, na linguagem nossa, marítima. Ai, tinha uns passageiro lá. Já era provavelmente umas seis horas da tarde. E também com muita chuva, né? Ai, então, na realidade, eu fui prestar socorro, né? Porque aqui você tá em terra é uma coisa. Agora, você tá na água, você tem que...*

*Juíza - O senhor viu uma embarcação à deriva?*

*Denunciado - É. Eles tavam em contato no rádio, querendo chamar... eles tavam em contato, chamando, né? Pra auxílio, né?*

*Juíza - O senhor sabe dizer qual era o nome dessa embarcação?*

*Denunciado - Ai consta, ai. Santo André, né?*

*Juíza - Consta?*

*Denunciado - Ai nos autos. Ai... mas também entrou várias... o que tinha muito era criança, né? Lógico que nós temos que trazer, que esse ai, se você não trazer, você tá omitindo socorro. Isso é omissão de*

*socorro. Tanto pela... não só pela nossa lei da Marinha, mas também como... digamos, se você vê algum... por exemplo, aqui em terra, você vê um carro bater um pedestre, você vai embora, você omitiu socorro. É um crime. Também dentro da Marinha acontece isso. Ai, entrou. Mas eu não diria exatamente que tinha o excesso, por causa desse pessoal daria excesso, entendeu? Porque, pelo espaço, os passageiro que nós contamo, vinha pouco. Não dava pra dizer que tinha excesso.*

*Juíza - Mesmo com essas pessoas que subiram?*

*Denunciado - Mesmo com essa pessoa. Ai, eu vim, vim me embora. Ai, normalmente, nas imediações da CEASA, quase toda viagem, devido a gente trazer, assim, produto, né? Seja tucumã, seja peixe. Normalmente atraca na contra-borda marreiros. Que são pessoas que compram produto, né? Eles atracam e entram no barco, compram o produto e logo saem. Mas, mesmo com eles, não daria esse número de passageiro. Só que na hora que ele chegou com o sargento e contou. Mas uma contagem dessa, meritíssima, não é uma contagem exata. Porque uma exata seria como normalmente acontece, na época de Parintins, que a gente atraca numa balsa e os passageiro todos saem. Uma contagem dessa tem criança. Ninguém... tem pessoas que ficam transitando. Eu conto a senhora aqui. Tudo bem. A senhora pode ficar no lugar. Mas tem pessoas que já transitam, já... ficam andando no barco pra lá e pra cá. Então, eles podem ter contado essa pessoa duas vezes até ao mesmo tempo. Então, por isso que eu digo, eu fiquei surpreso de ao ver que tinha esse excesso. Ele afirmou que tinha esse excesso, né? Mas não dá pra você dizer que tá com excesso. Porque você tá contando o passageiro, ele tá andando no barco. A embarcação tava chegando. Não tava. Não tava saindo. Estava chegando.*

*Juíza - Quando sai, vai mais gente, assim, normalmente?*

*Denunciado - Não, quando sai, poderia-se dizer que teria uma contagem certa. Colocariam numa balsa, né? Tudo bem e contariam. Mas, você fazer uma contagem, de fazer uma contagem, pá, pá, pá. Ele pega um contador e sai: tá, tá, tá. É rápido. Isso ele tem que fazer rápido, né? Porque tem outras embarcações pra ser abordada. Mas essa pessoa que ele contou, quando ele vem de novo, já tá de novo. Já pode contar de novo essa pessoa. E eu vinha subindo o rio, sem carga nenhuma. Porque o produto que tá lá é tucumã, mas também, nessa época ... nesse dia, não vinha com essa carga. Porque a carga que dá é daqui para lá. Então, já vinha subindo o rio, praticamente atracando no Porto, né? (fls. 75/79).*

Por sua vez, o comandante da embarcação Santo André, Romeu José Queiroz Libório, assim declarou em juízo:

[...] QUE era comandante da embarcação SANTO ANDRÉ, aproximadamente no período de dois mil a dois mil e quatro; QUE a referida embarcação fazia o trajeto Itapiranga/Silves/

Itacoatiara/Manaus; QUE se recorda de que em uma das viagens que realizou, em data que não consegue precisar, após duas ou três horas de viagem partindo de Itapiranga, antes de chegar no município de Silves, houve um problema com a luva elástica da embarcação, que ficou à deriva; QUE a testemunha então pediu ajuda pelo rádio, inclusive à Capitania dos Portos, sendo que foi atendido pela embarcação ALMIRANTE GUIMARÃES; QUE ficou por cerca de meia hora à deriva até a chegada da ALMIRANTE GUIMARÃES; QUE a embarcação SANTO ANDRÉ foi rebocada até a margem do rio e, como estava entrando água pelo local onde se quebrou a luva elástica, a testemunha ficou com receio pelos passageiros e pediu ao acusado ELONIS, que era o comandante da ALMIRANTE GUIMARÃES, que o mesmo levasse os passageiros da SANTO ANDRÉ até Manaus; QUE, então, cerca de vinte ou vinte e cinco saíram da SANTO ANDRÉ e foram para a ALMIRANTE GUIMARÃES; QUE isso ocorreu por volta das vinte e duas e trinta e vinte e três horas, próximo ao “Rebojão”, no canal de Itapiranga, quase chegando no Rio Amazonas; QUE a notificação à Capitania dos Portos se deu unicamente pelo rádio; QUE é obrigatório que outras embarcações prestem socorro; QUE após os passageiros passarem para a ALMIRANTE GUIMARÃES, a testemunha permaneceu na SANTO ANDRÉ, que posteriormente foi rebocado até Itapiranga. Dada a palavra à defesa de ELONIS FREITAS NUNES, alegou: QUE após a quebra da luva elástica a água começou a entrar pelo túnel do eixo da embarcação; QUE a testemunha não sabe dizer precisamente por onde começou a entrar água, dado que esta não é sua especialidade; QUE a testemunha acha que poderia haver risco de naufrágio, dado que imagina que a bomba não daria vazão à água que estava entrando; QUE a embarcação SANTO ANDRÉ não chegou a naufragar. Dada a palavra à defesa de ALMIRANTE GUIMARÃES, nada requereu. Dada a palavra ao MPF, disse: QUE após o problema com a luva elástica, a embarcação SANTO ANDRÉ não foi vistoriada pela Capitania dos Portos antes de entrar em operação novamente; QUE o proprietário da embarcação também não comunicou à Capitania dos Portos do problema ocorrido com a SANTO ANDRÉ; QUE quando da vistoria realizada pela Capitania dos Portos no ano seguinte, não foi informado acerca do problema ocorrido com a luva elástica. Nada mais disse nem lhe foi perguntado (fls. 157/158). (negrito nosso)

As declarações acima transcritas indicam que, diferentemente do que aduzido na sentença *a quo*, conquanto a autoria e a materialidade do delito restem evidenciadas, exsurge do conjunto probatório apurado a existência do estado de necessidade como excludente de antijuridicidade, atraindo a aplicação do art. 23 do Código Penal:

*Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:*

*I - em estado de necessidade;*

*II - em legítima defesa;*

*III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*

*Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.*

*§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.*

O estado de necessidade como excludente da antijuridicidade apta a justificar a lesão a bens jurídicos alheios, exige a demonstração de perigo atual e inexorável, a ponto de premir o agente a realizar a conduta tipificada como crime.

Portanto, entendo provada nos autos a alegada excludente de antijuridicidade, eis que o apelante tão somente procurou salvar pessoas que se encontravam em outra embarcação de um perigo atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar.

Assim, nas circunstâncias do caso concreto, impõe-se a aplicação do art. 23 do Código Penal para excluir o crime, em face da ocorrência de excludente de antijuridicidade, o estado de necessidade.

Este também é o entendimento da Procuradoria Regional da República 1ª Região, que manifesta-se pelo provimento do recurso, *in verbis*:

*[...] Ora, pela análise percuciente de todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que se evidencia, data maxima venia, é justamente o contrário do entendimento do magistrado de primeira instância.*

*A contagem dos passageiros feita pelo Agente da Capitania dos Portos, por meio de aparelho medidor, conforme declaração de fls. 265/266, não se mostra como prova consistente de modo a amparar a condenação do réu a longos 04 (quatro) anos de reclusão.*

*Note-se que se mostra de todo inviável o fato de uma única pessoa fazer a contagem de toda a tripulação de uma embarcação do porte da ALMIRANTE GUIMARÃES. Para que isso se tornasse possível, a fim de se constituir prova segura, no sentido de amparar uma condenação, que, in casu, revelou-se na aplicação de uma pena bastante elevada, haveria de se determinar que todos os passageiros desembarcassem, à medida que fosse sendo feita a contagem, ou até mesmo que todos permanecessem imóveis, o que de fato não aconteceu.*

*Ademais, foi declarado pelo apelante, bem como pelo corréu, em depoimentos judiciais de fls. 71/83, que a embarcação já teve a autorização de transitar com 200 (duzentos) passageiros. Esta informação deveria ter sido checada pelo douto Juízo*

da instância de piso, uma vez que, se confirmado, por meio de prova pericial, que a embarcação comporta até duzentos passageiros, o fato de ter supostamente sido constatado que a ALMIRANTE GUIMARÃES encontrava-se no momento da fiscalização com 160 (cento e sessenta) passageiros, não demonstra que ocorreu efetivamente um perigo à embarcação.

Da mesma forma, também não restou comprovado nos autos que os equipamentos de salvamento eram insuficientes para a quantidade de pessoas.

Repise-se, a única prova coligida aos autos, destinada a amparar a condenação, foi a contagem realizada pelo agente da Capitania, a qual, conforme argumentos acima expostos, não se mostra consistente.

Portanto, para este órgão ministerial de segunda instância, não restou devidamente comprovado nos autos a existência do elemento objetivo do tipo penal, qual seja, a efetiva demonstração de que houve um perigo de dano à embarcação ALMIRANTE GUIMARÃES.

De outra banda, mesmo que entenda essa Corte Regional pela ocorrência efetiva do perigo de dano, não houve dolo por parte do agente, uma vez que este agiu no estrito cumprimento de seu dever legal, movido também por um estado de necessidade, uma vez que teria praticado o ilícito do artigo 261 do Código Penal para salvar pessoas de uma outra embarcação de um perigo atual, o qual não foi provocado por sua vontade, nem podia de outro modo evitar.

O douto magistrado de primeira instância entendeu não existir elementos que comprovassem que a embarcação Santo André se encontrava à deriva e que esta foi socorrida pelo então apelante, senão vejamos:

[...] Cumpre registrar que, ao contrário do que sustenta a defesa dos réus, não há elementos que comprovem que a embarcação ALMIRANTE GUIMARÃES prestou socorro à embarcação SANTO ANDRÉ, a qual supostamente encontrava-se à deriva, com perigo de naufrágio, o que teria dado causa à superlotação constatada.

Ocorre que, existe elemento probatório testemunhal, substanciado na inquirição de Romeu José Queiroz Libório, comandante da embarcação Santo André, que afirma o seguinte (fls. 157/158):

[...] houve um problema com a luva elástica da embarcação, que ficou à deriva; QUE a testemunha então pediu ajuda pelo rádio, inclusive à Capitania dos Portos, sendo que foi atendido pela embarcação ALMIRANTE GUIMARÃES; QUE ficou por cerca de meia hora à deriva até a chegada da ALMIRANTE GUIMARÃES; QUE a embarcação SANTO ANDRÉ foi rebocada até a margem do rio e, como estava entrando água pelo local onde se quebrou a luva elástica, a testemunha ficou com receio pelos passageiros e pediu ao acusado ELONIS, que era o comandante da ALMIRANTE

GUIMARÃES, que o mesmo levasse os passageiros da SANTO ANDRÉ até Manaus; [...] QUE é obrigatório que outras embarcações prestem socorro [...] QUE após a quebra da luva elástica a água começou a entrar pelo túnel do eixo da embarcação; QUE a testemunha acha que poderia haver risco de naufrágio, dado que imagina que a bomba não daria vazão à água que estava entrando. (negrito nosso)

Diante desses fatos, entendemos que estão presentes os elementos subjetivo e objetivo do artigo 242 do Código Penal, caracterizando a excludente de ilicitude (artigo 23 do CPB) do estado de necessidade, bem como do estrito cumprimento de dever legal, invocado no artigo 15, "d", da Lei 2.180/54.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para absolver o réu, com fundamento no art. 386, VI, do CPP.

É o voto.

## Voto Revisor

O Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel: — Recorre o acusado Eleonis Freitas Nunes da sentença que o condenou pela prática do delito do art. 261 do Código Penal.

Vejamos.

Nada a acrescentar ao relatório de fl. 372-373.

Merece prosperar o apelo da defesa.

Verifica-se pelo compulsar dos autos que está devidamente comprovada a materialidade e autoria nos termos do voto da eminente relatora.

De outro lado, tanto o interrogatório do réu Eleonis Freitas Nunes como as afirmações da testemunha Romeu José Queiroz Libório, comandante da embarcação Santo André, indicam que o agente foi impelido a praticar a conduta tipificada como crime para salvar os passageiros da embarcação Santo André, que se encontrava a deriva em período noturno, situação que não provocou e nem poderia de outro modo evitar. Consequentemente, a realidade fática apresentada remete ao cometimento do fato típico em estado de necessidade, nos termos dos arts. 23 e 24 do Código Penal, a ensejar a aplicação dessa excludente de antijuridicidade.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo do acusado Eleonis Freitas Nunes, para absolvê-lo da prática do crime que lhe foi imputado pela denúncia, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

É como voto.

## Terceira Turma

Numeração única: 0031062-32.2006.4.01.3800

Apelação Criminal 2006.38.00.031610-3/MG

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)  
Apelante: Marcolino Caetano de Souza Viana  
Defensora: Defensoria Pública da União – DPU  
Apelante: Justiça Pública  
Procurador: Dr. Carlos Alexandre Ribeiro de Souza Menezes  
Apelados: os mesmos  
Publicação: e-DJF1 de 07/02/2014, p. 1.016

### Ementa

*Penal e Processual Penal. Uso de documento falso. Visto consular falsificado. Art. 297 do Código Penal. Incompetência da Justiça Federal afastada. Materialidade e autoria comprovadas. Dosimetria. Justiça gratuita.*

I. O visto consular não é documento que subsiste fora do passaporte e a sua falsificação viola bem jurídico nacional (fé pública). O uso de passaporte brasileiro autêntico, contendo visto consular falso, infringe a fé pública brasileira.

II. Materialidade e autoria devidamente comprovadas pelo auto de apreensão, laudo de exame documentoscópico e depoimento do réu.

III. A dosimetria da pena foi corretamente calculada pelo magistrado a quo, em respeito aos arts. 59 e 68 do CP.

IV. O réu está assistido pela Defensoria Pública da União, o que se faz presumir sua hipossuficiência econômica.

V. Apelação do Ministério Público Federal não provida.

VI. Apelação do réu provida em parte.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação do MPF e dar parcial provimento à apelação do réu.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 28/01/2014.

Juiz Federal *Alexandre Buck Medrado Sampaio*, relator convocado.

### Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes:* — Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e pelo acusado Marcolino Caetano de Souza Viana contra sentença proferida pelo Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca, em auxílio na 4ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, que condenou o réu à pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 297, na forma do

art. 29, ambos do Código Penal. Fixou a pena de multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, bem como substituiu a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, na forma de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (fls. 171-177).

Consta da denúncia que, no dia 25/11/2000, Renata de Souza Viana, menor de idade à época, filha do réu Marcolino Caetano de Souza Viana, tentou embarcar em voo no Aeroporto Internacional de

Confinos, em Belo Horizonte/MG, com destino aos Estados Unidos da América, portando passaporte brasileiro (CK 569900) com visto consular americano falso. Perante a Polícia Federal o réu declarou que pediu a José Francisco, também conhecido como “Zé do Chico”, para obter o visto consular americano para sua filha, pagando o valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

A denúncia foi recebida em 24/08/2006 (fl. 71).

Em suas razões de apelação o Ministério Público Federal sustenta que a pena aplicada deve ser majorada, próxima ao limite máximo legal, uma vez que as circunstâncias do art. 59 do CP são desfavoráveis ao condenado, no tocante à culpabilidade e conduta social (fls. 181-185).

O réu Marcolino Caetano de Souza Viana, por meio da Defensoria Pública da União, preliminarmente alega a incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar o feito, entendendo que “o passaporte não pode ser confundido com o visto consular, pois se tratam de documentos distintos”. Sendo o passaporte autêntico, com visto consular falso, não existe ofensa a bens, serviços ou interesses da União, pois o vício do visto consular não contamina a autenticidade do passaporte.

Sustenta, ainda, tratar-se de falsificação grosseira, pois o visto não era apto a enganar o homem médio, uma vez que já no *check-in* a adulteração foi descoberta.

Assevera, ao final, o apelante ser assistido pela Defensoria Pública da União, o que autoriza os benefícios da justiça gratuita, devendo ser reformada a sentença também em relação ao pagamento das custas processuais (fls. 201-209).

Contrarrazões da DPU a fls. 190-197 e do MPU a fls. 211-217.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Procurador Regional da República Osnir Belice, manifesta-se pelo não provimento dos recursos de apelação (fls. 220-225).

É o relatório.

Ao eminente revisor.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — Primeiramente, analisarei a preliminar de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito.

O delito de falsificação de documento público está previsto no art. 297 do Código Penal, *verbis*:

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Trata-se de crime formal, que independe da ocorrência do resultado pretendido pelo agente, consumando-se com o simples uso do documento falso.

A objetividade jurídica desse crime é a fé pública, no que tange à autenticidade dos documentos públicos e particulares.

Desse modo, o uso de passaporte brasileiro autêntico, contendo visto consular falso, infringe a fé pública brasileira, haja vista que a falsificação do documento público estrangeiro ocorreu dentro do território nacional, ofendendo, por isso, interesse da União. Ademais, o visto consular não é documento que subsiste fora do passaporte e a sua falsificação viola bem jurídico nacional.

Assim sendo, não se pode falar que somente o país que emitiu o visto consular possui interesse em averiguar a sua autenticidade.

Neste sentido já decidiram a 3ª e 4ª Turmas desta Corte:

PENAL. PROCESSO PENAL. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSIFICADO. ART. 304 C/C ART. 297 DO CÓDIGO PENAL. VISTO CONSULAR ESTRANGEIRO CONTRAFEITO, EMITIDO EM PASSAPORTE NACIONAL AUTÊNTICO. OFENSA À FÉ PÚBLICA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. ART. 397-III DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. O crime de uso de documento falso é comissivo e instantâneo, consumando-se com a simples utilização do documento contrafeito em sua destinação própria. 2. A inserção de dados falsos em passaporte nacional faz com que a falsidade, conquanto se caracterizada apenas em relação ao visto consular, passe a integrar o passaporte. 3. Demonstrando a acusação a ciência da falsidade por parte do apelado, não cabe a absolvição sumária. 4. Apelação provida para regular processamento do feito no juízo de origem. (ACR 0055656-18.2003.4.01.3800/MG, rel. convocado Juiz Federal José Alexandre Franco, Quarta Turma, e-DJF1, p. 38 de 18/07/2012).

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Henrique Gouvêa da Cunha (convocado).

PENAL. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO (ART. 304 C/C O ART. 297, ambos DO CP). VISTO CONSULAR FALSO EM PASSAPORTE VERDADEIRO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. 1. A objetividade jurídica do crime de uso de documento falso é a fé pública, no que tange à autenticidade dos documentos públicos e particulares. A consumação ocorre com a produção do documento, contendo a falsidade, independentemente da ocorrência de dano, e com o seu uso. Trata-se, portanto, de crime formal. 2. O visto consular não é documento que subsiste fora do passaporte e, sendo este um documento de identificação de propriedade da União, exigível de todos que pretendem fazer viagem para o exterior, a falsificação daquele viola bem jurídico nacional, pois representa uma contrafação do passaporte. 3. O ato de introduzir visto consular falso em passaporte verdadeiro configura conduta típica, porquanto o bem jurídico, fé pública, é efetivamente violado ainda que o documento seja utilizado apenas no Brasil, eis que o denunciado tentou ludibriar as autoridades aeroportuárias no embarque para o exterior mediante o seu uso. 4. Como o documento contrafeito foi utilizado no Brasil para que o acusado pudesse embarcar para os EUA, aplica-se princípio da territorialidade. Temos, ainda, que, ofendido interesse da União, aplicável ao caso é a lei brasileira, conforme dispõe o princípio da extraterritorialidade incondicionada. 5. Autoria e materialidade comprovadas pelos documentos e provas constantes dos autos. 6. Apelação provida para condenar o réu. (ACR 0054509-54.2003.4.01.3800/MG, Rel. Tourinho Neto, 3ª Turma, DJ 09/04/2010).

Desse modo, na linha do entendimento firmado por este Tribunal Regional, afasto a preliminar de incompetência da Justiça Federal.

## Mérito

A materialidade da infração ficou comprovada pelo auto de apreensão (fl. 12) e laudo de exame documentoscópico (fls. 13-14), que atesta a falsidade do visto consular aposto no passaporte autêntico emitido em nome de Renata de Souza Viana.

A autoria está comprovada pelas declarações do réu perante a autoridade policial (fls. 4 e 24-25) e em Juízo (fls. 77-79). Marcolino admitiu que entregou a José Francisco, um desconhecido, o passaporte de sua filha, bem como lhe pagou o valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), que incluía o visto consular e a passagem aérea, em razão das “vantagens na obtenção do visto de forma mais célere e considerando o preço”.

Ora, não se pode crer que o réu não soubesse que José Francisco providenciaria o visto de forma fraudulenta, ainda mais tendo familiares morando nos Estados Unidos, os quais têm conhecimento acerca

dos procedimentos necessários para se obter o visto consular americano.

Quanto à alegação de crime impossível, devido ao caráter grosseiro da falsificação, incapaz de iludir o homem comum, sem razão o apelante.

No caso dos autos, a falsidade foi constatada por funcionário da empresa aérea com grande experiência em analisar tais documentos, não podendo ser considerado uma pessoa comum.

Por outro lado, tal alegação não foi sequer mencionada no laudo de fls. 13-14, onde consta terem sido utilizados para o exame de autenticidade do visto aposto no passaporte, aparelhos ópticos de ampliação e de luz ultravioleta.

No que se refere ao pedido de assistência judiciária, assiste razão ao recorrente.

Deve ser provida a apelação, neste ponto, uma vez que o acusado está assistido pela Defensoria Pública da União, o que se faz presumir sua hipossuficiência econômica.

A dosimetria da pena foi corretamente calculada, em respeito aos arts. 59 e 68 do CP, não existindo circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, conforme bem analisou o magistrado *a quo*:

Da análise das circunstâncias judiciais verifico que, quanto à culpabilidade, esta não se revela intensa, isto é, não há um plus em relação à reprovabilidade inerente ao seu cometimento; quantos aos antecedentes, sem prejuízo, tratando-se de réu primário; quanto à personalidade não há envolvimento do réu com a Justiça Criminal; não há registro nos autos para aferir quanto à sua conduta social, sem prejuízo; quanto aos motivos e às circunstâncias, não são desfavoráveis ao réu; quanto à vítima, em nada contribuiu para a infração. As consequências do crime também não são graves.

Assim, foi corretamente fixada a pena no mínimo legal.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do MPF e dou parcial provimento à apelação do réu para conceder o benefício da justiça gratuita, ficando dispensado do pagamento das custas (art. 4º da Lei 9.289/1996), sem prejuízo do disposto no art. 12 da Lei 1.050/1960.

É como voto.

## Voto Revisor

O Exmo. Sr. Juiz Federal Henrique Gouvêa da Cunha: —

1. Conforme consignado no relatório de fls. 246-247, trata-se de recursos de apelação interpostos pelo *Ministério Público Federal e Marcolino Caetano de Souza Viana* contra sentença que julgou *procedente* a pretensão punitiva estatal para condenar o réu à pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, substituída a pena privativa de liberdade por *uma* restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas), pela prática do crime inculcado no art. 297 c/c art. 29 do Código Penal. (fls. 171-177.)

2. Acolho os fundamentos do voto da eminente relatora para rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça Federal arguida pelo acusado porque o ato de introduzir visto consular falso em passaporte verdadeiro configura conduta típica prevista no art. 297 do Código Penal, cuja objetividade jurídica é a fé pública.

3. No mérito, tal qual a relatora, afasto a alegação de que a falsificação era grosseira porque a adulteração somente foi descoberta por pessoa com conhecimentos

especializados, ou seja, funcionário da empresa aérea, experiente na análise de documentos dessa natureza. Logo, tenho que o conjunto probatório é idôneo a comprovar a autoria, a materialidade e o dolo do delito imputado ao réu, devendo, assim, ser mantido o decreto condenatório.

4. De outro lado, não merece acolhida o pedido de majoração da pena feito pelo Ministério Público Federal da União, porque o juiz da causa a fixou em conformidade com os critérios previstos nos art. 59 e 68 do Código Penal, inexistindo nos autos elementos concretos que justifiquem fixação da reprimenda em patamar acima do mínimo legal.

Pelo exposto, *nego provimento* ao recurso de apelação do Ministério Público Federal da União e *dou-o, em parte*, ao apelo do réu, nos termos do voto da eminente relatora.

Acompanho a relatora na concessão dos benefícios da gratuidade de justiça.

*É como voto.*

## Quarta Turma

Numeração única: 0020463-02.2008.4.01.3400

Apelação Cível 2008.34.00.020550-8/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes  
 Apelante: Ministério Público Federal  
 Procurador: Dr. Bruno Caiado de Acioli  
 Apelados: Laércio Cunha Moll e outros  
 Advogados: Dr. Ricardo Alexandre Rodrigues Peres e outro  
 Publicação: e-DJF1 de 24/01/2014, p. 723

## Ementa

*Administrativo. Improbidade administrativa. Rejeição da inicial. Prescrição. Servidor efetivo que ocupava função de confiança. Infrações disciplinares capituladas também como crimes. Hipótese não ocorrente. Inquérito policial instaurado depois do arquivamento do processo disciplinar. Presunção constitucional de inocência. Particulares que atuam em conjunto com agente público em atos de improbidade. Submissão às mesmas regras de prescrição. Desprovimento da apelação.*

I. A sentença deixou de receber a petição inicial de ação de improbidade administrativa contra os apelados, aos quais foram imputados supostos desvios de verbas públicas federais destinadas à construção do edifício-sede da Procuradoria-Geral da República, por reconhecer a prescrição da pretensão do Ministério Público Federal.

II. Para o julgado, ter-se-ia operado a prescrição quinquenal, nos termos do art. 23, II, da Lei 8.429/1992, c/c o art. 142, I e § 1º - Lei 8.112/1990, levando em conta o fato de o principal demandado ser também servidor efetivo — analista de Engenharia Civil — do quadro da PGR, contado o quinquênio a partir de 19/05/1999, data em que os fatos se tornaram conhecidos.

III. Considerou, ainda, que a prescrição teria ocorrido, da mesma forma, se considerado o inciso I do art. 23 da Lei 8.429/1992 (“até cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança”), adotando como termo inicial do prazo a data da primeira exoneração do servidor da função comissionada (FC – 06) de assessor de administração de edifícios do MPF, em 23/03/2001, já que os fatos, cuja apuração fora objeto da sindicância, arquivada pela Portaria 87, de 26/04/2001, ocorreram nos anos de 1999/2000.

IV. O fato de o servidor, à época dos fatos, ocupar cumulativamente cargo efetivo e função de confiança não altera o prazo prescricional, pois o que prevalece, para fins de contagem do prazo prescricional, é o vínculo permanente, ou seja, o cargo efetivo, pelo simples fato desse vínculo não cessar com a exoneração da função, que é temporária.

V. Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crimes (Lei 8.112/1990 – art. 142, § 2º), hipótese que não se aplica ao caso, no qual o inquérito policial, pelos mesmos fatos, foi instaurado quatro anos (agosto/2005) depois do arquivamento da sindicância disciplinar (agosto/2001) e, já com promoção de arquivamento em três dos quatro itens do seu objeto, ainda não foi finalizado, decorridos mais de oito anos.

VI. Para haver o cálculo da prescrição administrativa com atenção ao prazo previsto na legislação penal, resta imperioso que tenha havido, ao longo do período de processo disciplinar, a instauração de inquérito policial ou o ajuizamento de ação penal (STJ - RMS 38.992/RS, 2ª Turma, DJe de 02/12/3013).

VII. A mais disso, admitir o inquérito para a finalidade de alargar o prazo prescricional — no caso, de cinco para dezesseis anos —, como propugna a apelação, seria um atentando ao princípio constitucional da presunção de inocência, quando a jurisprudência não o admite sequer para fins de agravamento da pena-base (Súmula 444 – STJ).

VIII. O particular, ainda que pessoa jurídica (art. 3º - Lei 8.429/1992), que se relaciona com agentes públicos na prática de ilícitos caracterizados como de improbidade administrativa, se submete às regras de prescrição a estes aplicáveis.

IX. Desprovimento da apelação.

## Acórdão

Decide a Turma negar provimento à apelação, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 07/01/2014.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Olindo Menezes*: — O Ministério Público Federal apela de sentença da 15ª Vara Federal/DF, que deixou de receber a petição inicial de ação de improbidade administrativa proposta em 27/06/2008, em desfavor de *Marco Antônio Bichara, Laércio Cunha Moll, Elaine Vieira Lago Bichara e Ana Paula Carneiro Vieira de Araújo*, em virtude de supostos desvios de verbas públicas federais destinadas à construção do edifício-sede da Procuradoria-Geral da República.

Para a sentença, ter-se-ia operado a prescrição quinquenal, nos termos do art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, c/c o art. 142, I e § 1º - Lei 8.112/1990, levando em conta o fato de Marco Antônio Bichara ser também servidor efetivo — analista de Engenharia

Civil — do quadro da PGR, contado o quinquênio a partir de 19/05/1999, data em que os fatos se tornaram conhecidos, em função de carta do arquiteto Carlos Magalhães, entregue a dois procuradores da República de Brasília, dando conta de ter recebido supostas pressões (fls. 4.858 - 4.861).

Considerou, ainda, que a prescrição teria ocorrido da mesma forma se considerado o inciso I do art. 23 da Lei 8.429/1992 (“até cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;”), adotando como termo inicial do prazo a data da primeira exoneração de Marco Antônio Bichara da função comissionada (FC – 06) de assessor de administração de edifícios do MPF, em 23/03/2001, já que os fatos, cuja apuração fora objeto da sindicância, arquivada pela Portaria 87, de 26/04/2001, em face da não constatação de malferimento aos deveres

funcionais, ocorrerem nos anos de 1999/2000 (fls. 4.861 - 4.863).

Sustenta o MPF que a ação de improbidade não está prescrita, tendo em vista que a situação do servidor público ocupante de cargo efetivo Marco Antônio Bichara se enquadra no preceito contido no art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, que rege o prazo prescricional aplicável a agentes públicos detentores de cargo ou emprego efetivo, independentemente do exercício de cargo comissionado ou função de confiança.

Aduz que a análise do art. 23 da LIA deve ser feita em conjunto com o art. 142, § 2º, da Lei 8.112/1990, uma vez que Marco Antônio Bichara, assim como os outros réus, responde criminalmente pelos mesmos fatos objeto da ação de improbidade — Inquérito Policial 2005.34.00.024554-5, que apura o cometimento de crimes tipificados no art. 312, 317 e 333 do Código Penal —, razão pela qual o prazo prescricional deve ser de 16 anos, nos termos do art. 109, inciso II, do Código Penal.

Ressalta que não há se falar em prescrição uma vez que os fatos remontam ao ano de 1997, tendo a presente ação sido ajuizada em 27/06/2008, ou seja, onze anos após, dentro do prazo prescricional de 16 anos.

Afirma, também, que segundo precedente recente do STJ, aplica-se o prazo prescricional previsto no art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992 a servidor ocupante de cargo efetivo que tenha ocupado cargo em comissão quando do cometimento do ato de improbidade; compreensão que também deve ser aplicada aos outros réus, mesmo que particulares, pois concorreram para o ato de improbidade e dele se beneficiaram.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 4.908 - 4.921), ascendem os autos a este Tribunal, tendo o órgão do Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo procurador regional da República Paulo Gustavo Gonet Branco (fls. 4.931 - 4.936), opinado pelo provimento do recurso.

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — 1. Antes do exame do tema da apelação propriamente

dito, restrito à prescrição da pretensão, quiçá seja útil rever os fatos da causa de pedir descritos na ação de improbidade.

A ação tem o intuito de responsabilizar os requeridos Marco Antônio Bichara, analista de Engenharia Civil do quadro de pessoal da Procuradoria-Geral da República, então ocupante da função comissionada (FC - 06) de assessor de administração de edifícios, pela prática de atos de improbidade previstos nos arts. 9º, incisos I e VII, 10, incisos I e XII, e 11, *caput*, da Lei 8.429/1992; e Laércio Cunha Moll, Elaine Vieira Lago Bichara e Ana Paula Carneiro Vieira de Araújo pela prática de atos de improbidade descritos nos arts. 9º, incisos I e VII, 10, incisos I e XII, e 11, *caput*, c/c art. 3º e 6º da Lei 8.429/1992<sup>1</sup>.

As acusações dizem respeito a supostas irregularidades administrativas no processo de construção do edifício-sede da PGR. Segundo a inicial, a contratação do escritório do arquiteto Oscar Niemeyer, para elaboração do projeto executivo da obra, foi realizada no

<sup>1</sup> Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; [...]

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; [...]

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Mendes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcus Vinicius Reis Bastos (convocado).

ano de 1996 mediante inexigibilidade de licitação, em face da notória especialização do contratado. O levantamento do material necessário à consecução da obra foi orçado em R\$ 2.888.411,00, e estimado o custo total da obra em R\$ 80.000.000,00.

A licitação para a obra, também em 1996, foi do tipo menor preço, modalidade concorrência (1/1996), em regime de execução indireta, empreitada por preço global, sagrando-se vencedora a empresa Serveng-Civilsan, que apresentou proposta no valor de R\$ 49.739.141,62. Em virtude de vários aditivos, que elevaram o custo da obra e aumentaram o prazo para sua conclusão, o valor da contratação passou para R\$ 61.755.323,19, em dezembro de 2000, e sua conclusão, que seria de 1.080 dias a partir da assinatura do contrato (25/10/1996 a 10/10/1999), passou para 18/11/2000, sendo que a empresa solicitou mais 404 dias, a partir de 18/11/2002, devido a atrasos causados pelos acréscimos de serviços e quantitativos.

Nos dias 4 e 5 de fevereiro de 2001, o jornal Estado de São Paulo noticiou irregularidades ocorridas na obra, narrando que o arquiteto Carlos Magalhães levou ao conhecimento dos Procuradores Regionais da República Antônio Carlos Alpino Bigonha e Rodrigo Janot Monteiro, bem como do engenheiro Marco Antônio Bichara, por meio de carta, que foi procurado por este último, que lhe teria oferecido vantagem econômica em troca de aprovação de termos aditivos ao Contrato de Concorrência 1/1996, fato que não restou comprovado.

Em virtude disso, foi instaurado em 16/02/2001 o Procedimento Administrativo 1.16.000.000.114/2001-23 (fls. 55 - 58), com o intuito de apurar as seguintes irregularidades: a) possibilidade de ocorrência de improbidade administrativa em face da declaração do arquiteto Carlos Magalhães de que ouvira de um técnico da PGR que

[...] teria dinheiro na jogada, que também sobriaria dinheiro para o arquiteto e que uma comissão de 20% (R\$ 4,8 milhões) sobre o aditivo pleiteado pela Serveng-Civilsan seria distribuída — uma parcela para procuradores — e 5% para o arquiteto,

fato que não foi provado; b) a contratação da empresa Arquitetura e Urbanismo Oscar Niemeyer S/C Ltda., para confeccionar o projeto executivo da obra, com inexigibilidade de licitação, fato julgado regular pelo TCU; c) existência de justificativa e de conformidade com a lei de cada um dos termos aditivos ao contrato de execução da obra firmado com a Serveng-Civilsan

S/A Empresas Associadas de Engenharia, fato julgado regular pelo TCU.

Em virtude da não comprovação dos fatos, e do julgamento regular pelo TCU, a Comissão de Sindicância opinou pelo arquivamento do processo, por não

[...] restarem afastados quaisquer hipóteses de malferimento, por parte do servidor Marco Antônio Bichara, aos deveres funcionais inscritos na Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, [...]

tendo efetivamente sido determinado o arquivamento, por despacho do vice-procurador-geral da República, de 14/08/2001.

Todavia, segundo o MPF, surgiram novos fatos demonstrando que Marco Antônio Bichara, servidor responsável pela Assessoria Técnica da Comissão de Obras da Assessoria de Administração de Edifícios da PGR aproximou-se de seu amigo, Laércio Moll, da construtora Serveng-Civilsan, com o intuito de que este intermediasse a compra dos materiais necessários à edificação, com vistas à obtenção de vantagens patrimoniais para ambos.

Nesse contexto, afirma que Laércio passou a representar algumas empresas fornecedoras de materiais de construção — Whel, Tate e Inylbra — e receber comissões pela compra e venda desses materiais, atuando como representante comercial e intermediador. Os valores recebidos dessas negociações eram, ao que se afirma, provavelmente distribuídos nas contas bancárias de ambos ou de suas esposas Ana Paula e Elaine, que tinham plena ciência dos fatos.

2. A sentença acatou a preliminar de prescrição e rejeitou a petição inicial. Para o julgado, ter-se-ia operado a prescrição quinquenal, nos termos do art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, c/c o art. 142, I e § 1º - Lei 8.112/1990, levando em conta o fato de Marco Antônio Bichara ser também servidor efetivo — analista de Engenharia Civil — do quadro da Procuradoria Geral da República, contado o quinquênio a partir de 19/05/1999, data em que os fatos se tornaram conhecidos, em função de carta do arquiteto Carlos Magalhães, da empresa Arquitetura e Urbanismo Oscar Niemeyer, entregue a dois procuradores da República de Brasília, dando conta de ter recebido supostas pressões (fls. 4.858 - 4.861).

A declaração do arquiteto Carlos Magalhães, pelo que se colhe da sentença, seria de que ouvira de um técnico da PGR que

[...] teria dinheiro na jogada, que também sobriaria dinheiro para o arquiteto e que uma

comissão de 20% (R\$ 4,8 milhões) sobre o aditivo pleiteado pela Serveng-Civilsan seria distribuída — uma parcela para procuradores — e 5% para o arquiteto [...],

fato considerado não provado e que levou ao arquivamento da sindicância aberta para a sua apuração, como já destacado.

Por esses e outros eventuais fatos, sendo o acusado servidor efetivo da PGR, onde ocupava o cargo de analista de Engenharia Civil, o prazo de prescrição seria efetivamente de cinco anos, nos termos do inciso II do art. 23 da Lei 8.429/1992, c/c o art. 142, I e § 1º, da Lei 8.112/1990, tal como entendeu a sentença.

Datando aquela comunicação de 19/05/1999, e considerando o preceito do § 1º do art. 142 da Lei 8.112/1990 (“O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.”), o ajuizamento da ação de improbidade junho/2008 deixa patente a consumação da prescrição quinquenal, considerando-se que a falta administrativa, na espécie, seria em tese punida com demissão (art. 142, I – Lei 8.112/1990).

Destacou a sentença, ainda, que o resultado não seria diferente se fosse considerado como termo inicial da prescrição o mês de maio de 2001, oportunidade em que os requeridos ao final foram ouvidos no âmbito da Procuradoria-Geral da República. De toda forma, de então a junho de 2008 mais de cinco anos teriam passado (fl. 4.861).

A compreensão não se alteraria pelo fato de o principal acusado, Marco Antônio Bichara, exercer também a função comissionada (FC – 06) de assessor de administração de edifícios do Ministério Público Federal.

Embora a Lei 8.429/1992 não cuide da situação, tem entendido a jurisprudência que

Exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, há que prevalecer o primeiro, para fins de contagem prescricional, pelo simples fato de o vínculo entre o agente e a Administração pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão, por ser temporário.<sup>2</sup>

Afirma a apelação que a sentença cometeu *error in iudicando* ao ter considerado o inciso I do art. 23 da Lei 8.429/1992, em vez do inciso II, mas, nas suas razões, transcreve apenas a segunda parte do capítulo

do julgado que analisou a prescrição pela matriz do inciso I (fls. 4.869-4.871 e fls. 4.893-4.895), quando, na realidade, foram consideradas as duas possibilidades: a do inciso II, como se viu (item 2), e a do inciso I, como se verá no item 3 a seguir.

3. Considerou a sentença, ainda (*ad argumentandum tantum*), que a prescrição teria ocorrido da mesma forma se considerado o inciso I do art. 23 da Lei 8.429/1992 (“até cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;”), adotando como termo inicial do prazo a data da primeira exoneração do Marco Antônio Bichara da função comissionada (FC – 06) de assessor de administração de edifícios do MPF, em 23/03/2001.

É que os fatos, cuja apuração fora objeto da sindicância, arquivada pela Portaria 87, de 26/04/2001, em face da não constatação de malferimento aos deveres funcionais, ocorrerem nos anos de 1999 – 2000 (fls. 4.861 – 4.863). Disse o a sentença:

[...] *Inicialmente, cumpre anotar que apenas o primeiro requerido, Marco Antônio Bichara, é ex ocupante de função pública, aplicando-se-lhe, por isso, o prazo prescricional de cinco (5) anos, contado do seu desligamento da função pública comissionada.*

*Os demais requeridos não tinham ligação com o serviço público, afirmando o MPF:*

*‘Com relação aos demais réus, insta observar que também não ocorreu a prescrição, porque agiram em concurso com os atos ímprobos praticados por MARCO ANTÔNIO BICHARA, principal responsável, razão por que têm a mesma contagem de prazo deste servidor, segundo jurisprudência do STJ.’*

*Em suma, o prazo prescricional a ser analisado é igual para todos os implicados, daí a todos aproveitar os argumentos prescricionais tecidos por uns e outros. Vejamos*

*Os requeridos apresentam detalhada cronologia dos fatos, comprovada documentalmente, demonstrando, de forma clara e exaustiva, a fluência do prazo prescricional quaisquer que sejam as datas principais consideradas (fatos (1999), nomeação para a função, ciência dos procuradores da República (1999), exoneração da função, etc.).*

[...]

Na sequência, transcreve trecho dos argumentos do apelado Marco Antônio Bichara, nestes termos (com negritos aditados):

*A origem dos fatos que ensejaram a abertura do PA n.º 1.16.000.000114/2001-23, de 16 de fevereiro de 2001, bem como a presente ação se deu em 11 ou 12 de maio de 1999, quando ocorreu uma acirrada e acalorada discussão entre o engenheiro Marco Antônio Bichara (demandado) e o arquiteto Carlos Magalhães (da empresa ARQUITETURA E URBANISMO*

<sup>2</sup>STJ – Recurso Especial 1.060.529 – MG (2008/0112461-8), 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques.

OSCAR NIEMEYER S/C LTDA – AUON), no canteiro de obras da construção do edifício-sede da PGR [...].’

Após a discussão o referido arquiteto procurou o Senhor Procurador Regional da República – Antônio Carlos Alpino Bigonha, a quem já conhecia e, sob sua orientação, entregou uma carta ao requerido, datada de 18 de maio de 1999, (3ª feira) onde, após prestar considerações [...] tomou a liberdade de aconselhar o demandado a formalizar denúncia aos órgãos competentes da PGR.

Ato contínuo, em 19 de maio de 1999, pela manhã (4ª feira), o requerido entregou ao Sr. Carlos Magalhães resposta à sua carta, [...] sendo que, o Sr. Carlos Magalhães entregou cópia da carta por ele escrita aos Procuradores Regionais da República, Antônio Carlos Alpino Bigonha e Rodrigo Janot Monteiro de Barros, os quais se dirigiram, ainda em 19 de maio de 1999 (4ª feira), ao então Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, no edifício-sede da PGR, oportunidade em que lhe entregaram a malfadada carta, sem, contudo, apresentar resposta do requerido. Destacamos.

Em 26 ou 27 de maio de 1999, o Senhor Procurador-Geral da República, em despacho de rotina com o Senhor Secretário-Geral do MPF, relatou-lhe a denúncia recebida no Aeroporto de Brasília, em 20 de maio de 1999 (5ª feira) pelos Procuradores Regionais da República, Antônio Carlos Alpino Bigonha e Rodrigo Janot Monteiro de Barros, sem repassar-lhe o assunto ou lhe entregue algum documento, tendo, o Senhor Secretário-Geral do MPF, no mesmo dia, convocado o demandado que prestou-lhes todos os esclarecimentos sobre os fatos, além de entregar-lhes as duas cartas, as quais foram levadas ao Senhor Procurador-Geral da República, com quem ficaram desde então, sendo que nenhum ato administrativo tenha sido levado a efeito desde então.

Como já relatado, as autoridades anteriormente citadas, mais especificamente os Procuradores Regionais da República, Antônio Carlos Alpino Bigonha e Rodrigo Janot Monteiro de Barros não mais se manifestam oficialmente sobre o assunto desde a recondução do Procurador-Geral da República ocorrida em junho de 1999, deixando de tomar conhecimento sobre o andamento das possíveis investigações sobre o assunto. Não se pronunciaram e não solicitaram informações à administração. De junho de 1999, após a recondução do Senhor Procurador-Geral da República, até dezembro de 1999, nenhuma solicitação à administração da PGR; de janeiro de 2000 a dezembro de 2000, nada. Nenhum contato telefônico com o Senhor Secretário-Geral ou mesmo com o Senhor Secretário de Administração da Instituição, solicitando informações sobre o ocorrido desde então.

Transcorridos quase 02 (dois) anos da relatada recondução do Senhor Procurador-Geral da República, no final do mês de janeiro de 2001, dia 30 ou 31, ano este em que também houve a petição do processo de indicação/nomeação do Procurador-Geral da República pelo Exmo. Senhor Presidente da República,

os Procuradores Regionais da República, Antônio Carlos Alpino Bigonha e Rodrigo Janot Monteiro de Barros resolveram tomar conhecimento do andamento das possíveis investigações dos fatos. Entretanto, ao invés de valerem-se de suas prerrogativas, enquanto Membros do Ministério Público Federal ou mesmo de, simplesmente, solicitarem informações à administração da PGR sobre o andamento das mesmas, decidiram procurar diretamente a imprensa, com a convocação do jornalista Fausto Macedo, do jornal O Estado de São Paulo para entrevistas o arquiteto Carlos Magalhães, na casa deste, conforme relatou o próprio Sr. Carlos Magalhães, no mesmo canteiro de obras e na presença do engenheiro de estruturas da AUON, Dr. Walmor Zeredo, dizendo: ‘olha, o Bigonha me ligou dizendo que o Fausto Macedo vai me procurar, na minha casa, para a gente relatar os fatos acontecidos em 1999. Eu só vou falar com o Fausto Macedo, depois de falar com você, que isso já deu uma confusão tão grande...’.

Após a concessão da entrevista do arquiteto Carlos Magalhães ao jornalista Fausto Macedo, a matéria jornalística foi publicada no jornal O Estado de São Paulo nos dias 04 e 05 de fevereiro de 2001, dando absoluta publicidade ao caso e origem ao Procedimento Administrativo n.º 1.16.000.000114/2001-23, instaurado para apurar possíveis irregularidades e desvios de verbas públicas federais na obra de construção do Edifício-Sede da Procuradoria-Geral da República, de 16 de fevereiro de 2001.

Diante da divulgação de notícias especulativas tendo como objetivo, dentre outros, o de colocar em dúvida a condução e fiscalização dos serviços de construção do edifício-sede da PGR, o Senhor Secretário de Administração do MOF, em 05 de fevereiro de 2001, solicitou autorização superior para abertura de procedimento administrativo visando apuração das responsabilidades cabíveis, o que demandou a designação, pelo Senhor Procurador-Geral da República, de Comissão de Sindicância, a qual foi instituída pela Portaria PGR n.º 087, de 22 de março de 2001, de acordo com o Processo MPF n.º 1.00.000.000675/2001-92.

Destarte, diante de todo o ocorrido e, principalmente, das matérias jornalísticas até então publicadas e, sem qualquer direito de defesa, em 21 de março de 2001, o requerido foi exonerado do cargo em comissão de Assessor-Chefe FC-6, da Assessoria de Administração de Edifícios da Secretaria de Administração do Ministério Público Federal, conforme PORTARIA N.º 103, publicada no DOU em 23 de março de 2001.

Em 26 de abril de 2001, os Membros da citada Comissão de Sindicância instituída pela Portaria GR N.º 087, opinaram pelo arquivamento dos Autos, vez que restaram afastadas quaisquer hipóteses de malferimento, por parte do servidor MARCO ANTÔNIO BICHARA, aos deveres funcionais inscritos na Lei n.º 8112, de 11 de dezembro de 1990, obtendo-se, por intermédio do DESPACHO do Exmo. Senhor VICE-PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, de 14 de agosto de 2001, determinação, para, em face do Parecer

conclusivo da Comissão de Sindicância instituída pela Portaria PGR n.º 087, arquivamento do presente feito.

Desta feita, em 30 de agosto de 2001, o Senhor Secretário-Geral do MPF após indagação da Egrégia Câmara de Coordenação e Revisão - Patrimônio Público, aos membros que Presidiam PA 1.16.000.000114/2001-23 de 16 de fevereiro de 2001, fez publicar no DOU, a PORTARIA n.º 331, de 28 de agosto de 2001, para nomeação de MARCO ANTÔNIO BICHARA, ocupante do cargo de Analista de Engenharia, código NAN-107.00, classe C, padrão 35, matrícula 2331-1, para exercer a Função Comissionada de Assessor-Chefe FC-06, da Assessoria de Administração de Edifícios do Ministério Público Federal.

Após a conclusão das obras de construção do edifício-sede da Procuradoria-Geral da República, e de sua respectiva inauguração, ocorrida em 15 de agosto de 2002, o engenheiro Marco Antônio Bichara, ocupante do cargo de analista de engenharia, código AN-107.00, Classe C, padrão 15, matrícula 2331-1, solicitou, em 27 de junho de 2003, PORTARIA N.º 436, sua dispensa da função comissionada de Assessor de Administração de Edifícios, FC-06, do Ministério Público Federal, a qual foi publicada no DOU, em 30 de junho de 2003.'

A partir dessas transcrições, a sentença passa a análise (mais aprofundada) da prescrição pelo outro fundamento, é dizer, nos termos do inciso I do art. 23 da Lei 8.429/92:

[...] O autor, MPF, utiliza, para afastar a tese da prescrição, a data da exoneração decorrente da 2ª nomeação do requerido para função de confiança, em 28.08.01, que perdurou até 27.06.2003. A ação foi ajuizada em 27.06.2008. De fato, por estas datas não haveria prescrição, posto que teria sido proposta no prazo de cinco anos da data da exoneração da função pública.

Ocorre que, como acima afirmado, o requerido exerceu a mesma função de confiança por dois períodos não sucessivos: de 1º.06.1994 a 21.03.2001 e 30.08.2001 a 27.06.2003.

Da primeira nomeação foi exonerado ex-officio após formação de Comissão de Sindicância e instauração de Procedimento Administrativo. Da segunda, foi exonerado a pedido.

Dentre os dois períodos houve interregno de pouco mais de cinco (5) meses, que foi o tempo que bastou para que a Comissão de Sindicância apurasse a lisura de conduta do requerido, 'vez que restaram afastadas quaisquer hipóteses de malferimento [...] aos deveres funcionais inscritos na Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990', (dizer do requerido à fl. 4.615) opinando pelo arquivamento dos autos do PA, que foi acolhido pelo então vice-procurador geral da República, por despacho de 14.08.2001. Decorreu, então, a segunda nomeação em 30.08.2001.

Em conclusão do exposto acima, o prazo prescricional deve ser contado, sem a menor sombra de dúvida, da data da primeira exoneração da função pública, 23.03.2001, principalmente porque

ela foi resultado exatamente da apuração dos fatos, mediante procedimento administrativo, que resultou arquivado em face da inocência do requerido. Não fosse o arquivamento não teria havido a segunda nomeação. A segunda exoneração não tem a menor pertinência com os fatos ora objeto desta ação, porque findos e sepultados no âmbito administrativo.

Registre-se, por oportuno, que o requerido exerceu, nos dois períodos, exatamente a mesma função pública comissionada, qual seja, Assessor-Chefe da Assessoria de Administração de Edifícios – AEE do MPF. Conforme Portarias nºs 263/1994 e 103/2001, respectivamente.

Demonstrada a ocorrência da prescrição, o que intriga nos autos é o fato da própria e nobre instituição ora autora, Ministério Público Federal, que arquivou, por ordem de sua segunda maior autoridade, os autos do Procedimento Administrativo, por não encontrar conduta ilícita do requerido, resolva propor a presente ação valendo-se de equivocada contagem de prazo prescricional. Relevante observar que os fatos tem origem na construção do edifício-sede da Procuradoria-Geral da República, e foram de conhecimento prévio de diversos procuradores da República além do então procurador-geral e pouco foi feito para apuração dos fatos, inclusive com fluência de longos períodos sem qualquer apuração.

[...]

Posto isso, declaro a ocorrência da prescrição do direito de ação deixando, por isso, de receber a petição inicial.

Para reconhecer a prescrição, a sentença levou em consideração como termo inicial do prazo o dia 23/03/2001, data da primeira exoneração da função pública do servidor Marco Antônio Bichara.

Como a ação fora proposta em 27/06/2008, e o prazo prescricional considerado foi de cinco anos (art. 23, I), a prescrição, fosse qual fosse o enquadramento legal, ter-se-ia operado, da mesma forma.

Também não estaria incorreta a sentença, ainda que esse fosse o enquadramento legal, que a julgador considerou apenas para argumentar, ou, nas suas palavras, "por amor ao argumento" (fl. 4.861), considerando-se que os supostos atos ímprobos teriam ocorrido preponderante da função comissionada (FC – 06) de assessor de administração de edifícios do Ministério Público Federal.

4. Ao defender a regência do inciso II do art. 23 ("dentro do prazo prescricional previsto em lei especial para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego."), que é de cinco anos, já analisada pela sentença (e neste voto), sustenta a apelação que deve ser considerado, também o § 2º do art. 142 da Lei 8.112/1990 ("Os prazos de prescrição previstos na lei

penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.”).

É que Marco Antônio Bichara e os outros réus respondem, pelos mesmos fatos, ao Inquérito Policial 2005.34.00.024554-5, que apura o cometimento de crimes tipificados nos arts. 312, 317 e 333 do Código Penal, o que elevaria o prazo prescricional para de 16 anos, nos termos do art. 109, inciso II, do Código Penal.

Firmada a hipótese, ressalta que não há se falar em prescrição, uma vez que os fatos remontam ao ano de 1997, tendo a presente ação sido ajuizada em 27/06/2008, ou seja, onze anos após, dentro do prazo prescricional de 16 anos.

A matéria não foi examinada inicialmente pela sentença, mas, em embargos de declaração, afirmou o MPF (fl. 4.896) que

[...] a causa posta nos autos não trata do suposto desvio de verbas públicas federais destinadas à obra da Procuradoria-Geral da República, mas de sim de criminoso envolvimento de servidor com terceiras pessoas [...]

Ao rejeitar os embargos, disse o julgador que o MPF pretendia, em verdade, a reconsideração da decisão, nestes termos:

Ora, se assim fosse, esta ação civil pública haveria de ser indeferida *in limine*, posto que não é o meio processual adequado para investigação criminal e apuração de envolvimento criminoso de servidor público, que teria, no entender do embargante, o dom de interferir no cômputo do prazo prescricional, que se pretende seja revisto pela via estreita dos embargos de declaratórios. (fl. 4.896).

Está correta a sentença. A ação de improbidade não teve por objeto apurar o eventual envolvimento criminoso do servidor com terceiras pessoas, senão condutas descritas na Lei 8.429/1992, todas elas, aliás, já examinadas nos órgãos competentes — comissão de sindicância no âmbito da PGR e no Tribunal de Contas da União — e dadas como regulares em relação aos deveres funcionais do servidor Marco Antônio Bichara.

Além disso, e como foi visto, afirma a sentença que despacho do vice-procurador-geral da República, de 14 de agosto de 2001, em face do parecer conclusivo da Comissão de Sindicância instituída pela Portaria PGR 87, determinou o arquivamento da apuração.

Pesquisa realizada no sítio do Tribunal dá conta de que o Inquérito Policial 04.572/2005, autuado na Justiça Federal sob o número 2005.34.00.024554-5, em 12/08/2005, teve a última movimentação em 21/01/2010, com a descrição “Baixa entregues em

definitivo partes, e o complemento “com 02 volumes Nº do Inquérito: 04.572/2005.”<sup>3</sup>

Conforme promoção de arquivamento parcial (fls. 4.705-4.745), o inquérito foi instaurado para apurar a ocorrência das seguintes condutas:

[...] a) *Alteração dos termos de licitação – de preço global para algo que, na prática, constitui-se em remuneração por preços unitários -, em desacordo com o edital. No mesmo sentido, possibilidade de restrição dolosa do caráter competitivo do processo licitatório – tendo em vista a imposição do modelo de “preço fechado”, depois abandonado – e/ou manutenção do certame, mesmo diante de um projeto executivo que, já desde a análise das propostas, mostrava-se falho (condutas tipificadas, em tese, nos artigos 90, 92 e 96 da Lei 8.666/1993); b) Acusações mútuas – entre o arquiteto Carlos Magalhães e o engenheiro Marco Antônio Bichara, que ensejaram a presente investigação criminal (o que poderia configurar os delitos descritos nos arts. 339 e 342 do Código Penal); c) Realização de uma “festa de aniversário” da esposa do engenheiro Marco Antônio Bichara, em pleno canteiro de obras, que teria sido custeada pela empresa Serveng-Civisan (ações que poderiam configurar os crimes dos arts. 312, 317 e/ou 333 do Código Penal); d) Relações do engenheiro Marco Antônio Bichara com Laércio Moll, vulgo “Duda”, amigo próximo seu, que freqüentava constantemente o canteiro de obras e, supostamente, teria interesses profissionais próprios no fornecimento de materiais para a construção (pode-se cogitar, aqui, nas figuras delituosas descritas nos arts. 312, 317 e/ou 333 do Código penal).* (fls. 4.706-4.707).

Segundo o MPF, não havia justa causa para o oferecimento de denúncia quanto aos fatos descritos nas alíneas *a*, *b* e *c*, ou seja, não existiam indícios suficientes de autoria e provas inequívocas de materialidade da conduta tida como criminosa.

Quanto à alínea *d*, ou seja, relação entre Marco Antônio Bichara e Laércio Moll, que teria influenciado a escolha de materiais da empresa por este representada, na construção da sede da PGR em Brasília, os fatos ainda demandavam diligências para a completa apuração, tais como o afastamento do sigilo bancários dos envolvidos e a oitiva deles em relação às movimentações financeiras em suas contas correntes (fls. 4.746 - 4.750).

Como pode ser visto, o inquérito policial, instaurado em 15/08/2005, anos depois do arquivamento da sindicância no âmbito da PGR em

<sup>3</sup> [http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200534000245545&secao=DF&pg=1&trf1\\_captcha\\_id=cfae8a2aa492ee698db17300523e4b7b&trf1\\_captcha=259w&enviar=Pesquisar](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200534000245545&secao=DF&pg=1&trf1_captcha_id=cfae8a2aa492ee698db17300523e4b7b&trf1_captcha=259w&enviar=Pesquisar)

14/08/2001, com promoção de arquivamento em três dos quatro itens do seu objeto, dura mais de oito anos e ainda não terminou, não podendo ter serventia para o fim pretendido na apelação.

Precedente recente do STJ afirma que

[...] 3. Para haver o cálculo da prescrição administrativa com atenção ao prazo previsto na legislação penal, resta imperioso que tenha havido, ao longo do período de processo disciplinar, a instauração de inquérito policial ou o ajuizamento de ação penal; providência que não foi realizada no caso concreto.<sup>4</sup> (destaque aditado).

No caso, todavia, o inquérito policial foi instaurado quatro anos depois de findo o processo disciplinar.

Quando assim não fosse, admitir o inquérito para a finalidade de alargar o prazo prescricional de 5 para 16 anos, em casos como o presente, seria um atentando ao princípio constitucional da presunção de inocência, quando a jurisprudência não o admite sequer para fins de agravamento da pena-base (Súmula 444 – STJ).

O prazo de prescrição é o aplicado pela sentença, com base no art. 23, II, da Lei 8.429/1992, que contém regra própria, por remissão às faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

5. Quanto aos outros envolvidos — Laércio Cunha Moll, Elaine Vieira Lago Bichara e Ana Paula Carneiro Vieira de Araújo —, considerou a sentença que o prazo de prescrição é o mesmo do servidor efetivo Marco Antônio Bichara, no que também não merece ajustes, pois figuram no polo passivo da ação de improbidade na qualidade de particulares que teriam concorrido para a prática do ato de improbidade, nos termos do art. 3º da Lei 8.429/1992.

No que toca à prescrição, o particular, pessoa jurídica ou não (art. 3º da Lei 8.429/1992) que se relaciona com agentes públicos na prática de ilícitos caracterizados como de improbidade administrativa, se submete às regras de prescrição a estes aplicáveis.

A interpretação dada pela doutrina e jurisprudência é nesse sentido, inclusive no STJ.

<sup>4</sup>RMS 38.992/RS, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins – DJe de 02/12/2013.

[...] Se alguém estranho ao serviço público praticar um ato de improbidade em concurso com ocupante de cargo efetivo ou emprego público, sujeitar-se-á ao mesmo regime prescricional do servidor público (REsp 965340)<sup>5</sup>:

[...] 2. Nos moldes da jurisprudência firmada do STJ, aplica-se aos particulares, réus em ação de improbidade, a mesma sistemática cabível aos agentes públicos, prevista no art. 23, I e II, da Lei 8.429/1992, para fins de fixação do termo inicial da prescrição. [...] (STJ, REsp 1.159.035/MG, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21/11/13, DJe de 29/11/2013.

Esta Regional Federal adota compreensão similar, como se infere do seguinte precedente:

[...]

III - O particular, ainda que pessoa jurídica (art. 3º da Lei 8.429/92), que se relaciona com agentes públicos na prática de ilícitos caracterizados como de improbidade administrativa se submete às regras de prescrição a estes aplicáveis. A interpretação dada pela doutrina e jurisprudência é nesse sentido. No Superior Tribunal de Justiça, é pacífico o entendimento de que “Se alguém estranho ao serviço público praticar um ato de improbidade em concurso com ocupante de cargo efetivo ou emprego público, sujeitar-se-á ao mesmo regime prescricional do servidor público” (REsp 965340). Outros precedentes do egrégio STJ: REsp 1038762/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, unânime, DJe de 31/08/2009, e REsp 1087855/PR, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, unânime, DJe de 11/03/2009.

[...]

(TRF1, AG 0016872-47.2008.4.01.0000, rel. Des. Federal Assusete Magalhães, rel. Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira (convocado), Terceira Turma, julgado em 15/12/2009, publicado no e-DJF-1 de 29/01/2010, p. 98).

6. Em face do exposto, nego provimento à apelação, mantendo intacta a sentença apelada.

É o voto.

<sup>5</sup>Outros precedentes do STJ: REsp 1038762/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, unânime, DJe de 31/08/2009, e REsp 1087855/PR, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, unânime, DJe de 11/03/2009.

## Quarta Turma

*Habeas Corpus* 0055568-79.2013.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Marcus Vinicius Reis Bastos  
 Impetrantes: Antônio Carlos de Almeida Castro e outros  
 Impetrado: Juízo Federal da 9ª Vara/MG  
 Paciente: Norberto Mânica (réu preso)  
 Publicação: e-DJF1 de 04/02/2014, p. 544

### Ementa

*Processual Penal. Habeas corpus. Homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Procurador-geral da República. Portaria. Designação de membro do Ministério Público Federal para atuação em conjunto. Princípio do promotor natural. Violação. Não configuração. Ordem denegada.*

I. O procurador-geral da República, no uso de suas atribuições, tendo em vista o contido no Ofício 42.40/2012-MML/PRMG, de 5 de junho de 2012, da Procuradoria da República no Estado de Minas Gerais, designou procurador da República lotado na Procuradoria da República no Estado da Bahia, para atuar, em conjunto com a Procuradora da República Mirian do Rozário Moreira Lima, promotora natural do feito, na sessão plenária do júri referente à Ação Penal 2004.38.00.036647-4, em trâmite na 9ª Vara Federal em Minas Gerais (Portaria 313, *Diário Oficial da União* 113 - Seção 2, p. 52, publicado em 13 de junho de 2012).

II. A designação questionada não se revela casuística, porque emanada de autoridade competente, o procurador-geral da República, devidamente provocada por ofício da Procuradoria da República no Estado de Minas Gerais, sendo o procurador designado do mesmo nível funcional da Procuradora da República Mirian do Rozário Moreira Lima, estando tal designação ao abrigo do que preceituam os arts. 127, § 1º, da Constituição Federal e 1º, parágrafo único, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993), segundo os quais, “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

III. Ofensa ao princípio do promotor natural que não se verifica, diante da impropriedade do fato invocado para ilustrá-lo. Não ficou configurada a figura do acusador de exceção.

IV. Ordem denegada.

### Acórdão

Decide a Turma denegar a ordem de *habeas corpus*, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 14/01/2014.

Juiz Federal Marcus Vinicius Reis Bastos, relator convocado.

### Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcus Vinicius Reis Bastos:  
 — Cuida-se de *habeas corpus* preventivo, impetrado em 16/09/2013, pelos advogados Antônio Carlos de Almeida Castro e outros, em favor do paciente Norberto Mânica, contra o Juízo da 9ª Vara da SJMG.

Em abono do pleito, alega:

[...] resta apenas um dia para a realização do Plenário do Júri, designado para a próxima terça-feira (17/9). E, nesta reta final, percebeu a defesa a iminente ofensa ao princípio do promotor natural, prestes a

ocorrer, eis que o digno Procurador da República Vladimir Barros Aras, lotado na Procuradoria da República no Estado da Bahia foi designado para atuar em conjunto com a Procuradora da República em Minas Gerais Mirian Do Rosário Moreira Lima, mediante designação específica de Sua Excelência o Procurador-Geral da República (fls. 04/05);

O presente *habeas corpus* versa, [...] exclusivamente sobre a ofensa ao princípio do promotor natural, tendo-se em vista os recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria (fl. 05);

[...] desde o início da ação penal em comento, vinha regularmente atuando no feito a Procuradora da República Mirian do Rosário Moreira Lima, tendo a digna representante do Ministério Público Federal assinado a denúncia em desfavor do paciente (doc. 02), além de ter participado ativamente ao longo de toda a investigação e da instrução penal.

[...]

[...] a digna procuradora está a atuar plenamente no feito e que deverá participar do julgamento (doc. 11).

15. E que não se diga que não há na Seção Judiciária de Minas Gerais outro Procurador da República plenamente apto a participar do júri, cumprindo citar, exemplificativamente, que em 29/07/2013 o Procurador da República Giovanni Morato Fonseca subscreveu longa manifestação acostada às fls. 7162-7174 (doc. 12) dos autos 2004.38.00.036647-4. Ao final, requereu o Procurador justamente a designação de data para o julgamento do paciente (fl. 05);

[...] qual seria a razão, portanto, para a deliberada ofensa ao princípio do promotor natural ao se designar um Procurador da República lotado em Seção Judiciária de outro estado especificamente para este julgamento? Nenhuma! Caso o digno Juízo de origem venha a reconhecer como válida a designação - conforme já fizera no julgamento dos corréus Rogério Alan da Silva Rios, Erinaldo de Vasconcelos Silva e Willan Gomes de Miranda nos últimos dias 27 a 30 de agosto de 2013 - é patente a nulidade do julgamento, por ofensa ao corolário do promotor natural (fl. 06);

[...] no julgamento Plenário dos corréus do paciente, ao qual compareceu um dos patronos ora signatários, atuaram lado a lado a Procuradora Mirian do Rosário Moreira Lima e o Procurador Vladimir Barros Aras, que teve atuação mais do que ampla, inquirindo testemunhas, realizando os debates, atuando como o verdadeiro promotor da causa, restando à Dra. Miriam papel absolutamente secundário (fl. 07);

Inequívoca, portanto, a ofensa ao princípio do promotor natural, que implicará a necessária anulação do Plenário do Júri que está prestes a ocorrer no próximo dia 17/09/13, caso o digno Procurador da República Vladimir Aras venha a participar do julgamento (fl. 07);

A independência funcional [...] constitui garantia da própria sociedade, na medida em que assegura que nenhuma autoridade ou poder poderá escolher - ou designar de forma dirigida - promotor específico para determinada causa igualmente específica.

40. E esta é justamente a hipótese dos autos, [...] O Procurador-Geral da República [...] designa especificamente o Procurador Vladimir Aras especificamente para atuar no julgamento em Plenário do Júri do processo n. 2004.38.00.036647-4" (fl. 13);

[...] em março de 1998 foi também editada a Resolução n. 38/MPF, que reconheceu explicitamente a vigência do princípio do promotor natural no âmbito

do Ministério Público Federal, estabelecendo que a 'a composição de equipe criminal para o exame de casos determinados respeitará sempre o princípio do Promotor Natural, vale dizer na equipe há de constar, necessariamente, o membro do Ministério Público para quem os autos de investigação policial têm distribuição natural [...] (fl. 18);

[...] qualquer violação ao princípio do promotor natural acarreta a nulidade de todos os atos procedimentais, independentemente de terem sido praticados em prol da obtenção de provas ou de um eficiente exercício da persecução criminal (fl. 27).

Os impetrantes, citando julgados do STF e do STJ, afirmam que é reconhecida a existência e vigência do princípio do promotor natural ao ordenamento jurídico brasileiro (fls. 22 e 23), o qual se insere no princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), sendo sua observância uma garantia individual do Estado Democrático de Direito a todo cidadão e tem por finalidade evitar acusações abusivas (fl. 29). Sustentam que houve evidente quebra da impessoalidade na designação, de forma não aleatória, do Procurador da República Vladimir Aras para participar do julgamento Plenário no dia 17/09/2013 (fls. 22-23), irregularidade que deságua em notória inconstitucionalidade (fl. 23).

Ao final, os impetrantes vêm requerer:

A1) A concessão de liminar para que seja realizado o cancelamento do julgamento pelo Plenário do Tribunal do Júri designado para o próximo dia 17 de setembro de 2013, até o julgamento de mérito do presente writ;

A2) subsidiariamente, a concessão de liminar para que se determine ao Juízo coator que não permita a participação do digno Procurador da República Vladimir Barros Aras no julgamento designado para o próximo dia 17 de setembro de 2013, sob pena de se decretar, momento seguinte, a nulidade do julgamento por ofensa ao princípio do promotor natural;

B) no mérito, a concessão da presente ordem para que seja reconhecida a iminente/real ofensa ao princípio do promotor natural, determinando-se ao Juízo coator que, quando da realização do julgamento Plenário, não permita a participação do digno Procurador da República Vladimir Barros Aras no julgamento, sob pena de ofensa ao referido preceito, tornando-o nulo, caso realizado. (fls. 30-31).

A liminar foi negada às fls. 303-305, v. 2.

À fl. 307, em 17/09/2013, os impetrantes informaram que, no final da tarde de 16/09/2013, fora deferida pelo Min. Marco Aurélio, relator do HC 117871/MG, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, liminar para suspender o julgamento pelo Plenário do

Tribunal do Júri designado para aquele dia, ou seja, 17/09/2013.

As informações foram prestadas às fls. 318-322 (original às fls. 333-337).

Às fls. 324-326, Hugo Alves Pimenta requer o arquivamento do processo, por estar prejudicado o pedido, pela perda do objeto, uma vez que o júri do dia 17/09/2013 foi adiado liminarmente pelo Min. Celso de Mello nos HCs 117.871 e 117.832, que tramitam no Supremo Tribunal Federal.

A douta PRR 1ª Região opinou pela denegação da ordem (fls. 340-348).

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcus Vinicius Reis Bastos:* — Inicialmente, não conheço do pedido de arquivamento acostado às fls. 324-326, v. 2, por Hugo Alves Pimenta. Não obstante também seja réu na Ação Penal 2004.38.00.036647-4/MG, o requerente não é parte do presente *writ*, dessarte, não possui legitimidade processual para pedir o seu arquivamento.

Outrossim, ressalto que, segundo os impetrantes,

*O presente habeas corpus versa, [...] exclusivamente sobre a ofensa ao princípio do promotor natural, tendo-se em vista os recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. (fl. 5).*

Assim, o fato de ter sido deferida pelo Min. Marco Aurélio, relator do HC 11.7871/MG, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, liminar para suspender o julgamento pelo Plenário do Tribunal do Júri designado para o dia 17/09/2013, conforme noticiado pelos impetrantes, à fl. 307, v. 2, bem como nas informações, à fl. 333, não implica a perda de objeto do presente feito.

Isso estabelecido, passo à análise do *writ*.

Das informações prestadas pela autoridade impetrada destaco:

O julgamento pelo Tribunal do Júri do processo n. 2004.38.00.036647-4, previsto para setembro, foi suspenso tendo em vista julgamento realizado no Supremo Tribunal no dia 16/09/2013, conforme decisão liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio Melo nos autos do HC n. 117871/MG.

Quanto à homologação da designação específica de Procurador da República estranho ao feito e lotado em outra Seção Judiciária, pelo Procurador-Geral da República, especificamente para o julgamento do Plenário do Júri, cumpre-me informar que a Procuradoria da República tem atuado de forma colegiada em diversos feitos que tramitam perante este Juízo, mormente naqueles de maior complexidade e repercussão. Nos autos do processo n. 2004.38.00.036647-4 e nos autos dele desmembrados foram feitas designações para atuação conjunta, desde a fase inicial, consoante portarias em anexo.

É o que me cumpria informar, colocando-me ao inteiro dispor de Vossa Excelência para ulteriores esclarecimentos. (fl. 333, v. 2).

Os impetrantes alegam, em síntese, ofensa ao princípio do promotor natural, porque o procurador-geral da República designou procurador da República lotado na Procuradoria da República no Estado da Bahia para atuar em conjunto com a Procuradora da República Mirian do Rozário Moreira Lima, na sessão plenária do júri referente à Ação Penal 2004.38.00.036647-4, em trâmite na 9ª Vara Federal em Minas Gerais.

Afasto a alegação, na linha da argumentação a esse propósito desenvolvida no opinativo ministerial, da lavra do Procurador Regional da República Dr. Franklin Rodrigues da Costa, onde se lê:

Não há como se identificar na hipótese a figura do acusador de exceção de modo a contaminar de nulidade da ação penal, conforme razões e fundamentos invocados pelos Impetrantes.

Induvidosamente, 'o novo sistema constitucional instaurado pela Constituição Federal de 1998 consagrou, como garantia indisponível dos acusados, o princípio do Promotor Natural' (HC 71429-3/SC - rel. Min. Celso de Mello - DJ 25/08/1995).

Entretanto, esse preceito não é absoluto, devendo a alegação de sua ofensa ser examinada com temperamentos, por isso que consoante observou Vicente Grecco Filho:

'[...] a persecução penal, inclusive em virtude de sua repercussão política, exige maior liberdade do Procurador-Geral, uma vez que a função do Ministério Público deve ser dirigida, acentuada ou não, em face de certas situações.' (in 'Manual de Processo Penal' - Saraiva - 1991 - pág. 218).

Sobre o tema decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

'O princípio do promotor natural deve ter o devido tempero, apenas para evitar o acusador de exceção, aquele designado com critérios políticos e pouco recomendáveis' (HC 6662/PR, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 27/04/1998, p. 214).

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Italo Mendes e Olindo Menezes.

Desse modo, somente quando resultar comprometido o exercício pleno e independente das atribuições do Parquet e estiver configurada a manipulação ou designação seletiva por parte do Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República, evidenciando a presença do acusador de exceção, é que tem por violado tal princípio.

A propósito, nessa linha de orientação são os seguintes julgados também do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

'RHC. CRIMINAL. PROMOTOR NATURAL. CONSTRANGIMENTO INEXISTENTE.

1. A arguição de ofensa ao princípio do promotor natural, imanente ao sistema constitucional brasileiro, consoante julgados do STF, não se concretiza quando não afastada qualquer lesão ao exercício pleno e independente das atribuições do Parquet e ausente possível manipulação casuística ou designação seletiva por parte do Procurador-Geral de Justiça, a deixar entrever a figura do acusador de exceção.

2. Recurso improvido.'

(RHC 6294-PR, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 26/05/1997).

'PENAL. PROCESSUAL. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. VIOLAÇÃO. DESIGNAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. HABEAS CORPUS.

1. O princípio do promotor natural somente tem validade para evitar a figura do acusador de exceção, nomeado mediante manipulações casuísticas e em desacordo com os critérios legais pertinentes.

2. Não viola o princípio do promotor natural a designação regular de membro do Ministério Público para oferecer denúncia contra Prefeito Municipal.

3. Habeas Corpus conhecido; pedido indeferido.'

(HC 11045/SC, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 05/06/2000).

Cabe acrescentar, aliás, que nessa linha de entendimento são as seguintes conclusões do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. CLÁUDIO LEMOS FONTELES, ao discorrer sobre o tema (cf. 'Reflexões em torno do Princípio do Promotor Natural' - Revista da PGR - Ed. Rev. Tr. n. 06 - pág. 89):

'1º O Princípio do Promotor Natural tem matriz constitucional expressa no princípio da independência funcional, não se justificando que dele se extraiam tão somente efeitos inibidores próprios de proposição constitucional de incompletude, tal sucede com as chamadas normas not self executing;

2º O Princípio do Promotor Natural não veda a distribuição especial de inquéritos desde que amparado na razão de ser do princípio da independência funcional: a garantia da sociedade de que a persecução criminal judicial exclusivamente

conferida ao Ministério Público cumpra-se, sempre, com plena autonomia; isenta de motivações subalternas; e com a exigida presteza no pleito por justiça.'

Na espécie, tem a Portaria PGR n. 313, de 11 de junho de 2012, o seguinte teor:

O PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA, no uso de suas atribuições, tendo em vista o contido no Ofício n. 4240/2012-MML/PRMG, de 5 de junho de 2012, da Procuradoria da República no Estado de Minas Gerais, resolve:

N. 313 - Designar o Procurador da República VLADIMIR BARROS ARAS, lotado na Procuradoria da República no Estado da Bahia, para atuar, em conjunto, com a Procuradora da República MIRIAN DO ROSÁRIO MOREIRA LIMA, na sessão plenária do júri referente a Ação Penal n. 2004.38.00.036647-4, em trâmite na 9ª Vara Federal em Minas Gerais.

Ora, como se pode verificar o mencionado Procurador da República não foi designado para oferecer denúncia e nem lhe foi determinado o oferecimento de denúncia em face da representação criminal recebida, mas sim para atuar em conjunto com a Procuradora da República Mirian do Rosário Moreira Lima, na sessão plenária do júri referente à Ação Penal n. 2004.38.00.036647-4, em trâmite na 9ª Vara Federal em Minas Gerais.

Ademais, na forma do quanto definido nos artigos 127 e seguintes da Constituição Federal, o Ministério Público é uno e indivisível. Uno porque seu representante age como parte de um todo, e não isoladamente. É um só corpo. Indivisível porque um membro da instituição pode substituir o outro em um mesmo processo. Quando um fala, fala em nome de toda a instituição.

Desse modo, não têm amparo legal os fundamentos da impetração, certo, outrossim, que os impetrantes não demonstraram tivesse sido oferecida a denúncia por Órgão do Ministério Público incompetente.

Por outro lado, não apontam os Impetrantes quaisquer fatos que revelem comprometimento do princípio da independência funcional em que se assenta o princípio do promotor natural, sendo incontroverso encontrar-se aquele membro do Parquet federal devidamente legitimado para oficiar naquele feito, porquanto, como pontuado na decisão de fls. 303-305, 'o Procurador designado do mesmo nível funcional da Procuradora da República Mirian do Rosário Moreira Lima, estando tal designação ao abrigo do que preceituam os artigos 127, § 1º, da Constituição Federal e 1º, parágrafo único, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93)' (fls. 305)." (fls. 345/348, v. 2).

Com efeito, entendo que a designação questionada (cópia à fl. 33) não se revela casuística, porque emanada de autoridade competente, o procurador-geral da República, devidamente provocada por ofício da procuradoria da República no Estado de Minas Gerais,

sendo o procurador designado do mesmo nível funcional da Procuradora da República Mirian do Rozário Moreira Lima, estando tal designação ao abrigo do que preceituam os arts. 127, § 1º, da Constituição Federal e 1º, parágrafo único, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993), segundo os quais, “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

Deixo, pois, de acolher o alegado, pela impropriedade do fato invocado para ilustrá-lo, certo, outrossim, que a denúncia não foi oferecida por promotor incompetente, mas pela promotora natural, a Procuradora da República Mirian do Rozário Moreira Lima, e outros procuradores da República (fls. 35-45). Nessa esteira, como ressaltaram os impetrantes, a Procuradora da República Mirian do Rozário Moreira Lima continua “a atuar plenamente no feito” (fl. 5), tendo sido o Procurador da República Vladimir Barros Aras designado para auxiliá-la. Dessarte, não ficou configurada, no caso, a figura do acusador de exceção.

Diante do exposto, denego a ordem.

É o voto.

## Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Senhor presidente, o relator deu ao tema o devido tratamento. O tema do promotor natural é ingrato e sem firmeza doutrinária e, sobretudo, jurisprudencial. Mas a impressão que avulta é que, quando o próprio Ministério Público defende o instituto, como o autor Paulo Rangel, citado da tribuna, falando em promotor de encomenda, está conspirando contra si próprio, pelas dificuldades que suscita. Concebo a figura do promotor natural, pensada por simetria com o juiz natural, mais como uma concepção conceitual do que prática, a não ser quando se fala do promotor de exceção, referido nos precedentes, mas que é difícil até mesmo exemplificar. Quando se alude ao juiz natural, a idéia é a do juiz de carreira, investido legalmente no cargo, que se opõe ao juiz de exceção, designado para certo caso, por razões ideológicas e/ou políticas. A idéia é que seja criado um órgão judicial apenas em função do caso, que seria um juiz de exceção. Mas isso, em se tratando do Ministério Público, é difícil até mesmo exemplificar como possa ocorrer.

Essas designações, como a que está em exame, são comuns, até mesmo por questões operacionais. Nem todo promotor ou procurador tem aptidão para júri. Tem promotor que é bom na instrução, mas não gosta da tribuna. Quando fui juiz federal na Bahia, houve um homicídio de dois agentes da Polícia

Federal, assassinados a mando de um advogado, um caso muito noticiado e comentado na imprensa da época, que, no julgamento, teve a acusação a cargo de um procurador da República do e Estado da Paraíba, mesmo existindo vários procuradores da República na Bahia. Ver nulidade no processo apenas porque o PGR designou um procurador da República de outro estado para auxiliar a procuradora da República de Minas Gerais nesse caso, seria um extremo refinamento em matéria de nulidade, de resto sem base legal, no nível possivelmente de Suíça; não do Brasil, que não aprendeu sequer a cuidar dos presos nos seus presídios.

Colhe-se da exposição de motivos do Código de Processo Penal as palavras do então Ministro da Justiça, Francisco Campos, a respeito de juizado de instrução, uma idéia muito festejada, mas de difícil implementação. Naquela época, o Código de Processo Penal já rejeitava a ideia do juizado de instrução, e dizia o Ministro Francisco Campos:

O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juzizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiqüidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso *hinterland*, vários dias de viagem. Seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe aqui discutir as proclamadas vantagens do juizado de instrução.

Essas disfunções operacionais ocorreriam, *mutatis mutandis*, com a ideia do promotor natural, trazendo imensas dificuldades. Já fui promotor no Estado da Bahia, e respondia por três ou quatro comarcas, dada a dificuldade de quadros no Ministério Público, inclusive em razão das movimentações naturais de remoção e promoção. Até mesmo em relação à magistratura a ideia do juiz natural muitas vezes deixa de ser praticada na sua pureza dadas as dificuldades operacionais de certos lugares, sem falar na figura atual do juiz substituto, que trabalho onde for preciso, sem muito

fixação em comarca ou vara. Nem mesmo a regra de que o juiz que instrui julga está sendo praticada com a devida eficácia.

A ideia do promotor natural, com tamanho refinamento, é um atentado à nossa realidade brasileira. Não vamos falar de Procuradoria da República, porque a Procuradoria da República é um órgão de elite, com procuradores do melhor nível intelectual, selecionados com cuidado. Vamos pensar nos cinco mil e quatrocentos municípios brasileiros, com suas comarcas, distantes, sem juiz e/ou promotor, onde a idéia do promotor natural não aterrissa.

O advogado Marcelo Turbay, meu ex-aluno na UnB, foi brilhante e bem exerceu o seu papel, mas o advogado, mesmo indispensável, não é um Taumaturgo, não faz milagres; faz o que pode. Senhor presidente, os fundamentos do voto do relator já seriam suficientes, mas, em face da discussão, conceitualmente muito ele-

vada, entendi por bem me estender *um pouco, mas a minha conclusão*, data venia do ilustre advogado, é para acompanhar os votos do relator e de vossa excelência.

É o voto.

## Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Mendes: — Acompanho o eminente relator pelas razões do seu voto e, embora sua excelência já tenha tratado em seu voto, também só vislumbro a possibilidade de ofensa ao princípio do promotor natural quando eventualmente se demonstra a possibilidade de a indicação do membro do Ministério Público afrontar o princípio da independência constitucional. Isso, pelo que depreendi, não ficou demonstrado nos autos, conforme mencionou o relator em seu voto. Com essas considerações, acompanho sua excelência.

## Quinta Turma

### Agravo de Instrumento 0029353-66.2013.4.01.0000/MA

Relator:	Desembargador Federal João Batista Moreira
Agravante:	União Federal
Procuradora:	Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Agravado:	Pedro Leonel Pinto de Carvalho
Advogados:	Dr. Jezanias do Rêgo Monteiro e outros
Publicação:	e-DJF1 de 28/01/2014, p. 597

## Ementa

*Direito Constitucional e Administrativo. Princípio da isonomia. Programas do Ministério da Cultura. Destinação exclusivamente a negros e pardos. Ações afirmativas. Constitucionalidade. Ação popular. Antecipação de tutela. Reforma da decisão.*

I. Quatro programas lançados pelo Ministério da Cultura são questionados na ação popular: 1) “tem por objeto o fomento a 6 (seis) obras audiovisuais de curta-metragem, de 10 (dez) a 15 (quinze) minutos, dirigidos ou produzidos por jovens negros, de 18 a 29 anos, pessoa física, *com temática livre* (grifei), podendo ser ficção ou documentário, com a possibilidade de utilização de técnicas de animação”; 2) constitui objeto “a seleção de projetos de pesquisa para concessão de bolsas, propostos por pesquisadores e pesquisadoras negras, visando incentivar a produção de trabalhos originais, em território brasileiro, em qualquer uma das áreas e subáreas do conhecimento definidas pelo CNPq”; 3) “tem como objeto a formação de parcerias para o desenvolvimento de projetos editoriais sob a forma de coedição, a fim de produzir publicações de autores brasileiros negros, na forma de livros, em meio impresso e/ou digital, com o propósito de divulgar, valorizar, apoiar e ampliar a cultura brasileira dos afrodescendentes, em geral, e dar maior acessibilidade a sua produção cultural, artística, literária e científica”; 4) constitui objeto “a premiação de 33 projetos nas áreas de artes visuais, circo, dança, música, teatro e preservação da memória, que se enquadrem nas linguagens e especificações descritas no item 1.2, a serem realizados por proponentes autodeclarados negros (pretos e pardos, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE)”.

II. Em todos os editais há referência à Lei 8.666/1993, ainda que a título de aplicação *supletiva* ou *no que couber* (no quarto edital nem há a restrição “*supletiva* ou *no que couber*”).

III. Prevê a Lei 8.666/1993, art. 22, que “são modalidades de licitação: I – concorrência; II – tomada de preços; III – convite; IV – concurso (grifei); V – leilão”. No § 4º, está dito que “concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados (grifei) para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco dias)”. No art. 3º, § 1º, já fora estabelecido que “é vedado aos agentes públicos: I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.

IV. Numa concepção positivista, para excepcionar essas regras, ainda que com a nobre finalidade de destinar os concursos, a título de ação afirmativa, exclusivamente a negros e pardos, haveria, no mínimo, a necessidade de outra lei.

V. Coincidentemente, neste exato momento, para instituir cota para negros em concurso público (instituto semelhante ao da licitação) está em tramitação projeto de lei federal no qual se prevê reserva de 20% das vagas. Todavia, em caso também semelhante — ingresso nas universidades mediante exame vestibular —, a jurisprudência chancelou a instituição de cotas por meio de resoluções administrativas. Admitiu, portanto, a aplicação direta dos princípios constitucionais. Só mais tarde veio a Lei 12.711/2012 estabelecer o sistema de cotas (50% das vagas) para “estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas”. Esse percentual de vagas será preenchido, em cada curso e turno de instituição federal de ensino superior, “por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)” (art. 3º).

VI. O autor da ação popular não discute a propriedade, em si, das ações afirmativas traduzidas em cotas sociais, mas o fato de que “04 (quatro) dos 05 (cinco) Editais em questão ostentam grave vício de constitucionalidade, na medida em que limitam a participação no certame, *em caráter de exclusividade*, a *Pessoas Negras* que trabalhem com linguagens de cinema, de literatura, de pesquisa de bibliotecas, de artes visuais, de circo, de música, de dança e teatro”. Argumenta que “tal prática revela-se *discriminatória*, na medida em que, com base em critério exclusivamente racial ou étnico-racial, retira das pessoas que possuem *outra cor de pele*, a possibilidade de participação nos certames e, por via de consequência, de *obtenção do prêmio oferecido a partir de recursos públicos*”.

VII. A União busca justificar a peculiaridade — destinação dos concursos apenas a negros — com o fato de que, “desde o ano de 1997 lançou um total de 55 (cinquenta e cinco) editais voltados a diversos segmentos específicos da cadeia produtiva, sendo apenas 1 (um) destinado a ações afirmativas, justamente este que vem sendo questionado”.

VIII. Não faz muita diferença destinar aos negros a fatia de um programa ou um programa inteiro dentro de um conjunto de programas. Essa observação é mais válida no caso em referência porque os programas instituídos não são de execução continuada, tal como acontece em curso universitário.

IX. A justiça de uma discriminação define-se pela relação lógica e razoável (razão suficiente) entre o critério empregado e o fim que se busca alcançar (Celso Antônio Bandeira de Mello).

X. Provimento ao agravo de instrumento.

## Acórdão

Decide a Turma, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento.

5ª Turma do TRF 1ª Região –04/12/2013.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão proferida pelo Juiz Federal da 5ª Vara/MA, que, na ação popular 11734-81.2013.4.01.3700, deferiu pedido de antecipação de tutela “para determinar a imediata sustação de todo e qualquer ato de execução dos concursos que estejam relacionados aos editais impugnados pela presente ação popular”, destinados a artistas, criadores e produtores negros no âmbito do Ministério da Cultura.*

Considerou o magistrado:

[...] Embora o Estado tenha o dever de fomentar medidas administrativas com feição político-afirmativa, oferecendo, por assim dizer, tratamento preferencial a grupos historicamente discriminados da sociedade brasileira, quais sejam, negros, índios e pobres, não se pode olvidar que estas medidas – que se inserem plasticamente no conceito moderno de ação afirmativa – não podem se sobrepor aos parâmetros éticos do Direito, sob pena de subversão aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da moralidade administrativa.

[...]

Este tratamento preferencial, todavia, não pode servir de pretexto para a estruturação estatal de guetos culturais, que provoque, por intermédio de ações com o timbre da exclusividade, o isolamento dos negros, colocando-os em compartimentos segregacionistas, ou seja, que não possam ser compartilhados por outras etnias.

[...]

Assim, não se harmonizam com o princípio da isonomia os programas lançados pelo Estado com o propósito de proporcionar exclusivamente aos produtores e artistas negros oportunidade de acesso a condições e meios de produção artística, vez que os artistas brasileiros que pertençam às demais etnias ficarão naturalmente impedidos de desfrutar desse programa.

[...]

Não bastassem esses aspectos, que evidenciam a desconformidade dos Editais produzidos pelo Ministério da Cultura com os princípios da isonomia e da razoabilidade, o princípio da moralidade administrativa restou molestado também.

[...]

Por outro lado, convém anotar, os parâmetros fixados nos Editais impugnados na presente ação não se confundem minimamente com aqueles fixados em Editais de Universidades ou de concursos públicos, que ganharam notoriedade sob o nome de sistema de cotas, vez que, nestes casos (= oferecimento de percentual de vagas para determinados grupos ou etnias), o objetivo é de prestigiar a diversidade existente na sociedade brasileira, possi-

bilitando, assim, uma maior representatividade dos grupos minoritários [...].

[...]

Finalmente, o perigo de dano se mostra veemente, vez que a presente ação tem por objeto a defesa do patrimônio público, que será duramente molestado com a distribuição de prêmios profissionais vultosos – R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais) –, mas em desacordo com o princípio da moralidade administrativa.

Conclui: “O OBJETO FINAL DOS EDITAIS (CONCURSOS) É PROMOVER A CULTURA NEGRA. NADA A OBSTAR. ASSIM COMO, PARITARIAMENTE, ESSE OBJETO PODERIA SER A PROMOÇÃO DA CULTURA INDÍGENA, JAPONESA, ALEMÃ OU ITALIANA, COMO FORMAS DE MANIFESTAÇÃO CULTURAL QUE CORRERAM PARA A AMÁLGAMA POLICRÔMICA DA NAÇÃO BRASILEIRA. BEM DIFERENTE É QUANDO SE DIZ QUE SOMENTE NEGROS PODEM DETER O MONOPÓLIO DE ESTUDAR, DIVULGAR, INTERPRETAR, PESQUISAR E LIDAR ACADÊMICA OU ARTISTICAMENTE COM A CULTURA NEGRA. AFINAL, UM BRANCO, UM ASIÁTICO OU UM INDÍGENA PODEM POSSUIR A MESMA CAPACIDADE TÉCNICA OU ARTÍSTICA PARA DESENVOLVER OS TRABALHOS E ATIVIDADES PREVISTAS NOS EDITAIS. NESTE CASO ÚLTIMO, HÁ MUITO A SER OBSTADO, E ISSO É O QUE SE PRETENDE POR MEIO DA PRESENTE AÇÃO POPULAR”.

Alega-se que: a) com a manutenção da decisão agravada, a “Administração teria a imposição de gravames; primeiro, porque impedida de levar a cabo política pública voltada à redução das desigualdades sociais, ou seja, de efetivamente contribuir para a inclusão racial; segundo, porque causaria dificuldades administrativas impostas pelas restrições financeiras e orçamentárias, uma vez que não poderia iniciar o programa no ano seguinte sem a devida inclusão na Lei Orçamentária, algo já existente”; b) “o processo de seleção realizado pelo Ministério da Cultura e entidades vinculadas é absolutamente consentâneo com a Lei Rouanet (Lei 8.313/1991), que permite o fomento à produção cultural e artística, mediante a produção de obras cinematográficas e relativas às ciências humanas, às letras e às artes (art. 3º, II), o que, combinado com o art. 4º do Estatuto da Igualdade Racial, dá o esteio jurídico-material necessário para o lançamento dos editais questionados”; c) “diferentemente do que afirma o autor, ora recorrido, o concurso aberto não tem como ‘objeto final a promoção da cultura negra’, mas a promoção da igualdade racial, incluindo negros no mercado da direção e produção audiovisual, na criação de projetos nas áreas de artes visuais, circo, dança, música, teatro e preservação da memória, na edição de livros e na área da pesquisa no campo cultural”; d) “a escolha de certo grupo social baseado

no critério racial ou etário, de forma alguma, configura racismo às avessas ou ofensa à isonomia, moralidade ou impessoalidade”.

Em contrarrazões, argumenta o autor: a) “ao lançar Editais relativos à promoção de concursos culturais direcionados, com exclusividade, a determinado setor da sociedade ou grupo de pessoas, impedindo a livre concorrência, em igualdade de condições, a Agravante acabou por praticar ato *ilegal*”; b) “com os referidos concursos, a União despenderá cerca de R\$ 9.000.000,00 (*nove milhões de reais*) em premiações e investimentos. Dinheiro público utilizado, indevidamente, para favorecer um grupo específico de pessoas (pessoas que se autodeclararam negras)”; c) “não bastará ao administrador o rigoroso cumprimento da estrita legalidade, devendo, no exercício da função pública, *respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça*”; d) “*imoral é a publicação de editais que restrinjam a participação em concurso a pessoas de determinada Cor de Pele, etnia ou raça*”; e) há “*impossibilidade* de o agente público atuar utilizando-se da coisa pública em benefício próprio, em favorecimento de terceiro, como mecanismo de autopromoção”; f) “*o princípio da impessoalidade não é coisa outra senão sucedâneo da isonomia*”; g) “*será que os negros são mais merecedores do que todas as outras etnias e raças que fazem parte de um país miscigenado como o Brasil?*”; “*não é razoável/proporcional que se restrinja a candidatos Negros a possibilidade de participação em concurso cultural lançado pelo poder público*”.

O Ministério Público Federal entende que “a liminar se mostra fartamente fundamentada, no sentido da impossibilidade da adoção de critérios puramente étnicos como fator de discrimen, bem como na ilegalidade da exclusão pura e simples das pessoas de outras etnias. O tema em debate foi magistralmente colocado pelo Ministro Ayres Brito, no julgamento da ADI 3.330/DF, no qual S. Exa. assenta que a lei, como instrumento de reequilíbrio social, não pode fazer distinções que considerem fatores meramente acidentais (sexo, raça, origem geográfica), mas deve considerar fatores histórico-culturais. De outra banda, deve a legislação servir para, como forma de combate à desigualdade, conceder vantagens para que aqueles menos favorecidos venham a se igualar aos demais”. [...] “Assim, na percuente interpretação do Ministro Ayres Brito, vê-se que a Constituição admite como critérios válidos para a promoção da igualdade aqueles que oferecem compensações aos brasileiros historicamente desfavorecidos, permitindo-lhes partir de um patamar mais elevado de competitividade. Tal como enfatizou o Ministro, a eleição de fatores acidentais como critério de

diferenciação representa discriminação, não abrigada pela Constituição Brasileira. Nessa toada, vê-se que os concursos questionados não fornecem compensações ou critérios mais favoráveis para os candidatos negros: simplesmente vedam a participação de brasileiros de outras etnias no certame, elegendo a cor da pele como parâmetro de aferição e incidindo em prática discriminatória”.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Quatro programas lançados pelo Ministério da Cultura são questionados na ação popular: 1) “tem por objeto o fomento a 6 (seis) obras audiovisuais de curta-metragem, de 10 (dez) a 15 (quinze) minutos, dirigidos ou produzidos por jovens negros, de 18 a 29 anos, pessoa física, *com temática livre* (grifei), podendo ser ficção ou documentário, com a possibilidade de utilização de técnicas de animação”; 2) constitui objeto “a seleção de projetos de pesquisa para concessão de bolsas, propostos por pesquisadores e pesquisadoras negras, visando incentivar a produção de trabalhos originais, em território brasileiro, em qualquer uma das áreas e subáreas do conhecimento definidas pelo CNPq”; 3) “tem como objeto a formação de parcerias para o desenvolvimento de projetos editoriais sob a forma de coedição, a fim de produzir publicações de autores brasileiros negros, na forma de livros, em meio impresso e/ou digital, com o propósito de divulgar, valorizar, apoiar e ampliar a cultura brasileira dos afrodescendentes, em geral, e dar maior acessibilidade a sua produção cultural, artística, literária e científica”; 4) constitui objeto “a premiação de 33 projetos nas áreas de artes visuais, circo, dança, música, teatro e preservação da memória, que se enquadrem nas linguagens e especificações descritas no item 1.2, a serem realizados por proponentes autodeclarados negros (pretos e pardos, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE)”.

Em todos os editais há referência à Lei 8.666/1993, ainda que a título de aplicação supletiva ou no que couber (no quarto edital nem há a restrição “*supletiva ou no que couber*”).

Prevê a Lei 8.666/1993, art. 22, que “são modalidades de licitação: I – concorrência; II – tomada de preços; III – convite; IV – concurso (grifei); V –

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente e Selene Almeida.

leilão”. No parágrafo 4º, está dito que “concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados (grifei) para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco dias)”. No art. 3º, § 1º, já fora estabelecido que “é vedado aos agentes públicos: I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.

Numa concepção positivista, para excepcionar essas regras, ainda que com a nobre finalidade de destinar os concursos, a título de ação afirmativa, exclusivamente a negros e pardos, haveria, no mínimo, a necessidade de outra lei.

Coincidentemente, neste exato momento, para instituir cota para negros em concurso público (instituto semelhante ao da licitação) está em tramitação projeto de lei federal no qual se prevê reserva de 20% das vagas. Todavia, em caso também semelhante — ingresso nas universidades mediante exame vestibular —, a jurisprudência chancelou a instituição de cotas por meio de resoluções administrativas. Admitiu, portanto, a aplicação direta dos princípios constitucionais. Só mais tarde veio a Lei 12.711/2012 estabelecer o sistema de cotas (50% das vagas) para “estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas”. Esse percentual de vagas será preenchido, em cada curso e turno de instituição federal de ensino superior, “por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)” (art. 3º).

Votei na Apelação em Mandado de Segurança 2006.33.00.008424-9/BA, antes da referida lei, que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (art. 3º, III, da Constituição). Nesse rumo, os direitos e garantias expressos na Constituição ‘não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’ (art. 5º,

§ 2º). A Constituição, ao proteger os direitos *decorrentes do regime e dos princípios*, ‘evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos fundamentais do ‘catálogo’, bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema’ (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 98). É o caso da necessidade de discriminação positiva dos negros e índios, cuja desigualdade histórica é óbvia, dispensando até os dados estatísticos, além de reconhecida expressamente pela Constituição. Não se trata de discriminar com base na raça. A raça é apenas um índice, assim como a circunstância de ter estudado em escola pública. O verdadeiro fator de discriminação é a situação social que se esconde (melhor seria dizer ‘que se estampa’) atrás da raça e da matrícula em escola pública. Há um critério imediato — a raça — que é apenas meio para alcançar o fator realmente considerado — a inferioridade social”.

Acrescentei que “nas ações afirmativas não é possível ater-se a critérios matemáticos, próprios do Estado liberal, que tem como valores o individualismo e a igualdade formal. Uma ou outra ‘injustiça’ do ponto de vista individual é inevitável, devendo ser tolerada em função da finalidade social (e muitas vezes experimental) da política pública”.

Na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, há manifestações sobre a “legitimidade dos programas de ação afirmativa, sob certas condições, reconhecendo explicitamente que o fator Raça pode, sim, ser considerado um elemento favorável, um fator ‘positivo’ (*‘a plus factor’*), que soma no processo de admissão de alunos em estabelecimentos de ensino superior. Noutras palavras, segundo Powell e os quatro juízes que o acompanharam neste aspecto da decisão, os programas de ação afirmativa instituídos por instituições públicas de ensino com vistas a propiciar o acesso de minorias aos estabelecimentos de ensino superior são compatíveis com a cláusula de igual proteção da 14ª Emenda à Constituição, inclusive aqueles que levam o fator ‘raça’ em consideração, juntamente com outros critérios”. Trata-se de discriminação racial “com intuito benéfico (*‘benign classification’*)” (GOMES, Joaquim B. Barbosa. *AÇÃO AFIRMATIVA & Princípio Constitucional da Igualdade – O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 108-109 e 236).

O autor da ação popular não discute a propriedade, em si, das ações afirmativas traduzidas em cotas sociais, mas o fato de que “04 (quatro) dos 05 (cinco) Editais em questão ostentam grave *vício de constitucionalidade*, na medida em que limitam a participação no certame, em caráter de *exclusividade*, a *peessoas negras* que trabalhem com linguagens de cinema, de literatura, de pesquisa de bibliotecas, de artes visuais, de circo, de música, de dança e teatro”.

Argumenta que “tal prática revela-se *discriminatória*, na medida em que, com base em critério exclusivamente racial ou étnico-racial, retira das pessoas que possuem *outra cor de pele*, a possibilidade de participação nos certames e, por via de consequência, de *obtenção do prêmio oferecido a partir de recursos públicos*”.

Assinalei, ao apreciar o pedido de antecipação de tutela recursal, que a pretendida ação afirmativa em exame se distingue das demais que têm sido apreciadas pela Justiça porque — palavras do Juiz José Carlos do Vale Madeira, que proferiu a decisão agravada —, nos demais casos, “o objetivo é de prestigiar a diversidade existente na sociedade brasileira, possibilitando, assim, uma maior representatividade dos grupos minoritários”. Admiti que, de fato, as cotas sociais (ex.: cotas para candidatos ao ensino superior e para deficientes e negros em concurso público) não eliminam a competição; apenas estabelecem vantagem para as minorias, no ponto de partida. Haveria nessa formulação, além do aspecto quantitativo, o qualitativo, que é o estímulo à convivência entre os segmentos sociais envolvidos.

Em face dessa ponderação, permiti que os certames continuassem até a fase de seleção dos trabalhos, mas o pagamento dos prêmios (ora verifico que não são apenas prêmios, no sentido literal) deveria aguardar a decisão colegiada desta Turma, que ora se realiza.

A União busca justificar a peculiaridade — destinação dos concursos apenas a negros — com o fato de que, “desde o ano de 1997 lançou um total de 55 (cinquenta e cinco) editais voltados a diversos segmentos específicos da cadeia produtiva, sendo apenas 1 (um) destinado a ações afirmativas, justamente este que vem sendo questionado”.

Continuei a meditar sobre esse aspecto da questão e ora chego à conclusão que não faz muita diferença destinar aos negros a fatia de um programa ou um programa inteiro dentro de um conjunto de programas. Essa conclusão é mais válida no caso em referência porque os programas instituídos não são

de execução continuada, tal como acontece em curso universitário.

Reporto-me, para finalizar, à primorosa doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, desenvolvida a partir da pergunta: “qual o critério legitimamente manipulável — sem agravos à isonomia — que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos?”<sup>2</sup> Responde que o critério determinante é a *finalidade*, em correlação lógica e razoável com um fator de discriminação.

Em comentário à tese do mestre singular, já escrevi<sup>3</sup> que, logo no inciso I, o art. 5º da Constituição diz que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, regra que não impede a administração de obstar a admissão de mulheres em cargos de guarda de presídio masculino e vice-versa.

Outra regra: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais [...]: XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, aplicável ao serviço público por força do disposto no art. 39, § 3º, da Constituição. Pergunta-se: É constitucional o estabelecimento de limite de idade para ocupação de cargo que exija especial vigor físico? O Supremo Tribunal Federal editou a súmula 683: “O limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

O art. 5º, XLII, prevê que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível [...]”. Vem a pergunta: Estará cometendo crime o diretor de uma rede de televisão que ao realizar programa sobre a imigração alemã impeça a participação, em seu elenco, de atores negros? Certamente que não. É uma discriminação racial justificada pela finalidade.

Em qualquer desses casos, a justiça da discriminação define-se pela relação lógica e razoável (razão suficiente)<sup>4</sup> entre o critério empregado e o fim que se busca alcançar.

Dou provimento ao agravo de instrumento.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. 22ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 11.

<sup>3</sup> MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo – Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 192.

<sup>4</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 400.

## Voto-Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: —* A matéria posta nos autos é de alta indagação e relevância social. Louvo-me no bem lançado parecer da douta Procuradoria Regional da República, subscrito pela ilustre Procuradora Regional Dra. Eliana Péres Torelly de Carvalho, nos termos seguintes: “Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União Federal, em face de decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão, que em autos de ação popular proposta por Pedro Leonel Pinto de Carvalho contra a agravante, a Fundação Biblioteca Nacional/FBN, e a Fundação Nacional de Artes/Funarte, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, determinando a imediata sustação de todo e qualquer ato de execução dos concursos previstos do Edital 03, de 19 de novembro de 2012, do Ministério da Cultura, Secretaria do Audiovisual; Edital Prêmio Funarte de Arte Negra; Edital de Apoio à Coedição de Livros de Autores Negros e Edital de Apoio a Pesquisadores Negros”.

Aduz a agravante que: I – “Com a manutenção da decisão agravada, a administração teria a imposição de gravames; primeiro porque impedida de levar a cabo política pública voltada à redução das desigualdades sociais, ou seja, de efetivamente contribuir para a inclusão social; segundo, porque causaria dificuldades administrativas impostas pelas restrições financeiras e orçamentárias, uma vez que não poderia iniciar o programa no ano seguinte, sem a devida inclusão na Lei Orçamentária, algo já existente”; II - “O processo de seleção realizado pelo Ministério da Cultura e entidades vinculadas é absolutamente consentâneo com a Lei Rouanet (Lei 8.313/1991), que permite o fomento à produção cultural e artística, mediante a produção de obras cinematográficas e relativas às ciências humanas, às letras e às artes (art. 3º, inciso II), o que, combinado com o artigo 4º do Estatuto da Igualdade Racial, dá o esteio jurídico material necessário para o lançamento dos editais questionados”; III – “Diferentemente do que afirma o autor, ora recorrido, o concurso aberto não tem como objeto final a promoção da cultura negra, mas a promoção da igualdade racial, incluindo negros no mercado da direção e produção audiovisual, na criação de projetos nas áreas de artes visuais, circo, dança, música, teatro e preservação da memória, na edição de livros e na área de pesquisa no campo cultural”; IV – “A escolha de certo grupo social baseado no critério racial etário, de forma alguma, configura racismo às avessas, ou ofensa à isonomia, moralidade ou impessoalidade”.

Aprecio liminarmente o feito, o desembargador federal relator deferiu parcialmente o pedido de antecipação de tutela para que o processo possa ter prosseguimento até “divulgação dos resultados finais de seleção e lista de classificados no *DOU*”, prevista para 02/08/2013. Após, vieram os autos com vista para esta Procuradoria Regional da República. É o breve relatório. Passo a opinar.

Não assiste razão à agravante. A ação popular originária volta-se contra a realização de concursos destinados a selecionar curtas-metragens, projetos de pesquisa, edição de livros e projetos artísticos produzidos, exclusivamente, por candidatos autodeclarados negros, com distribuição de prêmios no importe de R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais). Sustentou o autor popular a ilegalidade e inconstitucionalidade dos certames questionados, aduzindo tratar-se de prática discriminatória, baseado em critério exclusivamente étnico-racial, promovendo, assim, a desigualdade. A r. decisão agravada concedeu a liminar vindicada, determinando a imediata sustação de todos e qualquer ato de execução dos concursos, pedindo-se vênua para proceder à transcrição parcial: “[...] De efeito, embora o Estado tenha o dever de fomentar medidas administrativas em feição político-afirmativa, oferecendo, por assim dizer, tratamento preferencial a grupos historicamente discriminados da sociedade brasileira, quais sejam negros, índios e pobres, não se pode olvidar que estas medidas — que se inserem plasticamente no conceito moderno de ação afirmativa — não podem se sobrepor aos parâmetros éticos do direito, sob pena de subversão aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da moralidade administrativa. [...]”

Com efeito, ao fomentar as medidas de estímulo à participação de negros no processo cultural brasileiro — o que encontra firme amparo no ordenamento jurídico brasileiro, admiração —, o Ministério da Cultura não poderia excluir sumariamente as demais etnias: a exclusão das demais etnias destes programas culturais contrasta abertamente com os princípios da isonomia, da moralidade administrativa e da razoabilidade; ao contrário do que pode ter sido cogitado ou planejado pelo Ministério da Cultura, vale dizer, no que pode ter sido efetivamente almejado pelo Estado, os editais impugnados, porque destinados exclusivamente aos negros, abrem um acintoso e perigoso espectro de desigualdade racial. [...] Assim, não se harmonizam com o princípio da isonomia os programas lançados pelo Estado com o propósito de proporcionar exclusivamente aos produtores e artistas negros oportunidade de acesso a condições e meios de produção artística, vez que

os artistas brasileiros que pertençam às demais etnias ficarão naturalmente impedidos de desfrutar desses programas. À luz desse raciocínio, os editais produzidos pelo Ministério da Cultura, que se voltam “especialmente para a população negra”, contrastam com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não se mostra razoável a adoção de políticas voltadas para a proteção de determinados grupos ou etnias com a exclusão radical dos demais grupos ou etnias da sociedade, máxime quando essa sociedade — como é o caso da sociedade brasileira — possui um denso espectro étnico-cultural. Conforme se observa de sua leitura, a decisão que concedeu a liminar se mostra fartamente fundamentada, no sentido de impossibilidade da adoção de critérios puramente étnicos como fator de discrimen bem como na ilegalidade da exclusão pura e simples das pessoas de outras etnias. O tema em debate foi magistralmente colocado pelo Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADI 3.330/DF, no qual Sua Excelência assenta que a lei, como instrumento de reequilíbrio social, não pode fazer distinções que considerem fatores meramente acidentais (sexo, raça, origem geográfica), mas deve considerar fatores histórico-culturais. De outra banda, deve a legislação servir como forma de combate à desigualdade, conceder vantagens para que aqueles menos favorecidos venham a se igualar aos demais. É o quanto se extrai dos seguintes trechos do voto: “33. Numa frase, não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. A superioridade jurídica bem pode ser a própria condição lógica da quebra de iníquas hegemonias política, social, econômica e cultural. O mecanismo jurídico diz que colocar a sociedade nos eixos de uma genérica horizontalidade como postura de vida cidadã (o cidadão, ao contrário do súdito, é um igual). O modo estratégico por consequência de conceber e praticar uma superior forma de convivência humana, sendo que tal superioridade de vida coletiva é tanto mais possível quanto baseada em relações horizontais de base. Que são as relações definidoras do perfil democrático de todo um povo. 34. Essa possibilidade de o Direito legislado usar a concessão de vantagens a alguns como uma técnica de compensação de anteriores e persistentes desvantagens factuais não é mesmo de se estranhar, porque o típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. É como dizer: a lei existe para diante desta ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. O que ela (a lei) não

pode é incidir no preconceito ou fazer discriminações, que nesse preciso sentido é que se deve interpretar o comando constitucional de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O vocábulo distinção a significar discriminação (que é proibida) e não enquanto simples diferenciação (que é inerente às determinações legais). [...] 36. É neste passo que se põe o delicado problema de saber que fatores de diferenciação compensatória a lei pode validamente erigir, tendo em vista que a nossa Constituição não os menciona. Não aponta os elementos de discrimen ou os dados de diferenciação de que a lei pode fazer uso. Apenas se refere àqueles de que o legislador não pode lançar mão. 37. Com efeito, o Magno Texto Republicano se limita a dizer, no tema, que um dos objetivos centrais do Estado brasileiro é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV do art. 3º). Falando com isso que a procedência geográfica de alguém, assim como a raça, o sexo, a cor e a idade de quem quer que seja nada disso pode servir sozinho, como desprimoroso parâmetro de aferição da valiosidade social do ser humano. Nem da valiosidade social nem do caráter das pessoas, pois os dados a que se reporta o art. 3º da Constituição decorrem todos de uma simples obra do acaso. São fatores de acidente, e não de essência. 38. Daqui resulta o óbvio: nem aqueles referidos fatores de acidente na vida de uma pessoa (a cor da pele, a procedência geográfica, o sexo, etc.) nem qualquer outro que também se revele como imperscrutável obra do acaso pode-se prestar como isolado e detrimetoso critério legal de desigualação, porque tal diferenciação implicará “preconceito” ou “discriminação”. Já no tocante a outros fatores — não exatamente derivados das tramas do acaso, mas a fatores histórico-culturais —, aí não vemos outra saída que não seja aplicação daquele cânone da teoria constitucional que reconhece a toda a Constituição rígida o atributo da unidade material. Da congruente substancialidade dos seus comandos. Logo, somente há de ser reputado como válido o critério legal de diferenciação que siga na mesma direção axiológica da Constituição. Que seja uma confirmação ou uma lógica derivação das linhas mestras da *Lexi Maxima*, o que não pode conviver com antinomias normativas dentro de si mesma nem no interior do ordenamento por ela fundado. E o fato que toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como *verbi gratia* o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social.

39. Nesta vertente de ideais, anoto que a desigualdade em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um discrimen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade. Isso, lógico, debaixo do primacial juízo de que a desejada igualdade entre as partes é quase sempre obtida pelo gerenciamento do entrecchoque de desigualdades (uma, factual, e outra, jurídica, esta última a contrabalançar o passo da primeira). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Rui Barbosa interpretou como ideal de tratar igualmente os iguais, sim, na medida em que igualemente; e tratar desigualmente os desiguais, igualmente na medida em que se desigualem.". Assim, na percuciente interpretação do Ministro Ayres Britto, vê-se que a Constituição admite como critérios válidos para a promoção da igualdade aqueles que oferecem compensações aos brasileiros historicamente desfavorecidos, permitindo-lhes partir de um patamar mais elevado de competitividade. Tal como enfatizou o Ministro, a eleição de fatores acidentais como critério de diferenciação representa discriminação, não abrigada pela Constituição brasileira. Nessa toada, vê-se que os concursos questionados não fornecem compensações ou critérios mais favoráveis para os candidatos negros: "Simplesmente vedam a participação de brasileiros de outras etnias no certame, elegendo a cor da pele como parâmetro de aferição incidindo em prática discriminatória. Destarte, e sendo certo que a questão será analisada com a devida profundidade por ocasião do julgamento do mérito, tem-se que não merece reforma o despacho agravado, que primou por uma análise abrangente do assunto, levando ainda em consideração a vertente à proteção do patrimônio público, em vista da distribuição de premiação em valores que alcançam a cifra de R\$ 9.000.000,00.". Como se vê, o precedente da Suprema Corte, sob a relatoria do eminente Ministro Carlos Ayres Brito, dispensa a rigor os textos da obra clássica do eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, sob o título *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, da editora Malheiros, em suas diversas edições. Sem dúvida que o eminente Ministro Carlos Ayres Britto foi um dos mais brilhantes alunos do professor Celso Antônio Bandeira de Mello e fez questão de resumir toda a tese desse livro do eminente professor Bandeira de Mello neste precedente citado no parecer da douta Procuradoria Regional da República. A todo modo destaque desta extraordinária mono-

grafia jurídica a parte em que o ilustre professor Celso Antônio destaca em síntese a sua tese: "A lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a trações de circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos, se não houver adequação racional entre elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada. E, nessa inteligência, tenho firmado convicção em diversos precedentes perante esta colenda 5ª Turma, quando se trata de aplicação do regime de cotas nas universidades federais do Brasil. No julgamento da Ap 2009.33.00.006627-2/BA, de que fui relator, dentre tantos outros casos similares, destaquei em meu voto o seguinte: "Sobre o sistema de política de ações afirmativas para acesso ao ensino superior, tenho convicção formada, no sentido de que não obstante a nobreza da intenção de que estão imbuídas as medidas dessa natureza, a sua instituição representa flagrante violação ao princípio da igualdade assegurada em nossa Constituição Federal (CF, art. 5º, *caput*) e inviabiliza a realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (CF, art. 3º, inciso IV). Há de ver-se que a igualdade constitucionalmente protegida visa, a despeito do sistema de política de ações afirmativas, garantir a igualdade de recursos, condições e oportunidades das pessoas, a fim de possibilitar a disputa equânime e a concorrência leal entre os candidatos ao direito buscado e fundamental de acesso à escola, posto ser um direito difuso, de todos, afigurando-se desinfluyente para fins de alcançar esse tratamento isonômico a circunstância de o aluno ter cursado o ensino médio em escola particular pois, se assim o fez, certamente é porque a atuação do Estado mostrou-se falha no cumprimento de um de seus deveres institucionais, esculpido em nossa Carta Magna (CF, art. 205). Sobre esse enfoque, garantir-se tão só aos bancos universitários por mediações discriminatórias, serve, a meu ver, para firmar e perpetuar a combatida inferioridade de "méritos de parte substancial da população, a quem supostamente se pretende proteger". Afirmção da dignidade da pessoa humana, está justamente, em garantir o desenvolvimento dos méritos pessoais próprios, resguardando-se, assim, a igualdade formal e material entre as pessoas, sem distinção de etnias, tanto o negro quanto o pardo, quando o amarelo ou branco têm o mesmo peso de dignidade humana. Essas ações afirmativas, como no caso dos autos, agride a dignidade humana dos demais segmentos étnicos culturais. Exclui as demais etnias e por isso não merece ser prestigiada. Afirmção da dignidade da

pessoa humana está justamente em garantir o desenvolvimento de todos, restringirem as ações sociais a somente uma parcela da sociedade, no sentido de reconhecer a defasagem do ensino público e muito mais ainda, como no caso, a participação de projetos culturais como este que ora se analisa sem dar a oportunidade de todos participarem desta política pública custeada a alto custo pelo Ministério da Cultura é agredir a Constituição Federal. Portanto, com a devida vênia do bem posto e fundamentado voto do eminente relator, nego provimento ao agravo de instrumento e casso a antecipação de tutela anteriormente deferida nos autos.

## Voto-Vogal

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida:* — Senhor Presidente, ouvi com atenção o relatório, o voto do eminente relator e agora o voto divergente de Vossa Excelência. Recebi também memorial da União, ora agravante, sobre a questão posta em juízo.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão, que, nos autos da ação popular ajuizada por Pedro Leonel Pinto de Carvalho, contra a agravante, a Fundação Biblioteca Nacional e a Fundação Nacional de Artes, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, determinando a imediata sustação de todo e qualquer ato de execução dos concursos previstos no Edital 3, de 19 de novembro de 2012, do Ministério da Cultura, Secretaria de Audiovisual, Edital Prêmio Funarte de Arte Negra; Edital de Apoio à Coedição de Livros de Autores Negros e Edital de Apoio a Pesquisadores Negros.

Alega a União recorrente que o Ministério da Cultura, a Funarte e a Fundação Biblioteca Nacional lançaram editais com a intenção de promover a inclusão de pessoas da etnia negra no âmbito de produção e criação de determinadas atividades culturais, todas com a intenção de promover ações afirmativas destinadas à redução de desigualdades sociais.

Afirma a União que a medida tem por intenção proporcionar a inserção no mercado de trabalho de parcela da sociedade que historicamente encontra dificuldade no exercício da profissão, medida esta que está de acordo com o já sufragado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação por Descumprimento Fundamental 186.

Diza União que “as ações listadas, no que compete à União, a ação afirmativa representa menos de 3% das quantias dispensadas pela Secretaria do Audiovisual

em seleções públicas de ampla concorrência, sem segmentação de qualquer natureza (ver nota técnica em anexo)”.

Sustenta a recorrente que o processo de seleção realizado pelo Ministério da Cultura e entidades vinculadas está de acordo com a Lei Rouanet (Lei 8.313/1991), que permite a produção cultural e artística mediante a produção de obras cinematográficas e relativas às ciências humanas, às letras e às artes (art. 3º, II), o que, combinado com o art. 4º do Estatuto da Igualdade Racial, dá o esteio jurídico material necessário para o lançamento dos editais questionados.

Alega que os editais fazem parte de uma terceira categoria de políticas públicas com recorte racial, já que voltados especialmente para a população negra e, diferentemente do que afirma o autor, ora recorrido, o concurso não tem por objeto final a promoção da cultura negra, mas a promoção da igualdade racial, incluindo no mercado da direção e produção audiovisual, na criação de projetos nas áreas de artes visuais, circo, dança, música, teatro e preservação da memória, na edição de livros e na área da pesquisa no campo cultural.

Declara a recorrente que não há nos editais recorte temático para os filmes, projetos, livros e pesquisas. Há, sim, recorte racial para os participantes da seleção, o que respeita o princípio da isonomia, por intermédio da inclusão de determinada parcela da população em atividades historicamente não alcançadas por elas.

Alega que a escolha de certo grupo social baseado no critério racial ou etário não configura racismo às avessas ou ofensa à isonomia, moralidade ou impessoalidade, porque a implementação de qualquer ação afirmativa constitui em escolha de um grupo a ser beneficiado, não havendo projeto de ação de afirmativa genérico que albergue toda a sociedade.

Justifica a escolha do grupo social de negros porque é segmento social historicamente prejudicado pelos fatores históricos da escravidão.

Afirma que a decisão agravada reflete interpretação equivocada a respeito da política estatal em exame, uma vez que assentada em fundamentos que se destinam à inclusão racial, sendo a conduta administrativa enquadrada como prática de ação afirmativa admitida no ordenamento jurídico.

Diz que a Secretaria do Audiovisual, desde o ano de 1997, lançou um total de 55 editais voltados a diversos segmentos específicos da cadeia produtiva, sendo apenas um dos editais destinado à ação afirmativa, justamente este que está sendo questionado em juízo. Conclui, em síntese, a União, que a situação

apresentada revela a inexistência de prática voltada a privilégios a um segmento da sociedade, mas à prática de uma ação pontual, com interesse único na realização de uma ação afirmativa, integrando parte da população em certa área de produção, o que acaba por estimular o respectivo ingresso em ramo específico do trabalho.

Reafirma a União que a decisão agravada emitiu entendimento contrário ao decidido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação por Descumprimento Fundamental 186, oportunidade em que foi assentada a importância das ações afirmativas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo improvimento do agravo, aduzindo que “a decisão que concedeu a liminar se mostra fartamente fundamentada, no sentido de impossibilidade da adoção de critérios puramente étnicos, como fator de *discrimen*, bem como a ilegalidade de exclusão pura e simples de pessoas de outras etnias.”

Cita a douta Procuradoria Regional da República voto do eminente Ministro Ayres Brito, no julgamento da ADI 3.330/DF, na qual afirmou que a lei, como instrumento de reequilíbrio social, não pode fazer distinções que considerem fatores meramente acidentais, como: sexo, raça e origem geográfica, porque “nada disso pode servir sozinho como desprimoroso parâmetro de aferição da valiosidade social do ser humano.”

Este é o breve relatório.

Na origem, a ação popular insurge-se contra a realização de concursos públicos destinados a selecionar curtas-metragens, projetos de pesquisa, edição de livros e projetos artísticos produzidos exclusivamente por candidatos autodeclarados negros, com distribuição de prêmios no importe de nove milhões de reais. Sustentou o autor popular a ilegalidade e inconstitucionalidade dos certames questionados, alegando tratar-se de prática discriminatória, baseada em critério exclusivamente étnico racial, promovendo, assim, a desigualdade.

Deixo de transcrever a r. decisão recorrida, tendo em vista que já o fez o eminente relator em seu voto.

O cerne da controvérsia posta em juízo, em sede de ação popular, diz respeito a violação do princípio da isonomia ou da igualdade formal. Faz-se necessário, pois, enfrentar o tema sobre o ângulo da violação ao princípio constitucional fundador das democracias modernas.

Há que se perquirir, no caso em exame, a compatibilidade da ação afirmativa proposta pelo

Ministério da Cultura, agora em julgamento, e o sistema constitucional de proteção ao direito fundamental da igualdade.

A possibilidade jurídica de introdução das ações afirmativas no sistema jurídico brasileiro exige que se faça um breve histórico, uma singela memória da concepção da igualdade como categoria jurídica. Foi a partir da experiência da Revolução Francesa que se sedimentou a noção de igualdade perante a lei, uma igualdade formal, genérica, abstrata, em que todos os indivíduos são igualmente submetidos a uma lei genérica e abstrata, sem distinção ou privilégios. Essa noção clássica do conteúdo jurídico do princípio da igualdade ganhou terreno no constitucionalismo do século XIX e do século XX. Embora comum conteúdo insuficiente, foi um princípio da maior importância, tendo em vista que aboliu os privilégios decorrentes de origem divina ou do sangue no antigo regime das sociedades no Ocidente.

Todavia, a igualdade formal não garantiu o acesso dos que se encontram em desvantagem social quanto às oportunidades de outros grupos. Foi daí que surgiu, com o Estado Social, a concepção de igualdade material, que enxerga as desigualdades reais e trata as situações desiguais de forma desigual para não haver a perpetuação das desigualdades.

As ações afirmativas encontram justificação em nome da igualdade de oportunidades. Exige-se uma atitude ativa do Estado. A Constituição da República prevê, além da igualdade clássica, a igualdade formal, a igualdade que os franceses chamam *l'egalité devant la loi*, também adota a igualdade material.

O princípio da promoção da igualdade material, a dimensão positiva do princípio da igualdade está sustentada em três espécies de regras constitucionais. O art. 3º, III, diz que é dever do Estado erradicar a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; o art. 23, X, fala do combate aos fatores de marginalização; e o art. 170, VII, propõe a redução das desigualdades sociais.

O constituinte brasileiro fixou, textualmente, prestações positivas destinadas à promoção e integração de segmentos desfavorecidos e marginalizados, merecendo realce o inciso IV do art. 3º, que diz ser dever do Estado promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; o art. 23, X, é expresso: deve o Estado combater as causas da pobreza, os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos desfavorecidos; e deve ser também lembrado o art. 227, II, que prevê a criação

de programas de integração social dos adolescentes portadores de deficiência.

O art. 7º, inciso XX, dispõe expressamente sobre um *discrímén* tendo por base a escolha do sexo, no caso, a mulher, o sexo feminino, tendo em vista que a norma jurídica constitucional prevê a proteção de mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. O art. 37, inciso VIII, dispõe que a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão. Este é mais um caso de *discrímén* positivo feito pelo próprio legislador constituinte, considerando como fator para a discriminação positiva a deficiência física do candidato a cargo ou emprego público.

Vale lembrar também as disposições da norma do art. 145, § 1º, da Constituição da República, que recomenda ao legislador ordinário que os impostos tenham caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Ainda no que tange à ordem econômica, o art. 170, inciso IX, prevê tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Esse tratamento favorecido, nos termos do art. 179 da Constituição, deve conduzir a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarem às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado em suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias ou creditícias, ou pela redução dessas obrigações por meio de lei.

Poderia também mencionar, no âmbito infraconstitucional, a Lei 9.504/1994, que preconiza em seu art. 10, § 2º, cotas para mulheres nas candidaturas partidárias.

É bem de ver que a Constituição de 1988 e várias normas infraconstitucionais, que não vou tomar o tempo de Vossas Excelências aqui citando, passaram a prescrever uma modalidade de discriminação positiva, inclusive com uma ampliação objetiva do Estado em relação a várias prestações.

A leitura atenta da Constituição Federal mostra que há duas espécies de discriminação disciplinadas na Lei Maior: uma contrária e outra conforme o princípio da igualdade, sendo discriminação negativa ou atentatória aos direitos fundamentais aquela discriminação que é contrária ao estabelecido na Constituição como fins do Estado brasileiro.

## Ações Afirmativas

Ações afirmativas são medidas dirigidas a grupos sociais discriminados e/ou marginalizados. Não são necessariamente políticas públicas de combate à pobreza, mas essencialmente de combate à discriminação, inclusive de classe de gênero racial. São recomendadas para o combate às discriminações que inferiorizam socialmente determinados segmentos da sociedade.

Não são consideradas discriminações sociais as ações especiais afirmativas adotadas com um único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos, que precisam de uma proteção necessária para garantir a esses grupos acesso a oportunidades de progresso financeiro e intelectual.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, em 26 de abril de 2012, por unanimidade, pela constitucionalidade da reserva de vagas em universidades públicas, com base no sistema de cotas raciais.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski declarou que “não basta não discriminar. É preciso viabilizar. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. É necessário que esta posição seja adotada pelos nossos legisladores. A neutralidade estatal mostrou-se, nesses anos, um grande fracasso.”

Naquele histórico julgamento, o eminente Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres de Britto, o último a se manifestar no julgamento das cotas raciais, afirmou que a política compensatória se baseia na Constituição. Disse também: “O preconceito é histórico. Quem não sofre preconceito de cor, já leva enorme vantagem, significa desfrutar de uma situação favorecida, negada a outros.”

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* — Desembargadora Selene, se me permite, só um breve aparte. O que me chamou atenção neste caso é que não se trata, a rigor, da inclusão do negro em cotas raciais, como temos decidido reiteradamente, nas universidades, posto que, nas cotas raciais, que garantem o acesso do negro nas universidades, os brancos não são afastados, nem pessoas de outras etnias. No caso desses editais, a agressão está exatamente no afastamento total das outras etnias nesse projeto cultural; posto que, se fosse garantir a participação dos negros nesse projeto cultural, eu estaria plenamente favorável, dentro do raciocínio já desses precedentes da Suprema Corte.

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida:* — Prosseguindo o que estava comentando a respeito do

voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento sobre a constitucionalidade de quotas para negros em universidades públicas, quero mencionar que sobre o tema igualdade formal *versus* igualdade material assim disse Sua Excelência: “Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número de indivíduos mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas que atingem grupos sociais determinados de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhe a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.”

No que tange à matéria relativa à justiça distributiva, o eminente relator afirmou: “[...] o modelo constitucional brasileiro não se mostrou alheio ao princípio da justiça distributiva ou compensatória, porquanto, como lembrou a PGR em seu parecer, incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade[...].”

Por fim, vale lembrar a posição de Sua Excelência sobre as políticas de ação afirmativa com adoção no critério racial: “[...] cumpre afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça, para afastar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído para justificar a discriminação ou até mesmo a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores. Ora, tal como os constituintes de 1988 qualificaram de inafiançável o crime de racismo com o escopo de impedir a discriminação negativa de determinados grupos de pessoas, partindo do conceito de raça não como fato biológico, mas enquanto categoria histórico-social, assim também é possível empregar essa mesma lógica para autorizar a utilização pelo Estado da discriminação positiva, com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos.

Afirmo que esse julgamento acima referido é histórico, porque durante muito tempo o Estado brasileiro e os brasileiros relutaram em assumir a existência de racismo no Brasil e que nossa sociedade é racista. E sempre se optou por políticas sociais universalistas, considerando todos os indivíduos abstratamente avaliados como iguais, independentemente das reais condições de desigualdades que foram surgindo ao longo da nossa história e na nossa política entre os diferentes grupos

sociais neste país. Aqui as práticas de discriminação são indiretas e dissimuladas.

Por força da pressão dos movimentos sociais, em especial do movimento negro, que apontavam para as estatísticas do IBGE revelavam a existência de enormes diferenças decorrentes de cor no país, o governo brasileiro teve que admitir na Conferência de Durban, na África do Sul, em 2001, sobre a existência do racismo no país e que havia graves assimetrias no acesso a direitos com base em raça e gênero. Por ocasião dessa Conferência de Durban para o combate ao racismo a nível mundial, o governo brasileiro fez editar o Decreto 4.228/2002, que pela primeira vez na nossa história, estabeleceu um programa nacional de ações afirmativas no âmbito da Administração Pública Federal.

### As duas faces da igualdade e a regra da proporcionalidade.

Como pode ser deduzido do quanto acima foi exposto, a igualdade contém na Constituição brasileira duas faces: a igualdade material ou fática e a igualdade formal, também conhecida como igualdade jurídica.

Os juízes sabem que estas duas formas de igualdade podem entrar em conflito. Como se trata de normas principiológicas, a teoria dos princípios é chamada para resolver os possíveis conflitos por meio da regra da proporcionalidade.

As ações afirmativas buscam assegurar o princípio da igualdade jurídico-material, fazendo restrição ao princípio da igualdade formal.

O que tem sido assente na doutrina e na jurisprudência de vários países, inclusive no Brasil, é que não é possível se adotar um critério injustificado como fator de diferenciação. O que é o *discrimen* arbitrário? É aquele que não tem fundamento na Constituição e por isso não estabelece uma restrição legítima ao princípio da igualdade formal.

A jurisprudência constitucional, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e também a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal admitem que, as colisões de princípios devem ser resolvidas pelo critério da proporcionalidade. No Supremo Tribunal Federal a exigência da proporcionalidade da adequação e da racionalidade da decisão judicial é uma exigência frequente.

Os princípios constitucionais são a consagração jurídica de um ideal de justiça. Representam nas constituições os valores adotados por uma sociedade. É por meio da aplicação dos princípios que os valores

do Direito Natural, rejeitados pelo positivismo jurídico, recebem eficácia normativa.

A doutrina constitucional estabelece uma distinção entre princípios jurídicos e regras; as regras são menos abstratas e, por isso, de conteúdo mais preciso, são válidas ou inválidas, incidem ou não incidem, além de serem passíveis de aplicação direta em caso concreto.

Os princípios têm natureza estruturante no ordenamento jurídico, são abstratos, carregam conceitos vagos, imprecisos, impõem um mandato de otimização (gradação), coexistem com outros princípios e possuem convivência conflitual.

Com as regras se aplica o método da subsunção e aos princípios o jurista se vale do critério da ponderação de axiomas éticos. O critério para a solução de eventuais conflitos de princípios é a regra da proporcionalidade e o método é a ponderação das circunstâncias fáticas.

Alguns direitos fundamentais têm natureza de princípios jurídicos que, por vezes, colidem com outros, emergindo daí a necessidade de uma solução ponderada, porque não acontece de um princípio ser válido ou inválido diante de outro, como ocorre com as regras jurídicas.

Quando ocorre a colisão entre dois ou mais princípios do sistema normativo, opta-se por aquele que for mais significativo em face das circunstâncias do caso concreto. O princípio de maior densidade, diante da situação de fato específica, prevalece sobre o outro.

Para se evitar subjetivismo do julgador, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão passou a estabelecer critérios que fundamentam decisão judicial que impõe a prevalência de um princípio jurídico com restrição de outro. O entendimento que prevalece é que a decisão do juízo deve se basear no critério da ponderação racional e adequada, de forma a encontrar justificativa na lógica jurídica e afastar a possibilidade de subjetividade do aplicador da lei que profere o *decisum*.

Conquanto o caso *sub judice* configure hipótese clássica de colisão de princípios constitucionais, ou seja, entre a igualdade formal e a igualdade material, o MM. juízo *a quo* agravado não adotou a técnica da ponderação dos interesses e valores diante da complexidade do conflito *in iudicium*. Como se sabe, a técnica da ponderação exige o exame dos fatos da lide. Todavia, a r. decisão recorrida ignorou solenemente a regra da ponderação em que cada um dos elementos fáticos do caso concreto deve ser analisado, tendo em vista sua relevância, adequação, pertinência para a resolução da lide. Em nenhuma demanda, e na espécie

em particular, pode o juízo omitir-se da verificação dos fatos, as circunstâncias e sua integração com os princípios normativos. A ponderação se estabelece ao se sopesar os fatos com os princípios em colisão para se saber qual deles vai preponderar.

Se a resolução da lide envolve conflito normativo que implica opções valorativas (princípios constitucionais) em tensão, não é juridicamente possível apenas se optar por um deles em detrimento de outro, sem se adentrar no exame da adequação e necessidade do ato impugnado. Nessa seara onde estamos não se emprega o raciocínio de válido ou não válido, pois não se trata de regras jurídicas. Precisa o juiz descer do mundo das abstrações conceituais para encontrar o mundo dos fatos pertinentes e relevantes.

Conforme o princípio da unidade, todas as normas constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica, eis que inexistente relação absoluta de prevalência de um princípio em relação a outro. Assim, apenas a ponderação dos fatos em relação aos princípios dirá a solução do caso concreto. O que se aguarda em casos que tais é uma solução de equidade e não mero juízo de legalidade.

Limitou-se a decisão agravada a declarar a violação ao princípio da igualdade formal por parte da Administração, uma vez que os editais dos concursos em exame são voltados para pessoas negras o que, por si só, seria desproporcional, inadequado, desnecessário e imoral. Ora, isso não é juízo de ponderação e equidade, posto que desconsiderou a existência do princípio da igualdade material e os motivos determinantes (os fatos) que conduziram o Ministério da Cultura a dirigir os editais dos concursos culturais a um segmento específico da população. O raciocínio que parte exclusivamente de um conceito abstrato (o princípio da igualdade formal), desconsidera os fatos (a discriminação secular contra negros no país, a economicidade das medidas, sua necessidade para alcançar fins específicos, a inexistência de outras medidas igualmente eficazes para o objetivo pretendido, etc) e concluiu pela invalidade do ato é ideologia. O raciocínio jurídico implica necessariamente, e nesta demanda mais que outras, a análise do mundo dos fatos, sob pena de se tornar, do ponto de vista social e técnico-jurídico, a jurisdição inócua.

No fundo, a proporcionalidade não é um princípio, mas uma regra de aplicação do Direito. Sua finalidade é lograr obter um critério justo para intervenção de um *discrímen* em um princípio. A proporcionalidade é que vai dizer se o *discrímen* pode ser considerado justificado ou legítimo. A proporcionalidade se subdivide em

três sub-regras: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade estrita.

Quero enfatizar que não é a discriminação, seja ela qual for, em si mesma, que caracteriza a violação ou não do princípio da igualdade. O que vai dizer se a discriminação é justa ou injusta, moral ou imoral, ética ou antiética são as circunstâncias e os motivos da discriminação. Há que se examinar, por conseguinte, a natureza do critério distintivo.

Se o *discrímen* é acolhido pela ordem constitucional, isto é, se está em conformidade com os valores protegidos na Constituição, a discriminação é positiva e legítima em face da ordem constitucional. Além da análise da legitimidade do *discrímen*, deve o examinador examinar a proporcionalidade da medida adotada em relação à finalidade buscada e aos demais valores.

A sub-regra da adequação exige que a restrição de direitos fundamentais (restrição à igualdade formal) seja informada por uma real aptidão e utilidade do meio escolhido para a promoção do fim almejado. O *discrímen* é idôneo se atingir ao fim pretendido. Também deve o julgador examinar se não há onerosidade excessiva para outros grupos o estabelecimento do *discrímen*.

A sub-regra da necessidade indaga se não haveria outros meios igualmente eficazes para o atendimento da promoção do fim almejado. Por fim, a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito requer que haja equilíbrio entre os meios utilizados e os fins pretendidos.

As ações afirmativas, para serem consideradas legítimas, exigem, portanto, que o *discrímen* seja constitucionalmente tutelado e que haja proporcionalidade na medida.

As denominadas políticas de cotas são espécies de discriminações positivas. Elas são às vezes confundidas com as próprias ações afirmativas, porque são as mais usualmente adotadas.

Tendo em vista a aplicação da regra da proporcionalidade, não é possível responder a questionamentos sobre a constitucionalidade por violação ao princípio isonômico de ações afirmativas *in abstracto*, essa análise deve ser sempre feita no caso concreto, examinando as circunstâncias fáticas e os motivos reais que levaram o legislador ou o administrador a adotar uma ação afirmativa.

## Tipos de ações afirmativas e o caso dos concursos culturais para negros.

Já vimos anteriormente que, em seu conceito básico, as medidas de ação afirmativa são políticas públicas que, pelo estabelecimento de tratamentos juridicamente desiguais, específicos, têm a finalidade de reduzir as desigualdades materiais que vitimizam grupos sociais para promover a inclusão desses segmentos. Nessa concepção, qualquer medida que vise mediatamente à inclusão social, política ou econômica de um grupo com tratamento desigual se subsume ao conceito de ação afirmativa.

Inexiste um critério único de implantação de políticas de ação afirmativa. As cotas são um mecanismo dessas ações afirmativas, mas não são o único. O estabelecimento de metas, de preferências, sistema de bônus, incentivos fiscais, concursos, são ações afirmativas que não se confundem com cotas.

Aliás, quando o legislador constituinte estabeleceu na Constituição, conforme visto acima, vários *discrímenes* considerando questões de natureza social, econômica, gênero, financeira, deficiência física, não estabeleceu a metodologia que o legislador ordinário e o administrador podem adotar para as ações afirmativas.

No caso em exame, o eminente relator bem observou que os concursos *sub judice* poderiam ser facultados a concorrentes de outras etnias, mas poderiam ser também um concurso apenas para negros.

Saliento no particular que a r. decisão agravada e o douto parecer da Procuradoria Geral da República não atentaram para o fato de que em sua defesa em juízo, a União informou que nos últimos dez anos promoveu mais de 55 concursos análogos e que este é o primeiro concurso só para negros.

A agravante também esclarece porque fez um concurso só para negros. Justificou que, quando o concurso é estabelecido como uma política cultural universal, os negros não se inscrevem, não se candidatam porque não se veem como objeto dos concursos, não se veem como destinatários, como clientela dos concursos.

Esse é um fato que exige uma explicação antropológica sobre como um grupo de indivíduos altamente representativo da sociedade brasileira, porque são a metade, sendo o país o segundo país com a maior população negra do mundo, não se identifica com a proposta cultural do Ministério da Cultura e suas entidades vinculadas. Nesse particular vale lembrar as

lições de Michel Foucault sobre a cidadania simbólica que cuida ou que se refere ao direito de ter direitos. Diante das informações da União no processo de que, sem a ação ativa de prospecção do Ministério da Cultura, as inscrições seriam irrisórias, que houve necessidade de diversas oficinas de mobilização para potenciais candidatos, que os destinatários da política pública específica sequer ambicionavam ou se identificavam como criadores de produções culturais, pode se chegar à conclusão de que esse segmento social carece da chamada cidadania simbólica ou, dito de maneira mais simples, não se veem como sujeito de direito.

### A adequação às regras da proporcionalidade no caso concreto.

Anoto que a r. decisão monocrática recorrida não considerou nenhum dos fatos e circunstâncias arroladas pela União como defesa da política de promoção cultural de grupos negros no país. Trata-se de decisão que considera a violação ao princípio da igualdade formal de forma abstrata, pois o *decisum* não atentou para as seguintes circunstâncias que justificam e fundamentam a adoção da política de ação afirmativa no caso em exame: a) a importância do setor cultural e criativo que respondia, em 2003, por 5,7% dos empregos formais e 6,2% do número de empresas, sendo que as empresas culturais são responsáveis por 5% dos postos de trabalho da indústria do país e 9% do total de postos de trabalho do setor de serviços; b) que o presente edital é o primeiro e o único entre 55 editais promovidos pela Secretaria do Audiovisual nos anos de 1997 a 2011, para os quais acorreram somente brancos; c) que sem a iniciativa do Ministério da Cultura, o segmento negro não serviria como destinatário de uma política pública cultural, porque não se identifica com a clientela dos editais, isto é, criadores de produtos culturais; d) que os editais *sub judice* representam pequena parcela do orçamento do Ministério da Cultura.

As verbas relacionadas ao edital constituem apenas 2,29% do orçamento anual da Secretaria do Audiovisual e 0,51% dos recursos destinados de forma ampla por intermédio de editais abertos no mesmo período.

Considerando, pois, que a r. decisão recorrida não examinou as circunstâncias fáticas, os motivos ensejadores da ação afirmativa em discussão em juízo, que não atentou para a existência de discrimen consagrado nos valores abrigados pela Constituição, nem examinou tampouco a regra da proporcionalidade

e as sub-regras da adequação e necessidade, passo a fazê-lo.

No que tange ao exame da sub-regra da adequação, a ação afirmativa proposta pelo Ministério da Cultura atinge ao seu fim de inserção de negros no mercado cultural e na pesquisa da cultura porque resultou em inscritos e na realização dos comuns. Quanto à sub-regra da necessidade, a medida restritiva ao princípio da igualdade formal contida no edital se ocupou dos dados do IBGE, que revelam um maior desemprego em menor renda da população negra e que o crescimento de oportunidades na economia da cultura era imprescindível mediante editais direcionados exclusivamente para a população negra.

No item relativo à sub-regra da não onerosidade excessiva, a agravante mostrou que as verbas relacionadas ao edital representam apenas 2,29% do orçamento anual da Secretaria do Audiovisual e 0,51% dos recursos destinados de forma ampla, por intermédio dos editais abertos no mesmo período para os brancos.

A delimitação em um único edital, no meio de 55 outros, para atender a um grupo determinado e como meio de efetivação de política afirmativa a um grupo específico reconhecido como subalterno, inferior ou discriminado na sociedade brasileira não viola o princípio da regra da proporcionalidade, porque é um número bastante insignificante, tendo em vista o cotejo das demais ações promovidas pelo Ministério da Cultura ao longo da última década.

Devo ainda, em conclusão, me referir ao parecer da d. Procuradoria Regional da República, que invoca voto do ilustre ministro ex-Presidente do egrégio Supremo Tribunal Federal, Ayres Britto em suas razões.

Não se coloca em dúvida que não se pode fazer um discrimen para o efeito de promoção de uma política pública com base apenas em critérios de raça, cor, sexo, idade, etc. Esta é uma questão que está acima de qualquer discussão razoável, porque ofenderia o princípio da igualdade formal ou o princípio da igualdade jurídica. O que o parecer da d. PRR pareceu desconhecer é que a presente ação afirmativa do Ministério da Cultura não se faz em favor dos negros porque são negros, em razão de um fator relativo ao nascimento. A política está sendo feita porque os negros são discriminados pelo nosso racismo dissimulado. O Ministério Público Federal não pode desconhecer que no Brasil a pobreza e a exclusão social têm cor. É surpreendente o parecer da d. Procuradoria Regional que entendeu que a política afirmativa em

exame é ilícita porque tem por único fundamento a cor da pele. Isso é pretender esquecer quinhentos anos de desprezo, humilhação e indiferença.

Para rememorar então dados recentes, vale lembrar que 64% dos negros são pobres e 69% dos indigentes, dos mendigos são negros. O trabalhador negro convive mais intensamente com o desemprego, ocupa os postos de trabalho mais precários ou vulneráveis em relação aos brancos, têm mais instabilidade no emprego, estão mais presentes na base da produção, apresentam níveis de instrução inferiores aos trabalhadores brancos e possuem uma jornada de trabalho maior de que um trabalhador não descendente de africano. Segundo Censo 2010 do IBGE, o Brasil tem 97 milhões de negros e pardos e 91 milhões de brancos. A proporção de analfabetos na população negra e parda é de 13,3% e outra entre os brancos, o índice de analfabetos é de 5,9%. Em um grupo de 2.000 crianças carentes, 1.600 são negros. Dados do IBGE de 1996 revelavam que a taxa de mortalidade de crianças negras e pardas entre nós é 2/3 superior à população branca na mesma idade. A maioria das crianças que vivem na rua e jovens assassinados nas grandes cidades são negros. São os que sofrem com a fome, a violência do latifúndio e grupos de extermínio.

Já disse acima e vou repetir que o Brasil é o segundo país do mundo com o maior contingente de população descendente de africanos, só perdendo para a Nigéria. Foi o último país do mundo ocidental a abolir a escravidão. Os negros ocupam a posição mais baixa na nossa pirâmide social.

Ao longo da nossa história, tivemos oportunidades, em momentos decisivos, de reescrevê-la, de alguma forma incluir a metade do nosso povo na cidadania republicana. Mas perdemos os trens da História: em 1822, por ocasião da Independência, não abolimos a escravatura; em 1888, por ocasião da Abolição da Escravatura, não integramos os negros à sociedade, não os integramos ao mercado de trabalho, não lhe demos educação, terra ou saúde; liberto da escravidão, o negro não se tornou cidadão, embora fosse à época 70% da população brasileira, foi abandonado; com a proclamação da República, também este país deixou passar momento importante para rever a sua política em relação à integração da população negra e índia; finda a República Velha, é instaurado o Estado Novo e os negros permaneceram esquecidos. Somente após a Constituição democrática de 1988 e após o Brasil ficar situação constrangedora em congressos e convenções internacionais, sobre combate à discriminação racial,

houve por bem adotar medidas tímidas no sentido de promover ações afirmativas.

Mais de 125 anos se passaram desde a promulgação da Lei Áurea (Lei Imperial 3.353, de 13 de maio de 1888) e os negros e mulatos brasileiros permanecem marginalizados. O racismo está impregnado de forma dissimulada na estrutura da sociedade porque a cultura racista neste país faz parte de sua formação. Porém, como prevalece o mito da democracia racial, são chamadas de racistas todas as políticas públicas para negros.

O caso em exame é bem representativo da tibieza do Estado brasileiro em promover ações para integração de negros no mercado de trabalho.

Em síntese, para não me alongar em demasia, quero salientar que os editais para promoção de ações afirmativas no campo de emprego no setor cultural de negros não estão em desacordo com o precedente do ilustre Ministro Carlos Ayres Britto, porque não se está promovendo a ação afirmativa pelo fato do negro ser negro, mas por ele ser pobre, marginalizado, desprezado e esquecido durante 500 anos.

Estamos, pois, diante de uma política pública que alocou recursos em benefícios de pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão sócioeconômico no passado e no presente.

Esta, Senhores, não é uma ação comum, diz respeito à promoção dos direitos humanos no país. Falo em direitos humanos porque convém lembrar que o Brasil é signatário, e ratificou, em 1968, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Trata-se de Convenção da ONU, de 1965, que foi ratificada por 167 estados, inclusive o nosso. A Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, à qual o Estado brasileiro está submetido e deve cumprimento, prevê no art. 1º, § 4º, a possibilidade de discriminação positiva, a chamada ação afirmativa, mediante a adoção de medidas especiais de proteção e incentivo a grupos ou indivíduos, visando a promover sua ascensão na sociedade, até o nível de equiparação com os demais. A proteção e incentivo a grupos referidos no art. 1º, § 4º, da Convenção, diz respeito a grupos que são discriminados por motivos raciais. Isto conduz à conclusão de que é possível juridicamente se estabelecerem ações afirmativas, tendo em vista critérios raciais ou pseudorraciais, uma vez que não se trata de critério biológico, mas histórico-cultural.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, há mais de uma década, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que o Brasil

é signatário, integram a Constituição Federal. À luz desse entendimento, a norma do art. 1º, § 4º, da Convenção para combate à discriminação racial é lei interna e tem aplicação imediata, afastando-se, assim, qualquer argumentação no sentido de ser impossível juridicamente o estabelecimento de *discrimen* com base na etnia.

Este é caso típico em que nós juízes somos chamados a resolver as chamadas colisões de princípios, no caso, um conflito entre a igualdade material e a igualdade formal.

Deve prevalecer, de acordo com critério da proporcionalidade e das sub-regras da adequação, necessidade, não onerosidade excessiva, a promoção dos direitos humanos. Aliás, as práticas de ações afirmativas foram introduzidas entre nós com o discurso dos direitos humanos.

No Plano de Direitos Humanos II, reconheceu-se “por parte do Estado Brasileiro, a marginalização econômica, social e política a que foram submetidos os afrodescendentes em decorrência da escravidão”.

No dizer de Joaquín Herrera Flores, os direitos humanos são a nossa racionalidade de resistência, na medida em que implicam em processos que inovam e consolidam espaços na luta pela dignidade humana. Trazem a esperança de um horizonte moral, na inclusão, refletindo o projeto emancipatório do nosso tempo.

Em resumo, tudo visto e examinado, considero que se não podemos voltar atrás no tempo, quando os primeiros negros foram trazidos na grande diáspora africana, em 1535, e aportaram na Baía de Todos os Santos, nós juízes, Legislativo e Executivo podemos começar agora a reescrever a nossa história.

Acompanho o eminente relator, dando provimento ao agravo da União.

## Aditamento ao Voto

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* — Em aditamento a meu voto, após ouvir os alentados votos que me antecederam, leio na Constituição da República Federativa do Brasil, especificamente no capítulo que trata “Da cultura” os dispositivos seguintes: Art. 215. “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará, e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. Parágrafo 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Art. 216-A, § 1º. “O Sistema Nacional de

Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios, dentre outros: I – diversidade das expressões culturais; II – universalização do acesso aos bens e serviços culturais;”. Ora, seria flagrantemente agressora do direito difuso e fundamental de acesso à cultura e do princípio da universalização de acesso aos bens e serviços culturais e à ampla diversidade das expressões culturais, tutelados pela Carta Política Federal, uma lei brasileira ou mesmo um edital de concurso que estabelecesse a maioria civil das pessoas nordestinas, analfabetas, subnutridas e de cabeças chatas somente aos 30 anos de idade e que estabelecesse a maioria civil de outras pessoas brasileiras, de preferência sulistas, que demonstrassem boa saúde, boa aparência, razoável nível cultural e boa disposição física, alcançar a maioria aos dezesseis anos de idade. De outro lado, também, seria flagrantemente inconstitucional uma lei brasileira que a pretexto de promover a inclusão social da raça negra no Brasil determinasse, por exemplo, que no estado da Bahia todas as manifestações culturais daquele estado, pelo período de um ano, só poderiam ser realizadas por pessoas da raça negra. Seria, também, flagrantemente inconstitucional a lei que, no polo oposto da discriminação racial, assim, também, determinasse que no estado de Sergipe, no longínquo município de Porto da Folha, onde existe uma população de descendência histórica dos holandeses, quando aqui chegaram ao Brasil, tivessem o direito garantido por lei e por edital concursal, a pretexto da inclusão social e racial, somente as pessoas de cor branca daquele município pudessem realizar manifestações culturais pelo prazo de um ano. É o que está ocorrendo, no caso dos autos. Com a devida vênia dos votos divergentes, a decisão recorrida não se desgarrou da realidade posta nos autos. O edital que criou o Prêmio Funarte de Arte Negra, com prazo de validade de um ano, a contar da data de homologação do resultado final, podendo ser prorrogado uma única vez por igual período em ato devidamente motivado, estabelece que “constitui objeto do presente edital a premiação de 33 projetos na área de artes visuais, circo, dança, música, teatro e preservação da memória, que se enquadrem nas linguagens e especificações descritas no item 1.2, a serem realizados por proponentes autodeclarados negros (pretos e pardos, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE). E no item 4 estabelece as condições de participação a seguir descritas: 4.1 – “Estão aptas a participar deste edital, na condição de proponente, pessoas físicas (artistas e produtores culturais) ou jurídicas (instituições privadas,

com ou sem fins lucrativos, de natureza artística e/ou cultural) que atendam às seguintes condições: a) Pessoas físicas — artistas ou produtores culturais que, no ato da inscrição, se autodeclarem negros (pretos e pardos), de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE; b) Pessoas jurídicas — instituições privadas, cujo representante legal, no ato da inscrição, se autodeclare negro (preto e pardo), de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE; c) Os proponentes, pessoa física ou jurídica, devem comprovar em seu currículo experiência no desenvolvimento de atividades artísticas que conservem elementos das culturas de matriz africana e/ou realização de trabalhos com temas ligados à experiência social e política da população negra dentro e fora do Brasil”.

Trago à colação da memória as figuras extraordinárias da literatura brasileira, personificadas na maior referência nacional e internacional da estilística moderna, através de um negro pobre e doente, fisicamente frágil, que se chama Machado de Assis. Não precisou de movimentos como esses para demonstrar sua cultura; como também o grande poeta Cruz e Sousa, expressão maior do simbolismo brasileiro, que também não necessitou de projetos discriminatórios como estes para demonstrar sua cultura.

O argumento, *data venia*, de que a raça negra, espoliada historicamente, marginalizada e explorada, precisa de uma política pública específica, excludente, como esta que se manifesta nesse edital, com a devida vênia, é falacioso e sofista. Como bem demonstrou a decisão recorrida, citando inclusive um trabalho extraordinário de nosso atual presidente da Suprema Corte, Ministro Joaquim Barbosa, nos termos seguintes: “Segundo o prestigiado escólio doutrinário de Joaquim B. Barbosa Gomes, a discriminação positiva (*reverse discrimination*) ou simplesmente ação afirmativa consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, “de modo a inseri-lo no *mainstream*, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores da natureza cultural histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade”, ou seja, “cuida-se de dar tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão” (*Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*, ed. Renovar. RJ-SP, 2001, p. 22).

Como se vê, a inclusão das cotas afirmativas de natureza racial não agride o princípio da isonomia constitucional. Ocorre que o projeto de qualquer política pública que tenha um caráter excludente, como

este manifestado nos editais que divulgam o Prêmio Funarte de Arte Negra, agride frontalmente o princípio da igualdade, da proporcionalidade e também o princípio da razoabilidade. Neste visor é que a decisão recorrida afastou a eficácia do referido edital. Assim diz o juízo singular: “Com efeito, ao fomentar as medidas de estímulo à participação de negros no processo cultural brasileiro — o que encontra firme amparo no ordenamento jurídico brasileiro, admiração — o Ministério da Cultura não poderia excluir sumariamente as demais etnias: a exclusão das demais etnias destes programas culturais contrasta abertamente com os princípios da isonomia, da moralidade administrativa e da razoabilidade; ao contrário do que pode ter sido cogitado ou planejado pelo Ministério da Cultura, vale dizer, do que pode ter sido efetivamente almejado pelo Estado, os editais impugnados, porque destinados exclusivamente aos negros, abrem um acintoso e perigoso espectro de desigualdade racial”.

Ora, o que estamos aqui a apreciar é um perigoso início de *apartheid* racial, a contrário do que se realizou historicamente nos Estados Unidos da América, onde os negros não podiam ter acesso aos veículos de transporte coletivo, aos clubes e aos outros meios de diversão. Agora, o Governo brasileiro desenvolve uma política de exclusão das demais etnias, sob o pretexto de ação racial afirmativa. Esta é uma ação racial negativa, aniquiladora dos direitos fundamentais de todos de acesso à cultura. A Desembargadora Selene citou, no seu voto, a falta de consideração do juízo singular em não ter observado nas razões promovidas pela União os inúmeros projetos culturais, desenvolvidos neste Governo Federal, a favor das demais etnias, mas, evidentemente que nesses projetos culturais não houve e nem poderia haver qualquer proibição dos membros da raça negra de eles participarem. Os negros nunca foram proibidos de participar desses projetos culturais dos brancos, mas também não encontra qualquer respaldo constitucional uma exclusividade de uma política pública por agredir o princípio da participação democrática e da universalização de acesso aos meios culturais do Brasil.

A decisão agravada, com felicidade, observa o seguinte: “Erigida como um dos objetivos do Estado brasileiro, *rectis*: República Federativa do Brasil, promoção do bem de todos, far-se-á sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, inciso IV); nas suas relações internacionais e, por desdobramento desse objetivo, o Estado brasileiro conclama o repúdio ao racismo como uma de suas diretrizes mais caras” (CF, 4º, VIII).

Nesta perspectiva, a par do princípio da isonomia, que se insere no ordenamento jurídico brasileiro, nos planos formal e material (CF, 5º, *caput*), impõe-se ao Estado brasileiro integral submissão aos objetivos e aos princípios arrolados pela Constituição Federal (CF, 3º e 4º, respectivamente), e, por elementar, aos princípios da razoabilidade e da moralidade administrativa.

Assim, não se harmonizam com o princípio da isonomia os programas lançados pelo Estado, com o propósito de proporcionar exclusivamente aos produtores e artistas negros oportunidade de acesso a condições e meios de produção artística, vez que os artistas brasileiros que pertencem às demais etnias ficarão naturalmente impedidos de desfrutar desses programas. Esta exclusão contrasta também com o princípio da razoabilidade, vez que a medida, nos moldes em que produzida pelo Estado, não ostenta feição afirmativa; cuida-se, ao revés, de discriminação negativa, pois — sem considerar a dimensão plural da sociedade brasileira — prestigia apenas uma etnia, em detrimento das demais.

Por outras palavras, os editais lançados pelo Ministério da Cultura desqualificam a representatividade das demais etnias do país, pois ignoram o denso mosaico étnico que marca nossa sociedade, fustigando o princípio da razoabilidade, que possui assento legal e tem por desiderato proibir ou conter os excessos da administração (Lei 9.784/1999 – 2º, *caput*).

Em relação ao princípio da razoabilidade, conforme bem o destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, a sua base repousa no fato de a administração, ao atuar no exercício de discricção “obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal que presidiram a outorga da competência exercida”; ou seja, “não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas — e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis —, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração a situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento, as finalidades da lei atributiva, da discricção manejada” (*Curso de Direito Administrativo, 20ª edição*, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, pág. 97).

Por essa vocação, qual seja de evitar a proliferação de excessos pela administração no âmbito de sua atuação discricionária, o princípio da razoabilidade interage fortemente com o princípio da proporcionalidade. Este princípio enuncia a ideia, ainda segundo o abalizado pronunciamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, de que as competências administrativas “só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que

seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”, razão pela qual “os atos, cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência, ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que, naquele caso, lhes corresponderiam” (Op. cit., p. 99).

Como se vê, seria injusto dizer que o juízo singular não enfrentou a questão relativa ao princípio da proporcionalidade; não só o enfrentou, mas embasado na melhor doutrina, como consta de sua douta decisão recorrida. E mais adiante, assim se expressa: “Sob esse enfoque, o excesso praticado pela administração (= criar ações afirmativas em desconformidade com a dimensão teleológica do instituto) “não milita em benefício de ninguém”; ao revés: representa apenas “um agravo inútil aos direitos de cada qual” (Op. cit., p. 99). À luz desse raciocínio, os editais produzidos pelo Ministério da Cultura, que se voltam “especialmente para a população negra” contrastam com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não se mostra razoável a adoção de políticas voltadas para a proteção de determinados grupos ou etnias com a exclusão radical dos demais grupos ou etnias da sociedade, máxime quando esta sociedade — como é o caso da sociedade brasileira — possui um denso espectro étnico-cultural. E, mais adiante, conclui: “ou seja, a ação afirmativa que marca o denominado *sistema de cotas* não contrasta, ao contrário do modelo produzido pelo Ministério da Cultura, com a dimensão jurídico-constitucional do princípio da isonomia; ao revés, insere-se nas suas dobras, concretizando o ideal da igualdade material e contribuindo para que sejam superadas as barreiras que impedem o aprimoramento técnico-científico dos negros, dos índios e dos que, destituídos dos bens materiais mais mezinhas, vivem à margem da sociedade. No caso dos editais do Ministério da Cultura, reitere-se, a situação é completamente diversa e contrastante com a dimensão teleológica do instituto da ação afirmativa: excluem-se completamente as demais etnias ou grupos raciais do país para prestigiar uma — e apenas uma — etnia, admiração. Não se cogita da participação — mesmo minoritária ou por intermédio de cotas — de quaisquer outras etnias”. O que se pratica nesses editais ora impugnados é o *apartheid* social e afirmação do racismo no Brasil.

Com essas considerações, mantenho os termos do meu voto, com a devida vênia dos votos divergentes, negando provimento ao agravo de instrumento.

## Quinta Turma

Numeração única: 0016136-68.2009.4.01.3500

Apelação/Reexame Necessário 2009.35.00.016222-7/GO

Relator:	Desembargador Federal João Batista Moreira
Apelante:	Universidade Federal de Goiás – UFG
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Apelada:	Glacy Odete Rachid Botelho
Advogados:	Dr. Juscimar Pinto Ribeiro e outros
Litisconsorte Passivo:	Regina Célia Gomes de Moura
Advogada:	Dra. Regina Célia Gomes de Moura
Litisconsorte Passivo:	Deusmar José Rodrigues
Remetente:	Juízo Federal da 1ª Vara/GO
Publicação:	e-DJF1 de 12/02/2014, p. 274-275

### Ementa

*Concurso público. Cargo de professor universitário (Direito). Prova de títulos. Doutorado. Desconsideração em face da antiguidade (mais de cinco anos). Falta de razoabilidade. Invalidação.*

I. Trata-se de apelação e remessa oficial de sentença em que se julgou “procedente o pedido para declarar a nulidade da limitação contida no item 4.10 do edital, bem como da decisão administrativa que a aplicou, determinando seja realizada nova avaliação para a prova de títulos sem a limitação prevista no edital”.

II. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a ausência de impugnação prévia ao edital não torna preclusa discussão (judicial) sobre ilegalidade/inconstitucionalidade de regramento do certame, v.g.: AMS 0002687-21.2006.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ, p. 61, de 19/10/2007; EIAC 2006.34.00.000671-3/DF, rel. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado), Terceira Seção, DJ 21/07/2008.

III. Pacífico, também, o postulado de que o controle judicial dos atos da instituição de ensino superior, especialmente no que concerne à adequação aos ditames constitucionais, não fere o princípio da autonomia universitária. Confirmam-se, v.g.: AMS 0020043-68.2002.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1, p. 22, de 18/05/2011; AMS 0014872-84.2007.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, rel. Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado). Quinta Turma, e-DJF1, p.194, de 29/04/2011.

IV. Conforme bem lançado na sentença, “ao excluir os títulos acadêmicos ou a experiência anterior aos últimos cinco anos para a prova de títulos, a Administração não elegeu critério condizente com a finalidade a ser alcançada com o concurso público. Se o objetivo é recrutar pessoas mais preparadas para o ofício de professor, como se viu, a limitação não se sustenta uma vez que não há correlação lógica entre a finalidade e o critério eleito pela Administração. Ao contrário, somente com a avaliação de toda a vida acadêmica e profissional do candidato é que se pode aferir suas qualificações”.

V. Se em favor dos detentores de títulos mais recentes há uma certa presunção de que estão mais atualizados, em relação aos detentores de títulos mais antigos deve-se presumir que acompanharam mais de perto a evolução do conhecimento científico. Bem expressa José Souto Maior Borges que, sem a física clássica não seria possível a física relativista. A revolução é, de fato, continuidade. Toda inovação tem uma dimensão conservadora. Já expressara L. Cabral de Moncada que as águas dos grandes rios tornam-se salgadas muitos quilômetros antes de desembocarem no mar, no que é seguido por Boaventura de Sousa Santos, quando diz, *contra o desperdício da experiência*, que “a morte de um dado paradigma traz dentro de si o paradigma que lhe há de suceder”. A metáfora da “transformação progressiva de uma atmosfera úmida em zona chuvosa” (Edgar Morin) também serve para ilustrar a continuidade evolutiva do conhecimento. Todos os trabalhos aqui citados (referências completas no voto do relator), bem a propósito, têm mais de cinco anos.

VI. Também não prospera a alegação de que, em face da teoria do fato consumado, o resultado do concurso deve ser mantido, incluídas nomeação e posse da litisconsorte. A posse da litisconsorte ocorreu em 10 de setembro de 2009 e nos termos do art. 54 da Lei 9.784/1999, a Administração pode (deve), no quinquênio, anular seus próprios atos eivados de ilegalidade.

VII. Além disso, a litisconsorte foi exonerada do cargo em tela, o qual, a teor da petição da instituição de ensino, encontra-se (ou se encontrava, na data da petição – 23/10/2013) vago.

VIII. Apelação e remessa oficial não providas.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 05/02/2014.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* — Glacy Odete Rachid Botelho ajuizou ação declaratória c/c cominatória em face da Universidade Federal de Goiás (UFG).

Narrou que, tendo participado de concurso público para preenchimento de 1 (uma) vaga de “Professor na Disciplina de Direito Tributário [...] Edital 28/2009” (fls. 661-663), fora classificada em terceiro lugar, após a realização de todas as etapas, quais sejam: prova escrita, prova de didática, e prova de título.

Aduziu que a banca examinadora não pontuou “vários de seus títulos, dentre eles de mestrado e doutorado, por ter entendido [...] que só seriam considerados os títulos referentes a menos de 5 (cinco) anos”.

Pediu declaração de “ilegalidades e nulidades na avaliação da prova de títulos realizada [...], de forma que seja determinada a nova avaliação de títulos dos candidatos, ou, caso assim não entenda, seja anulado o concurso e determinada a realização de novo certame em face das ilegalidades e nulidades apontadas”.

Regina Célia Gomes de Moura e Deusmar José Rodrigues, classificados no 1º e 2º lugares, respectivamente, foram citados, na condição de litisconsortes passivos necessários.

Na sentença, de fls. 744-754, julgou-se “procedente o pedido para declarar a nulidade da limitação contida no item 4.10 do Edital, bem como da decisão administrativa que a aplicou, determinando seja realizada nova avaliação para a prova de títulos sem a limitação prevista no edital”.

A Universidade Federal de Goiás (UFG) apelou, fls. 782-807, alegando que: a) “ao inscrever-se no concurso público [...] restava a autora plenamente consciente das exigências e critérios contidos no Edital para a avaliação dos títulos e desse modo aceitou os seus termos ao inscrever-se e participar do certame público, não sendo aceitável que ao final do concurso venha apontar ilegalidade e arbitrariedades inexistentes a fim de favorecer-se já que não logrou o primeiro lugar na classificação”; b) “a Banca Examinadora [...] teve toda a sua atuação pautada nos princípios da legalidade, da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, de modo que o certame público foi inteiramente conduzido dentro das normas previstas no Edital [...]”; c) “em prestígio ao Princípio da Vinculação ao Edital do Concurso Público e ao Princípio da Isonomia descabe à parte recorrida levantar ilegalidades e arbitrariedades inexistentes que eivem de nulidade a limitação no item 4.10 do Edital concernente à avaliação dos títulos empreendida pela Banca Examinadora [...], já que estava plenamente consciente dos termos do Edital 28/2009 quando efetuou sua inscrição no certame”; d) ao contrário do que fundamentado na sentença, “a finalidade da limitação temporal de 5 (cinco) anos para a aceitação dos títulos é condizente com a finalidade do concurso público ao passo que possibilita que a Autarquia selecione candidato a professor com base na produção científica mais recente, portanto, titulação mais condizente com a evolução natural da ciência do Direito, que deve acompanhar as transformações sociais e está em constante modificação. Trata-se também de critério eleito pela Unidade Acadêmica diretamente interessada no concurso *ex vi* do art. 3º, parágrafo único, da Resolução Conjunta Consuni/ Cepec 1/2007”; e) “*ex vi* do teor do art. 207 da

Constituição Federal, possui autonomia universitária a qual compreende a autonomia didático-científica, a autonomia de gestão financeira e patrimonial bem como autonomia administrativa”; f) “para bem desempenhar as finalidades maiores a que se destinam as Universidades, além da autonomia universitária, também se valem de critérios de conveniência e oportunidade, *ex vi* do Poder Discricionário que detêm, para definir, como na demanda presente, de maneira motivada, as condições temporais de aceitabilidade dos títulos com o fito de selecionar o candidato melhor preparado para assumir o cargo [...], sem, contudo, se descuidar [...] da observância dos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da isonomia, da impessoalidade, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”; g) “nesse passo, o critério temporal para aceitabilidade dos títulos estabelecido no item 4.10 do Edital não possui o condão de macular o certame nem tampouco ofender os princípios da legalidade, da moralidade, da isonomia, da impessoalidade, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visto que tal critério restou estabelecido segundo a conveniência e oportunidade da Unidade Acadêmica diretamente interessada no concurso *ex vi* do art. 3º, parágrafo único, da Resolução Conjunta CONSUNI/CEPEC 01/2007 e se coaduna com a necessidade da Universidade Federal de Goiás de contratar professores que estejam atualizados segundo a natural evolução da ciência do Direito”; h) “é importante destacar que certamente a candidata que se sagrou vencedora em 1º lugar foi nomeada e tomou posse no aludido certame acreditando, pia e plenamente, que estava assumindo um cargo de maneira absolutamente legal, como de fato assumiu, já que não remanesce nenhuma mácula no item 4.10 do Edital [...]”; i) “não apenas sob a ótica da Autarquia, como também da candidata Regina Célia Gomes de Moura”, que tomou posse no cargo, o Judiciário “pode agora adotar interpretação restrita da Lei e dos princípios constitucionais e infraconstitucionais incidentes para considerar nula a fase de títulos do concurso sem ao menos se ter em conta que há uma situação consolidada no tempo, envolvendo fato e direito, que não mais pode se desfazer sob pena de cometimento de brutal injustiça”.

Contrarrazões da autora, fls. 838-841, pela manutenção da sentença.

Houve remessa.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a ausência de impugnação prévia ao edital, administrativamente, não torna preclusa discussão (judicial) sobre ilegalidade/inconstitucionalidade de regramento do certame, *v.g.*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. REGIME DE TEMPO INTEGRAL. PREVISÃO DO EDITAL. EXCEÇÃO PARA OS CANDIDATOS APROVADOS QUE JÁ FOSSEM SERVIDORES DA UNIVERSIDADE. [...] PRETENSÃO DE ADMISSÃO EM TEMPO PARCIAL. INTERESSE LEGÍTIMO EM FACE DA COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA. DISCRICIONARIEDADE = VINCULAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PROTEÇÃO DAQUELE INTERESSE POR MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE. DEFERIMENTO DA PRETENSÃO.

1. Não há preclusão, para efeito de ação judicial, em face da ausência de impugnação a edital de concurso, especialmente quando estão em discussão valores constitucionais. Até no direito eleitoral, campo propício para a preclusão, esta não ocorre quando a questão envolve matéria constitucional.

2. Do ponto de vista prático também não é razoável exigir do candidato impugnação a determinada disposição do edital quando ainda nem sabe se será aprovado ou se determinado critério lhe será favorável. O interesse concreto, específico, surge a partir do resultado do concurso. Tendo o resultado do concurso sido publicado oficialmente em dezembro de 2005, é tempestivo o mandado de segurança impetrado em janeiro de 2006.

[...]

7. Apelação provida.

(AMS 0002687-21.2006.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ, p. 61, de 19/10/2007.)

EMBARGOS INFRINGENTES. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. NÃO IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA DO EDITAL. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE.

1. Embargos infringentes opostos contra acórdão que deu provimento à apelação para reconhecer a ilegalidade da reprovação do Autor em exame psicotécnico do concurso para Delegado de Polícia Federal.

\*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

2. Não ocorre preclusão em face da não impugnação administrativa do edital.

[...]

6. Embargos Infringentes a que se nega provimento.

(EIAC 2006.34.00.000671-3/DF, rel. Juiz Federal (CONV) David Wilson de Abreu Pardo, Terceira Seção, DJ 2107/2008)

É pacífico nesta Corte, também, o postulado de que o controle judicial dos atos da instituição de ensino superior, especialmente no que concerne à adequação aos ditames constitucionais, não fere o princípio da autonomia universitária. Confirmam-se, *v.g.*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. APROVEITAMENTO DE DISCIPLINAS CURSADAS COM APROVAÇÃO EM OUTRA IES. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA PRÓPRIA AUTORIDADE IMPETRADA. ILEGITIMIDADE RECURSAL.

I - Não se conhece de recurso de apelação em Mandado de Segurança se interposto pela própria autoridade impetrada e não pela pessoa jurídica que aquela integra, por não ser parte no feito, porém mero informante.

II - Possível conhecer da apelação da Sociedade mantenedora do estabelecimento de ensino.

III - “A autonomia universitária não exige a instituição de ensino de observar os princípios da legalidade, da razoabilidade e do devido processo legal substantivo, devendo as restrições de direito determinadas em seus regulamentos internos guardar correlação lógica e adequação aos fins a que se destinam.” (AG 2005.01.00.007894-6/MG, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, DJ p. 108 de 05/12/2005)

[...]

V - Apelação do Diretor Geral não conhecida. Apelação da Sociedade mantenedora conhecida. Remessa Oficial e apelação, conhecida, não providas.

(AMS 0020043-68.2002.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1, p. 22, de 18/05/2011.)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. UNIVERSIDADE PÚBLICA. CURSOS DE GRADUAÇÃO OU PÓS-GRADUAÇÃO. SEGUNDO SEMESTRE DE 2008. COBRANÇA DE TAXA DE MATRÍCULA E MENSALIDADES. DESCABIMENTO. SÚMULA VINCULANTE N. 12.

[...]

2. Revela-se indevida, também, a aludida cobrança, dado que fora ela instituída por meio do

regimento interno da instituição de ensino, norma terciária, portanto, sendo certo que o princípio da autonomia universitária não exige a Administração da observância do preceito maior a que está vinculada, qual seja, o da legalidade. Portanto, tal norma interna corporis invadiu o campo reservado à norma jurídica de atribuição constitucional exclusiva do legislador ordinário.

[...]

4. Apelação da estudante provida, para afastar a cobrança de mensalidade relativa ao curso de pós-graduação de que tratam os autos.

(AMS 0014872-84.2007.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, rel. conv. Juiz Federal Renato Martins Prates (conv.), Quinta Turma, e-DJF1, p. 194, de 29/04/2011.)

No caso, a norma que se quer afastada impede o cômputo, na prova de títulos, de diplomas de mestrado e/ou de doutorado obtidos há mais de cinco anos da abertura do certame.

A universidade, corroborando as alegações da litisconsorte que acabou sendo nomeada para o cargo, sustenta que o objetivo é selecionar candidatos mais atualizados acerca dos temas pulsantes da disciplina a ser ministrada pelo futuro professor, não havendo se falar, portanto, em violação ao princípio da razoabilidade e/ou da isonomia.

Na sentença, com muita propriedade, fundamentou-se:

[...] a litisconsorte alega que a norma tem o objetivo de valorizar produção científica mais recente dos candidatos e de não privilegiar professores com pouca participação no meio acadêmico.

Se, de fato, esse foi o fundamento para o estabelecimento da limitação, não se pode deixar de reconhecer a nulidade do edital nesse aspecto.

De fato, ao excluir os títulos acadêmicos ou a experiência anterior aos últimos cinco anos para a prova de títulos, a Administração não elegeu critério condizente com a finalidade de ser alcançada com o concurso público. Se o objetivo é recrutar pessoas mais preparadas para o ofício de professor, como se viu, a limitação não se sustenta uma vez que não há correlação lógica entre a finalidade e o critério eleito pela Administração. Ao contrário, somente com a avaliação de toda a vida acadêmica e profissional do candidato é que se pode aferir suas qualificações.

Não se duvida que esse tipo de critério pode resultar no afastamento de candidatos com extensa produção acadêmica e científica, com importantes obras publicadas ou com importantes atividades profissionais pelo simples motivo de que foram realizados ou praticados há mais de cinco anos.

A questão é mais séria, no caso, em vista de ter sido excluído do cômputo o título mais valioso de toda a carreira acadêmica, isto é, o título de Doutor,

pelo simples fato de ter sido expedido há mais de cinco anos.

Se em favor dos detentores de títulos mais recentes há uma certa presunção de que estão mais atualizados, em relação aos detentores de títulos mais antigos deve-se presumir que acompanharam mais de perto a evolução do conhecimento científico. Bem expressa José Souto Maior Borges que, sem a física clássica não seria possível a física relativista. A revolução é, de fato, continuidade. Toda inovação tem uma dimensão conservadora.<sup>1</sup> Já expressara L. Cabral de Moncada que as águas dos grandes rios tornam-se salgadas muitos quilômetros antes de desembocarem no mar,<sup>2</sup> no que é seguido por Boaventura de Sousa Santos, quando diz, *contra o desperdício da experiência*, que “a morte de um dado paradigma traz dentro de si o paradigma que lhe há de suceder”.<sup>3</sup> A metáfora da “transformação progressiva de uma atmosfera

úmida em zona chuvosa”<sup>4</sup> também serve para ilustrar a continuidade evolutiva do conhecimento. Todas as obras em referência, incluída a tese de doutorado do relator, em que foram citadas,<sup>5</sup> contam muito mais de cinco anos desde a primeira edição.

Também não prospera a alegação de que, em face da teoria do fato consumado, o resultado do concurso deve ser mantido, incluídas nomeação e posse da litisconsorte Regina Célia de Moura. A posse da litisconsorte ocorreu em 10 de setembro de 2009 (fl. 718) e nos termos do art. 54 da Lei 9.784/1999, a Administração pode (deve), no quinquênio, anular seus próprios atos eivados de ilegalidade.

Além disso, de acordo com o documento de fl. 851, a litisconsorte Regina Célia de Moura foi exonerada do cargo em tela, o qual, a teor da petição de fl. 860, encontra-se (ou se encontrava, na data da petição – 23/10/2013) vago.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

<sup>1</sup> BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 10.

<sup>2</sup> MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editura, 1995, I, p. 196.

<sup>3</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 15.

<sup>4</sup> MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis Le. *A Inteligência da Complexidade*. Trad. Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000, p. 15.

<sup>5</sup> Cf. MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 20.

## Sexta Turma

### Reexame Necessário 0008655-63.2010.4.01.4100/RO

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques  
 Autora: Luz Divina Gutierrez Ushinahua  
 Defensora: Defensoria Pública da União – DPU  
 Ré: União Federal  
 Procuradora: Dr. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
 Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/RO  
 Publicação: e-DJF1 de 10/01/2014, p. 362

## Ementa

*Reexame necessário. Mandado de segurança. Entrada e permanência de estrangeiro em território brasileiro. Existência de família residente no País. Segurança concedida.*

I. Na hipótese, correta a sentença que assegurou à impetrante, mãe de estrangeiro residente no Brasil, em estado semivegetativo, em consequência de cirurgia neurológica, o direito de aqui permanecer, enquanto necessário, apesar de já expirado o visto de permanência. Precedente.

II. O ordenamento jurídico de uma nação deve ser instrumento de valorização e proteção à vida humana, devendo para tanto assegurar a sua preservação, daí a necessidade de releitura da Lei 6.815/1981 (Estatuto do

Estrangeiro) com base no Texto Constitucional. De nada adianta afirmar a tutela aos direitos fundamentais à vida e à saúde se não se garantir os meios necessários à sua plena preservação.

III. Remessa oficial a que se nega provimento.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 13/12/2013.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — Trata-se de remessa oficial em face de sentença proferida pela MM. Juíza Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Rondônia, que concedeu a segurança em ação mandamental impetrada por *Luz Divina Gutierrez Ushinahua*, objetivando assegurar o direito da impetrante de permanecer no território brasileiro pelo prazo que for necessário para acompanhamento e tratamento de seu filho, residente no Brasil.

Foi deferida a liminar às fls. 35-37, aos 08/07/2010.

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento da remessa oficial.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — Da análise dos autos, reputo corretos os fundamentos adotados pelo magistrado de base, porquanto dirimiram de forma pertinente a lide. Deles, transcrevo os seguintes trechos:

Em que pese a nacionalidade estrangeira da impetrante e sua permanência irregular no Brasil, os atestados médicos juntados (fls. 27/28) indicam a necessidade de sua permanência em Território brasileiro para acompanhar o seu filho, o também peruano [...], o qual fora submetido à cirurgia neurológica no Hospital de Base Ary Pinheiro, encontrando-se atualmente em estado semivegetativo, posto que acometido de aneurisma cerebral.

Diante desse contexto, não se justifica o apego frio à letra lei (Estatuto do Estrangeiro) para a retirada abrupta da impetrante do solo nacional em momento tão necessário à preservação de direitos fundamentais (vida e saúde) de [...], o qual possui

residência no Brasil e aqui trabalha como professor, consoante fls. 21/26).

O ordenamento jurídico de uma nação deve ser instrumento de valorização e proteção à vida humana, devendo para tanto assegurar a sua preservação, daí a necessidade de releitura da Lei 6.815/81 (Estatuto do Estrangeiro) com base no Texto Constitucional, de modo a garantir a permanência de impetrante em sola nacional pelo tempo necessário à recuperação da saúde de seu filho.[...]

À luz de tal constatação, a eventual ausência de norma explícita não inviabiliza o pleito, pois a Constituição Republicana de 1988, no 5º dispositivo, ao assegurar aos brasileiros e estrangeiros residente no Brasil o direito à vida, deixa implícito que essa proteção deve ser plena e completa, mesmo porque “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

De pouco adianta afirmar a tutela aos direitos fundamentais em foco (vida e saúde) se não se garantir os meios necessários à sua plena preservação, a qual é representada, neste caso, pela necessidade de se permitir a permanência da impetrante ao lado de seu filho, até recuperação da saúde deste.

Saliento que o entendimento adotado pelo Juízo de base se encontra amparado também pela jurisprudência desta Corte, como é de ver dos acórdãos que receberam as seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTRADA E PERMANÊNCIA DE ESTRANGEIRO EM TERRITÓRIO BRASILEIRO. EXISTÊNCIA DE FAMÍLIA CONSTITUÍDA NO PAÍS. RESIDÊNCIA FIRMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA.

1. Afastada a preliminar de inadequação da via eleita, uma vez que os documentos acostados ao feito são aptos a demonstrar o direito vindicado, não havendo necessidade de dilação probatória.

2. Não merece reparos a sentença monocrática que aplicou à espécie dos autos a solução que melhor se amolda à situação fática em que se encontra o impetrante, natural do Líbano, aluno de curso superior, dependente de seu genitor, com residência permanente no País, assegurando-lhe a entrada e permanência em território brasileiro,

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian e Carlos Moreira Alves.

tendo em vista possuir família constituída neste País, pelo que poderia, a princípio, adquirir o visto pretendido, além do fato de que este já residiria no Brasil desde o ano de 2006 (fls. 16/18).

3. Aplicação da teoria do fato consumado, em face do decurso do tempo consolidou uma situação fática, amparada por decisão judicial datada de 2006, sendo desaconselhável a sua desconstituição, no caso.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

5. Agravo retido prejudicado. (AC 0025255-67.2006.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado), Sexta Turma, e-DJF1, p. 48, de 22/10/2012)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. REEXAME NECESSÁRIO. LEI 6.815, DE

1980. PERMANÊNCIA NO BRASIL. TRATAMENTO DE SAÚDE.

Estrangeiro doente, que se encontra, no Brasil, em tratamento médico, tem direito a aqui permanecer, enquanto dura o tratamento, apesar de já expirado o visto de permanência. Aplicação dos princípios constitucionais de humanidade. (REOCR 0017716-43.2008.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1, p. 91, de 31/10/2008.)

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

## Sexta Turma

### Apelação Cível 0036625-04.2010.4.01.3400/DF

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)  
 Apelante: Ministério Público Federal  
 Procurador: Dr. Carlos Henrique Martins Lima  
 Apelado: Paulo Octávio Investimentos Imobiliários Ltda.  
 Advogados: Dr. Marcos Jorge Caldas Pereira e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 04/02/2014, p. 597

## Ementa

*Ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Público Federal. Ressarcimento ao Erário. Patrimônio da CEF decorrente de sua participação na composição dos recursos da Funcef.*

I. Questões ligadas à legitimidade das partes e intrinsecamente relacionadas ao objeto do recurso são apreciadas conjuntamente, e o exame de questões meritórias, inclusive relacionadas à prescrição, é incabível quando a petição inicial é rejeitada de pronto, sem o exame do mérito.

II. Em sede de apelação interposta contra sentença que rejeitou a inicial e extinguiu o processo, sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita, com força no § 8º do art. 17 da Lei 8.429/1992, não merece prevalecer o pedido recursal do Ministério Público no sentido de afastar o exame da responsabilidade por improbidade suscitada na exordial, uma vez que foi exatamente embasado nessa premissa que o *Parquet* justificou o cabimento de sua pretensão judicial.

III. A Constituição da República conferiu funções de alta relevância ao Ministério Público, classificando-o como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF). A função de promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social de que trata o art. 129, inciso III, da Constituição Federal deve ser interpretada em harmonia com a parte final do inciso IX do mesmo dispositivo constitucional que veda expressamente o exercício do *Parquet* em funções incompatíveis com sua finalidade institucional consistente na representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas. Precedentes.

IV. O Ministério Público Federal não ostenta legitimidade para promover ação de reparação de danos para a tutela do patrimônio da Caixa Econômica Federal decorrente de sua participação na composição dos recursos da Fundação dos Economizadores Federais – Funcef utilizados em pagamentos alegadamente indevidos no âmbito do Fundo de Investimento Imobiliário Superquadra 311 Norte, em Brasília, no Distrito Federal, uma vez que a Empresa

Pública possui quadro de procuradores selecionados para representá-la em juízo, cabendo a ela promover as medidas que entender necessárias à preservação de seus interesses, posto que só é possível pleitear direito alheio em nome próprio quando autorizado por lei.

V. Preliminares rejeitadas e apelação do MPF a que se nega provimento.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, rejeitar as preliminares suscitadas pela apelada e negar provimento à apelação do MPF.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 20/01/2014.

Juíza Federal *Hind Ghassan Kayath*, relatora convocada.

## Relatório

*A Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath:*  
— O Ministério Público Federal interpõe apelação contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, ao examinar ação civil pública proposta em face de Paulo Octávio Investimentos Imobiliários Ltda. com o objetivo de condenar o réu ao pagamento ou ressarcimento integral do dano alegadamente causado à Caixa Econômica Federal decorrente de sua participação na composição dos recursos da Fundação dos Economistas Federais – Funcef, rejeitou a petição inicial, por inadequação da via eleita, nos termos do § 8º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, e declarou extinto o processo, sem resolução do mérito, concluindo que (fl. 515):

[...] não tem o Ministério Público Federal legitimidade para ajuizar ação de reparação de dano, com indiscutível perfil de ação de cobrança, em favor de entidade de previdência fechada, que tem capacidade para residir em juízo na defesa do seu próprio patrimônio [...]

2. Em suas razões de recurso (fls. 518-533), o MPF requer a reforma da sentença com a aplicação do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil e a procedência dos pedidos iniciais ou a devolução dos autos à primeira instância para o regular prosseguimento do feito. Sustenta que a

[...] legitimidade do Ministério Público Federal para propositura da presente demanda de ressarcimento de danos causados ao patrimônio público encontra-se totalmente amparada pelos arts. 129, III, da Constituição Federal, 6º, VII, b, da Lei Complementar 75/93, 1º, IV, e 5º da Lei 7.347/1985, além da remansosa jurisprudência do STJ, expressada pelo enunciado da Súmula 329 (fl. 521). [...]

3. Assevera que a sentença recorrida não considerou que: a) a busca pela reparação de

interesses patrimoniais de entidades públicas incluí-se perfeitamente dentre as atribuições do Ministério Público; b) a defesa do patrimônio público que justifica a legitimidade ministerial caracteriza-se pela natureza do patrimônio envolvido (se público ou privado) e não pela qualidade das pessoas arroladas no polo passivo; e, c) é absolutamente prescindível a inclusão no polo passivo da ação civil pública de todos os envolvidos no ilícito. Afirma que o *Parquet* poderá

[...] perfeitamente atuar na defesa de interesses patrimoniais de entidades que possuam condições de fazer sua própria defesa, desde que o patrimônio que se busque a proteção seja público (fl. 530). [...]

4. Após o recebimento da apelação no duplo efeito (fl. 542), os autos subiram a esta Corte com as contrarrazões da Paulo Octávio Investimentos Imobiliários Ltda. (fls. 545-570) em que suscita preliminar de ilegitimidade do MPF, prejudicial meritória de prescrição, e, no mérito, pugna pelo não provimento da apelação.

5. Nesta instância, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, opina pelo provimento da apelação, a anulação da sentença e o retorno dos autos a origem para prosseguimento do feito (fls. 574-581).

É o relatório.

## Voto\*

*A Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath:*  
— De início, tendo em vista a preliminar suscitada pela apelada em sede de contrarrazões, anoto que as questões ligadas à legitimidade das partes e intrinsecamente relacionadas ao objeto do recurso são apreciadas conjuntamente, e o exame de questões

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo Sr. Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado).

meritórias, inclusive relacionadas à prescrição, é incabível quando a petição inicial é rejeitada de pronto, sem o exame do mérito.

2. A propósito, o exame da inicial revela que o Ministério Público Federal propôs ação civil pública de responsabilidade em face de Paulo Octávio Investimentos Imobiliários Ltda., em razão de alegados danos causados ao patrimônio da Caixa Econômica Federal na qualidade de patrocinadora de parte dos recursos da Fundação dos Economistas Federais, tendo presente supostas irregularidades praticadas pelos gestores da Funcef referentes a pagamentos indevidos no âmbito do Fundo de Investimento Imobiliário Superquadra 311 Norte, em Brasília, no Distrito Federal.

3. Segundo o *Parquet*, os pagamentos indevidos resultaram em danos ao patrimônio da Funcef na ordem de R\$ 1.189.212,39 (um milhão, cento e oitenta e nove mil, duzentos e doze reais e trinta e nove centavos), sem atualização.

4. Pois bem, apreciando apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença extintiva em ação conexa à presente demanda, processada sob o número 361894520104013400, a Sexta Turma deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em acórdão relatado pelo Des. Federal Jirair Aram Meguerian, na sessão de julgamento do dia 13 de dezembro de 2013, à unanimidade, negou provimento ao apelo, consignando naquela oportunidade as seguintes razões que adoto como fundamento de decidir:

5. “Do exame dos autos, depreende-se que o Ministério Público Federal amparou o cabimento de sua pretensão judicial em dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa e da Ação Popular a fim de promover a reparação dos alegados danos causados ao patrimônio público decorrentes de atos imorais ou ilegais praticados por gestores da Funcef. Tanto é assim que defendeu o enquadramento da questão aos ditames do parágrafo único do art. 1º da Lei 8.429/1992 que alcançam os atos de improbidade praticados contra o patrimônio público de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício daqueles para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

6. Nesse cenário, e apoiado no art. 17, § 3º, da Lei de Improbidade Administrativa para fazer valer o disposto no art. 6º, *caput*, e § 3º da Lei 4.717/1965, o *Parquet* requereu a intimação da Caixa Econômica Federal e da Fundação dos Economistas Federais para integrem a lide.

7. Para melhor compreensão, relaciono abaixo os dispositivos legais suscitados pelo Ministério Público para amparar o cabimento de sua pretensão judicial:

*Lei de Improbidade Administrativa*  
(8.429/1992)

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

*Parágrafo único.* Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como *daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.* (Negrito no original).

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

[...].

§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no . (*Redação dada pela Lei nº 9.366, de 1996*) (Negritei).

*Lei da Ação Popular* (4.717/1965)

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

[...].

§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

8. Já em suas razões de recurso, o Ministério Público assevera que a demanda tem natureza de ação civil pública para ressarcimento ao Erário prevista na Lei 7.347/1985 e não de ação civil por ato de improbidade administrativa disciplinada pela Lei 8.429/1992. O *Parquet* inverte completamente seu

pedido inicial na parte que pretendia intimar a CEF e a Funcef para integrarem a lide com esteio nos arts. 17, § 3º, da Lei 8.429/1992 e 6º, § 3º, da Lei 4.717/1965 e pleiteia, expressamente, em suas conclusões recursais, “o prosseguimento à lide, com a citação dos réus, sem a aplicação do rito previsto no art. 17 da Lei 8.429, de 1992”.

9. Nessa linha de raciocínio, entendo que devem prevalecer os fundamentos expressados na sentença recorrida, conforme os seguintes excertos (fls. 422-423):

13.- Deveria o MPF, para restar configurada a defesa do patrimônio público — se disso se trata — instar os dirigentes da Funcef responsáveis pela formalização dos contratos e aditivos para construção dos edifícios da SQN 311, sob responsabilização por improbidade administrativa, ou de outra ordem, e não funcionar como substituto processual da entidade de previdência fechada, pois ao ingressar-se com esta ação de reparação de danos (*in reclusus*: de cobrança) está-se em nome próprio defendendo direito alheio.

14.- Em verdade, a genérica alegação de que se está buscando reparação de danos ao erário não pode ser acolhida sem a presença, no polo passivo da lide, das pessoas que tinham por dever de ofício a iniciativa de adotar as providências judiciais para que os eventuais prejuízos fossem evitados.

15.- Sem tais pessoas, ou pessoa, no pólo passivo, a ação se ressentida da necessária transcendentalidade que caracteriza a atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público, que neste caso poderia e deveria ser defendido primariamente pela própria parte no contrato, sem prejuízo de que fosse instada a fazê-lo pelo Ministério Público Federal, sob responsabilização.

10. Desse modo, não merece reparo a sentença que concluiu não ter o Ministério Público Federal legitimidade para ajuizar ação de reparação de dano em favor de entidade de previdência fechada, que tem capacidade para residir em juízo na defesa do seu próprio patrimônio.

11. Com efeito, não há dúvida de que o Ministério Público ostenta legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público, conforme sinaliza a Súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

12. A propósito, a Constituição da República conferiu funções de alta relevância ao Ministério Público, classificando-o como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e

dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, da CF). A função de promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social de que trata o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, deve ser interpretada em harmonia com a parte final do inciso IX do mesmo dispositivo constitucional que veda expressamente o exercício do *Parquet* em funções incompatíveis com sua finalidade institucional consistente na representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas.

13. Confira-se os dispositivos constitucionais:

*Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:*

[...].

*III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;*

[...].

*IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.* (Negritei e sublinhei).

14. Segundo Cândido Dinamarco, citado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., *in Curso de Direito Processual Civil*, 7. ed. 2012, editora Juspodivm, p. 364-365, as pessoas jurídicas de direito público deveriam ser defendidas por suas correspondentes procuradorias:

Por isso, são ilegítimas perante a Constituição as disposições de direitos infraconstitucional que vão além, para afirmar a legitimidade do Ministério Público também para os litígios relacionados com o interesse do Estado como pessoa jurídica e, especialmente, destinados a anular atos administrativos e responsabilizar pessoas mediante condenação a repor recursos financeiros nos cofres públicos. Eventual direito dos entes estatais a essa providência tem titular perfeitamente definido, não sendo portanto difuso nem coletivo. Além disso, a Constituição Federal impõe a incompatibilidade do Ministério Público com funções ligadas à representação judicial e à consultoria de entidades públicas (art. 129, inc. IX), sendo indispensável o advogado para a representação dessas entidades no processo civil (art. 133.)

15. No ponto, merece destaque a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RECURSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. DEFESA DE ENTE PÚBLICO. ILEGITIMIDADE.

1. Conforme entendimento pacífico, em face do disposto no art. 129, IX, da Constituição Federal,

é vedado ao Parquet a representação ou defesa de pessoas jurídicas de direito público, mesmo porque, tais entidades possuem procuradores habilitados para fazê-lo, sendo cediço, ainda, que a simples presença de ente estatal na lide não é suficiente para caracterizar a existência de interesse público. Precedentes.

2. Recurso conhecido em parte (alínea “c”), mas improvido.

(Grifei). (REsp 232.607/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 17/08/2000, DJ 04/09/2000, p. 203.)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. HIPÓTESES DE CABIMENTO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LIMITES.

1. A função institucional do Ministério Público, de promover ação civil pública em defesa do patrimônio público, prevista no art. 129, III, da Constituição Federal, deve ser interpretada em harmonia com a norma do inciso IX do mesmo artigo, que veda a esse órgão assumir a condição de representante judicial ou de consultor jurídica das pessoas de direito público.

2. Ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. A intervenção do Ministério Público, nesse domínio, somente se justifica em situações especiais, em que se possa identificar, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, mais que um interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado, um interesse superior, da própria sociedade.

3. No caso, a defesa judicial do direito à reversão de bem imóvel ao domínio municipal, por alegada configuração de condição resolutória da sua doação a clube recreativo, é hipótese que se situa no plano dos interesses ordinários do Município, não havendo justificativa para que o Ministério Público, por ação civil pública, atue em substituição dos órgãos e das vias ordinárias de tutela.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(Negritei). (REsp 246.698/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/03/2005, DJ 18/04/2005, p. 213.)

16. Do último aresto acima citado, destaco o seguinte excerto extraído do voto condutor do acórdão redigido pelo eminente Min. Teori Albino Zavascki:

1. A função institucional do Ministério Público, de promover ação civil pública em defesa do patrimônio público, prevista no art. 129, III, da Constituição Federal, deve ser interpretada em harmonia com a norma do inciso IX do mesmo artigo, que veda a esse órgão assumir a condição de representante judicial ou de consultor jurídica das pessoas de direito público. Realmente, se, de um lado, há legitimação do Ministério Público para atuar em defesa do

patrimônio público, há, por outro lado, a vedação de transformá-lo em mero representante judicial da administração pública. O desafio está em traçar os limites entre os dois campos, mas uma certeza se pode ter: *não será a simples existência de lesão ao patrimônio público que, por si só, legitima a atuação do Ministério Público e dá ensejo a ação civil pública.* Do contrário, teríamos ações civis públicas para haver pagamento de indenizações por danos causados a veículos do Estado em acidente de trânsito e não teríamos porque negar legitimação ao Ministério Público para cobrar a dívida ativa da Fazenda. É por essas razões que, em doutrina e jurisprudência, se costuma afirmar que, quando o interesse na causa se situa no âmbito ordinário da administração pública, não se justifica a intervenção do Ministério Público nem mesmo como custos legis.

2. A conjugação dos dois dispositivos constitucionais acima referidos deixa evidenciado que, ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. Portanto, ordinariamente, o Ministério Público não está legitimado a atuar em defesa da Administração Pública. A sua intervenção nesse domínio, conseqüentemente, somente se justifica em situações não ordinárias, ou seja, em situações especiais. Que situações seriam essas? São as situações em que, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, se possa identificar um interesse superior, que, por alguma razão objetiva e clara, transcende ao interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado. Assim ocorre quando, pela natureza da causa, da magnitude da lesão, ou pelas pessoas envolvidas ou por outra circunstância objetiva, a eventual lesão trouxer um risco, não apenas restrito domínio da pessoa jurídica, mas a valores especialmente protegidos, de interesse a toda a sociedade. É o que ocorre, por exemplo, quando o patrimônio público é lesado pelo próprio administrador (improbidade administrativa) ou quando os órgãos ordinários de tutela judicial do patrimônio público se mostrarem manifestamente omissos ou impossibilitados de atuar (o que põe em risco o funcionamento da instituição pública). Nessas ou em outras situações especiais semelhantes, em que o interesse superior esteja devidamente justificado é que se poderá considerar legítimas a atuação do Ministério Público e a utilização da ação civil pública para o exercício da pretensão à tutela jurisdicional. (Negritei).

17. Assim postos os fatos, entendo que o Ministério Público Federal não ostenta legitimidade para promover ação de reparação de danos para a tutela do patrimônio da Caixa Econômica Federal decorrente de sua participação na composição dos recursos da Fundação dos Economistas Federais – Funcef utilizados em pagamentos alegadamente indevidos no âmbito do Fundo de Investimento

Imobiliário Superquadra 311 Norte, em Brasília, no Distrito Federal, uma vez que a Empresa Pública possui quadro de procuradores selecionados para representá-la em juízo, cabendo a ela promover as medidas que entender necessárias à preservação de seus interesses, posto que só é possível pleitear direito alheio em nome próprio quando autorizado por lei.

18. Na hipótese dos autos, como se trata de questão idêntica a já julgada por esta Turma por ocasião da sessão de julgamento do dia 13/12/2013, em votação unânime, resultante do desdobramento da Ação Civil Pública 2005.34.00.014852-4, originada do Procedimento Administrativo 1.16.000.000649/2005-28, como bem assinalado na sentença (fls. 511-512) deve ser prestigiado aquele entendimento. O acórdão está assim ementado:

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ILEGITIMIDADE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PATRIMÔNIO DA CEF DECORRENTE DE SUA PARTICIPAÇÃO NA COMPOSIÇÃO DOS RECURSOS DA FUNCEF.*

*I - Não há falar em continência na hipótese em que os autos já foram reunidos por decisão de primeira instância a não permitir nenhum prejuízo as partes em razão de eventuais decisões antagônicas. Questões ligadas à legitimidade das partes e intrinsecamente relacionadas ao objeto do recurso são apreciadas conjuntamente, e o exame de questões meritórias, inclusive relacionadas à prescrição, é incabível quando a petição inicial é rejeitada de pronto, sem o exame do mérito.*

*II - Em sede de apelação interposta contra sentença que rejeitou a inicial e extinguiu o processo, sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita, com força no § 8º do art. 17 da Lei 8.429/1992, não merece prevalecer o pedido do Ministério Público de afastar a aplicabilidade do referido art. 17 porque foi exatamente embasado nele e em outros dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa que o “parquet” justificou o cabimento de sua pretensão judicial.*

*III - A Constituição da República conferiu funções de alta relevância ao Ministério Público, classificando-o como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, da CF). A função de promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social de que trata o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, deve ser interpretada em harmonia com a parte final do inciso IX do mesmo dispositivo constitucional que veda expressamente o exercício do “parquet” em*

*funções incompatíveis com sua finalidade institucional consistente na representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas. Precedentes.*

*IV - O Ministério Público Federal não ostenta legitimidade para promover ação de reparação de danos para a tutela do patrimônio da Caixa Econômica Federal decorrente de sua participação na composição dos recursos da Fundação dos Economizadores Federais – FUNCEF utilizados no pagamento de parcelas pagas a construtoras pela infraestrutura e edificação de imóveis na Superquadra 311 Norte, em Brasília, uma vez que a Empresa Pública possui quadro de procuradores selecionados para representá-la em juízo, cabendo a ela promover as medidas que entender necessárias à preservação de seus interesses, posto que só é possível pleitear direito alheio em nome próprio quando autorizado por lei.*

*V - Preliminares rejeitadas e apelação do MPF a que se nega provimento.*

19. Assim, ressalvando o entendimento pessoal desta relatora convocada no tocante a existência de legitimação extraordinária e concorrente do Ministério Público Federal, a teor do art. 129, inciso III, da Constituição Federal, e arts. 1º e 3º da Lei 7.347/1985, o que não afasta a iniciativa do próprio ente interessado (Precedentes do STF: RE 225.777; AG.REG no AI 748934; AG.REG. no RE 586.089-DF), bem como acerca da ausência de necessidade dos agentes públicos figurarem no polo passivo da lide, já que não se cuida de ação de improbidade administrativa, ao contrário do entendimento firmado pelo juízo a quo (Precedente: Apelação Cível 0037843-04.2009.4.01.3400, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma do TRF 1ª Região), sendo certo que em se tratando de ação visando ao ressarcimento de eventuais danos ao Erário movida apenas contra o particular, em face da inadequação da ação de improbidade administrativa, afigura-se como adequada a ação civil pública comum (Precedente: REsp 1155992/PA, relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, STJ), impõe-se a adoção do mesmo entendimento já exarado no voto condutor do acórdão supra mencionado.

*Pelo exposto, rejeito a preliminar suscitada em contrarrazões pela apelada e nego provimento à apelação do Ministério Público Federal.*

É como voto.

## Sétima Turma

### Apelação Cível 0014457-71.2011.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado)  
 Apelante: Hapvida Assistência Médica Ltda.  
 Advogado: Dr. Hugo Mendes Plutarco  
 Apelada: Fazenda Nacional  
 Procuradora: Dr. Cristina Luísa Hedler  
 Publicação: e-DJF1 de 17/01/2014, p. 335

## Ementa

*Tributário. Contribuição previdenciária. Operadora de plano de saúde. Valores pagos a médicos e empresas credenciadas. Não incidência. Entendimento pacificado nesta Corte e no Superior Tribunal de Justiça. Apelação provida.*

I. Nos termos do entendimento firmado nesta Corte e no Superior Tribunal de Justiça, não cabe às operadoras de planos de saúde o recolhimento das contribuições previdenciárias referentes aos valores repassados aos médicos que prestam serviços a seus clientes. Precedentes: (AG 0019870-80.2011.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1, p. 353, de 08/07/2011) REsp 1.106176/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 17/06/2010; AgRg no AgRg no REsp 1.150.168/RJ, rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21/05/2010; EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 442.829/MG, rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 26/05/2004; REsp 633.134/PR, rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 16/09/2008; AgRg no REsp 874.179/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 18/03/2010.

II. Apelação provida para determinar à ré que se abstenha de exigir a contribuição previdenciária sobre os valores repassados a título de remuneração profissional aos médicos e às empresas credenciadas que atendam os usuários do plano de saúde operacionalizado pela autora.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 16/12/2013.

Juiz Federal *Rodrigo de Godoy Mendes*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes:*  
 — Trata-se de recurso de apelação interposto por *Hapvida Assistência Médica Ltda.* contra sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária no que diz respeito à obrigação de recolhimento de contribuição previdenciária sobre os valores que repassar, a título de remuneração profissional, aos médicos e empresas credenciadas que atendam os usuários do plano de saúde que operacionaliza.

Sustenta a apelante, inicialmente, que não é uma cooperativa de trabalho, como entendeu a sentença recorrida, mas uma sociedade empresária constituída sob responsabilidade limitada dos seus sócios.

No mérito, sustenta a impossibilidade da exigência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos por empresas que operam plano de saúde aos médicos credenciados, conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça.

Requer, assim, o provimento do recurso para que seja julgado totalmente procedente o pedido formulado na inicial.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes:*  
— Observo, inicialmente, que a autora não é uma cooperativa de trabalho, como entendeu a sentença. Com efeito, verifico, pelo contrato social juntado aos autos (fls. 26-39), que a autora foi constituída sob a forma de sociedade empresária limitada, com a denominação *Hapvida Assistência Médica Ltda.*, tendo como sócios Cândido Pinheiro Koren de Lima, Ana Christina Fontoura Koren de Lima, Jorge Fontoura Pinheiro Koren de Lima, Cândido Pinheiro Koren de Lima Júnior e *Hapvida Participações e Investimento Ltda.*

Ademais, conforme se verifica à fl. 30, o objeto social da autora é a contratação de serviços hospitalares de odontologia, medicina, exames auxiliares, diagnósticos de tratamento e a comercialização desses serviços através de plano de saúde; a prestação de serviços de odontologia e administração de planos de saúde.

Nestes termos, evidencia-se que a autora não é uma cooperativa de trabalho médico, como entendeu a sentença, mas desenvolve atividade mista de operadora direta de plano de saúde e por meio de médicos conveniados.

Discute-se nestes autos a validade da cobrança da contribuição previdenciária prevista no art. 22, III, da Lei 8.212/1991, sobre os valores repassados a médicos por sociedade empresária operadora de planos de saúde.

O art. 22, III, da Lei 8.212/1991, prevê:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

III – vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

(sem grifo no original)

Essa regra não incide sobre os valores repassados a médicos por sociedade empresária operadora de planos de saúde. As operadoras de plano de saúde atuam em substituição aos planos de saúde, sem atuação direta na relação entre cliente e serviços médico-hospitalares.

Estabelecida esta premissa, verifica-se que a jurisprudência já se pacificou quanto à matéria, seja no âmbito desta Corte Regional, seja do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO ORDINÁRIA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE – REMUNERAÇÃO AOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE CREDENCIADOS – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA: NÃO INCIDÊNCIA – JURISPRUDÊNCIA REITERADA DO STJ – AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

1 – STJ: não cabe às operadoras de planos de saúde o recolhimento de contribuição previdenciária sobre os valores repassados a título de remuneração aos médicos que prestam serviços a seus clientes. Precedentes, dentre outros: REsp 1106176/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, T2, julg. 06/05/2010, DJe 17/06/2010; AGRESP 200900513970, CASTRO MEIRA, STJ, T2, DJe 08/09/2010.

2 – Estando o pedido conforme a jurisprudência do STJ e TRF1 e vislumbrando-se perigo de dano de difícil reparação pela demora jurisdicional, mantém-se a antecipação de tutela deferida.

3 – Agravo de instrumento não provido.

4 – Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 28 de junho de 2011, para publicação do acórdão.

(AG 0019870-80.2011.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p. 353 de 08/072011)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FOLHA DE SALÁRIOS. ART. 22, III, LEI 8.212/1991. SEGURADORA DE SAÚDE. REMUNERAÇÃO PAGA A MÉDICOS CREDENCIADOS. NÃO INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO SEGUNDO CRITÉRIO EQUITATIVO. ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC.

1. As operadoras de plano de saúde atuam em substituição dos planos de saúde, sem atuação direta na relação entre cliente e serviços médico-hospitalares. Não são prestados serviços diretamente por contribuintes individuais às operadoras.

2. Sobre os valores repassados a médicos por sociedade empresária operadora de planos de saúde não incide a contribuição sobre a folha de salários prevista no art. 22, III, da Lei 8.212/1991.

3. Nas causas em que não houver condenação ou vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios deverão ser fixados mediante apreciação equitativa do juiz (art. 20, § 3º, a, b e c, e § 4º, do CPC). Fixados com equidade os honorários advocatícios, devem ser mantidos.

4. Apelação do INSS e remessa oficial a que se nega provimento.

5. Apelação da autora a que se nega provimento.

(AC 2006.38.11.008919-4/MG, Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Conv. Juiz Federal Ubirajara

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso e Reynaldo Fonseca.

Teixeira (convocado), Oitava Turma, e-DJF1 p. 690 de 27/05/2011)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA.

1. Aplica-se a Súmula 211/STJ, ante a falta de prequestionamento da tese recursal que sustentava que a Lei 9.656/98 equiparava as operadoras de plano de saúde à cooperativa, o que não autorizaria a Corte de origem a diferenciá-la, para efeito de recolhimento da contribuição previdenciária.

2. Não cabe às operadoras de planos de saúde o recolhimento das contribuições previdenciárias referentes aos valores repassados aos médicos que prestam serviços a seus clientes Precedentes: REsp 1.106176/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 17.06.10; AgRg no AgRg no REsp 1.150.168/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.05.10; EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 442.829/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 26.05.04; REsp 633.134/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 16.09.08; AgRg no REsp 874.179/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 18.03.10.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1129306/RJ, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 24/08/2010, DJe 08/09/2010)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS OPERACIONALIZADORAS DE PLANOS DE

SAÚDE. NÃO INCIDÊNCIA. LIMITES À COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Descabe à empresa operacionalizadora de planos de saúde recolher Contribuição Previdenciária cujo ônus é do profissional ou da empresa que recebe pela prestação do serviço.

2. A Primeira Seção do STJ firmou o entendimento de que, enquanto não declaradas inconstitucionais as Leis 9.032/1995 e 9.129/1995, em controle difuso ou concentrado, sua observância é inafastável pelo Poder Judiciário.

3. Recursos Especiais da Fazenda Nacional e da empresa não providos.

(REsp 1106176/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/05/2010, DJe 17/06/2010)

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para determinar à ré que se abstenha de exigir a contribuição previdenciária sobre os valores que repassados aos médicos e empresas credenciados que atendam os usuários do plano de saúde operacionalizados pela autora, a título de remuneração profissional.

Condeno a ré em honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da causa.

É como voto.

## Sétima Turma

Numeração única: 0001209-46.2004.4.01.3800

Apelação Cível 2004.38.00.001203-0/MG

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca  
 Apelante: Sandra Fortes Félix  
 Advogado: Dr. Hamilton de Figueiredo Silva  
 Apelada: Fazenda Nacional  
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
 Publicação: e-DJF1 de 07/02/2014, p. 1.231

## Ementa

*Processual Civil e Tributário. Prescrição decretada de ofício afastada. Reconhecimento em sede de execução. Não cabimento, sob pena de ofensa à coisa julgada. Suposta causa extintiva que antecede a sentença transitada em julgado. Eficácia preclusiva da coisa julgada. Sentença que extinguiu a execução anulada. Prosseguimento da execução.*

I. Relativamente ao reconhecimento da incidência da prescrição, observa-se que o trânsito em julgado da ação se deu em 05/08/2002 e o pleito de citação da Fazenda Nacional para pagamento do importe apurado, nos moldes do art. 730 do Código de Processo Civil, ocorreu em 16/12/2003.

II. Certificado o apensamento dos Embargos à Execução 2004.38.00.023078-3, constata-se que tais embargos foram opostos em 03/06/2004, passados mais de 30 (trinta) dias da data citação da Fazenda Nacional (27/04/2004), contrariamente ao estabelecido pelo art. 730 do Código de Processo Civil.

III. Identificado que, embora tenham sido apresentados diversos expedientes visando o equacionamento da questão, após a irrisignação apresentada pela parte-autora à fl. 158-v destes autos, na qual se requer o reconhecimento da intempestividade dos embargos, foi proferida a sentença recorrida, cuja decisão foi pela decretação da prescrição e julgados prejudicados os embargos à execução.

IV. Das razões apresentadas observa-se que não houve prescrição superveniente à sentença, e, como bem demonstrado, a execução do julgado teve início dentro do lapso não alcançado pela referida prescrição. Por fim, foi reconhecido que o *decisum* exequendo não limitou as parcelas devidas ao período de vigência da Lei 7.713/1988, mas “determinou a restituição das parcelas retidas do Imposto de Renda incidente sobre a complementação de aposentadoria da autora, *correspondentes* às contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 e 31 de dezembro de 1995”.

V. Assim, afastada a prescrição decretada, e, por força do efeito translativo dos recursos, em especial, pelo disposto no art. 515 do CPC, anula-se a sentença, determinando-se o retorno dos autos à origem para o regular processamento da execução do julgado, sob pena de supressão de instância, inclusive com a apreciação acerca da regularidade dos embargos interpostos.

VI. Apelação dos embargados provida. Sentença anulada.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação dos embargados.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 16/12/2013.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca:* — Trata-se de apelação interposta por Sandra Fortes Félix (fls. 163-168) contra sentença que julgou extinta a execução, julgando prejudicados os embargos em apenso, nos quais foi alegado excesso de execução.

Consignou o magistrado de primeiro grau, como fundamento para negativa de prosseguimento da execução do julgado, que:

Cuida-se de ação através da qual se objetiva a execução do título executivo judicial, constituído na ação ordinária nº 2001.38.00.024581-3.

2. Compulsando os autos, verifico que foi adotado pelo TRF/1ª Região, no julgamento das apelações interpostas em face da sentença proferida nos autos da ação ordinária que deu origem a este feito, o entendimento segundo o qual *‘a extinção do crédito tributário relativo a imposto de renda ocorre com a retenção do tributo pela fonte pagadora, contando-se a partir daí o início de cinco anos...’* (Fl. 104).

3. Tendo em vista que esta ação foi ajuizada em 19 de julho de 2001, encontram-se prescritas, nos termos do acórdão transitado em julgado, as parcelas de imposto de renda retido na fonte em período anterior a 19 de julho de 1996.

4. ocorre que também foi determinado pelo acórdão transitado em julgado, que somente configuraria a tributação da incidência da exação sobre

os valores recebidos a título de complementação de aposentadoria, no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995 (fl. 108), sendo portanto, lidima a incidência do imposto de renda a partir de 1º de janeiro de 1996.

5. Mister reconhecer, portanto, que não há qualquer valor a ser restituído à exequente em decorrência desta ação, pois o crédito que se pretende ver reconhecido foi alcançado pela prescrição.

6. Sob fundamentos que tais, *este Juízo declara extinta a execução, julgando prejudicados os embargos em apenso.*

[...]. (cf. fl. 160).

Condenou a parte-autora ao pagamento da verba honorária fixada em R\$100,00 (cem reais).

A parte-autora, em sua peça de apelo, argui a incidência da prescrição decenal, uma vez que o art. 3º da Lei Complementar 118/2005 somente poderá ter eficácia no futuro, em razão do reconhecimento da inconstitucionalidade contida na parte final do art. 4º da mesma lei.

Ressalta que deve ser contado o prazo, para efeito da incidência da prescrição, considerando a prescrição decenal.

Requer, por fim, a condenação da Fazenda Nacional ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento).

Contrarrazões da Fazenda Nacional às fls. 174-177.

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Relativamente ao reconhecimento da incidência da prescrição, observo que o trânsito em julgado da ação se deu em 05/08/2002 (fl. 115 destes autos) e o pleito de citação da Fazenda Nacional para pagamento do importe apurado, nos moldes do art. 730 do Código de Processo Civil, ocorreu em 16/12/2003 (fl. 145).

Incluída a conta de liquidação às fls. 146-151.

Citada em 27/04/2004 (cf. fl. 153), a Fazenda Nacional acosta aos autos petição às fls. 155-156 (datada de 30/04/2004), na qual pleiteia a suspensão do prazo para manifestação no feito com fundamento no inciso V do art. 265 do Código de Processo Civil, alegando que o movimento grevista deflagrado impediu o atendimento do prazo, em virtude da redução do quantitativo de procuradores para providenciar a defesa da União.

Certificado o apensamento dos Embargos à Execução 2004.38.00.023078-3 (fl. 157), constato que tais embargos foram opostos em 03/06/2004, passados mais de 30 (trinta) dias da citação da Fazenda Nacional, contrariamente ao estabelecido pelo art. 730 do Código de Processo Civil.

À fl. 158 foi deferido o pleito da Fazenda Nacional, com a suspensão do feito, nos termos do inciso I do art. 791 do Código de Processo Civil.

Cumpra observar que a redação do citado inciso I do art. 791 do CPC, vigente à época (22/06/2004), estabelecia que:

Art. 791. Suspende-se a execução:

I - no todo ou em parte, quando recebidos os embargos do devedor (art. 739, § 2º); [...]

De fato, à fl. 49 dos autos dos embargos à execução (ação 2004.38.00.023078-3), foi proferido despacho com recebimento da irresignação da Fazenda Nacional e suspensão da execução, com a intimação da parte embargada para apresentar impugnação, no prazo de 10 (dez) dias.

Verifico que, embora tenham sido apresentados diversos expedientes visando ao equacionamento da questão, após a irresignação apresentada à fl. 158-v

destes autos, na qual se requer o reconhecimento da intempestividade dos embargos, foi proferida a sentença recorrida, cuja decisão foi pela decretação da prescrição e julgados prejudicados os embargos à execução.

Ocorre que a conclusão alcançada pelo magistrado de primeiro grau para a decretação da prescrição se deu com base no introito do voto condutor da decisão exequenda (fl. 104), onde restou inserido entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça que destacou:

O colendo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 258.161/DF, por unanimidade, pacificou sua jurisprudência no sentido de que a extinção do crédito tributário relativo ao imposto de renda ocorre com a retenção do tributo pela fonte pagadora, contando-se a partir daí o início do prazo de cinco anos previsto no artigo 168 do CTN, para a referida restituição.

Como visto, o entendimento apresentado não resultou na decisão a ser imposta à demanda, porém serviu de suporte à definição do prazo prescricional, conforme bem demonstrado acima.

Ademais, na conclusão do referido voto condutor foi esclarecido que:

[...]

Desse modo, resulta indubitável, mais uma vez, que a exclusão da incidência da exação em tela sobre os valores dos resgates das contribuições efetuadas no período em que vigeu a Lei nº 7.713/88, teve por escopo evitar a dupla tributação, por isso que, conforme explicitado acima, no referido período, as referidas contribuições integraram a base de cálculo do imposto de renda.

Assim sendo, pelas mesmas razões, não deve incidir, portanto, o imposto de renda sobre os valores recebidos a título de complementação de aposentadoria, *correspondentes às contribuições efetuadas pela sistemática da referida Lei 7.713/88.*

[...] (cf. fl. 110). (Sem destaque no original)

Verifico que o entendimento é de que o reconhecimento do direito à restituição dos valores recolhidos a título de Imposto de Renda incidente sobre os valores recebidos como complementação de aposentadoria, pagos pela entidade de previdência privada, no período de vigência da Lei 7.713/1988 (janeiro de 1989 a dezembro de 1995), correspondentes às contribuições pelo instituidor do benefício vertidas, deve respeitar o lapso prescricional quinquenal já mencionado.

Com a explicitação de que, na vigência da Lei 7.713/1988, o imposto sobre as contribuições para

\* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado).

aposentadoria era descontado na fonte. Após, com o advento da Lei 9.250/1995, a sistemática de cobrança do tributo foi alterada para o momento do resgate, oportunidade em que passou a ocorrer a bitributação.

Culminando com o reconhecimento de que o direito à repetição do indébito surge a partir do momento em que ocorre a lesão ao direito da parte. Na espécie, tendo em vista as leis em questão, este momento poderá ocorrer em duas oportunidades distintas: i) quando a aposentadoria/pensionamento do segurado ocorrer na vigência da Lei 9.205/1995, o termo a quo começará a fluir da data da aposentadoria ou do óbito dele, pois é a partir deste momento que ocorrem os descontos relativos ao Imposto de Renda; ii) por outro lado, quando a aposentadoria ocorrer na vigência da Lei 7.713/88, ou antes, o termo inicial a ser considerado é a partir da vigência da Lei 9.250/1995, quando houve a mudança na sistemática de desconto do Imposto de Renda.

Ocorre que, a questão tratada nestes autos constitui coisa julgada, não permitindo o revolvimento de tópico já decidido, com o conseqüente trânsito em julgado.

A decisão exequenda assim delimitou o *quantum* a ser executado (fls. 110-111), nos termos adiante acrescidos:

[...]

*Ex positis*, pelas razões e fundamentos acima explicitados, dou parcial provimento ao recurso de apelação, para, observada a prescrição quinquenal, determinar a restituição das parcelas retidas do Imposto de Renda incidente sobre a complementação de aposentadoria da Autora, correspondentes às contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 e 31 de dezembro de 1995, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado da sentença.

Desse modo, não há que se modificar decisão transitada em julgado e efetivamente passível de execução.

Nesse sentido, cumpre incluir decisão do egrégio Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal que bem refletem o entendimento ora apresentado. *Verbis*:

PROCESSUAL ADMINISTRATIVO.  
PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. NÃO CABIMENTO, SOB PENA DE OFENSA À COISA JULGADA.

I - O aresto recorrido afastou a possibilidade de decretar a prescrição, em sede de embargos à execução, sob o fundamento de que há título executivo formado, porquanto nem a sentença de

conhecimento, nem o acórdão do Tribunal que a integrou, reconheceram a prescrição.

II - Apenas a prescrição superveniente à sentença pode ser discutida em sede de embargos à execução contra a Fazenda Pública, sob pena de ofensa à coisa julgada.

III - Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 41.914/RJ, rel. Min. Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 19/11/2013.)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS. CONFUSÃO. SUPOSTA CAUSA EXTINTIVA QUE ANTECEDE A SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA.

1. Cuida-se, na origem, de Embargos à Execução ajuizados pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ para desconstituir título executivo judicial que fixou honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

2. Não se pode reabrir a discussão acerca da confusão como causa extintiva da obrigação estabelecida em sentença transitada em julgado, pois essa questão ficou acobertada pela eficácia preclusiva da coisa julgada, conforme prevê o art. 474 do CPC.

3. Na Execução contra a Fazenda Pública, os Embargos poderão versar sobre qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, a exemplo de pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença (art. 741, VI, do CPC).

4. Na hipótese dos autos, a alegada confusão antecede a sentença que transitou em julgado, de modo que não constitui fundamento suficiente para impedir a Execução. Nessa linha, confira-se a ratio do seguinte precedente: REsp 1.235.513/AL, rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 20/8/2012.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1319361/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/04/2013, DJe 10/05/2013.)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA TRANSITADA EM JULGADO E FORMADORA DO TÍTULO EXECUTIVO: IMPOSSIBILIDADE. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. INCIDÊNCIA. BITRIBUTAÇÃO VEDADA. PARCELAS VERTIDAS PELO EMPREGADO. LEI 7.713/1988. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

1. Por se tratar de execução de sentença, albergada pela coisa julgada, deve prevalecer o que foi decidido no título executivo? a ocorrência da prescrição quinquenal relativamente aos valores recolhidos anteriormente ao ajuizamento da ação.

2. A vedação ao *bis in idem* não depende do momento do resgate ou do início da fruição do

benefício pelo contribuinte, mas da demonstração de que, durante a vigência da Lei 7.713/1988, houve contribuição para a formação do fundo, à sua exclusiva custa, quer mantido na atividade laboral, quer passado à condição de inativo.

3. Apelação a que se dá parcial provimento.

(AC 0024566-23.2006.4.01.3400 / DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1, p. 1.141, de 11/01/2013.)

A questão descrita nestes autos apresenta similaridade com o tema aludido nos julgados acima acrescidos, e, para melhor demonstração da identidade de temas vale inserir trecho do voto da lavra da Des. Maria do Carmo Cardoso, relatora do aresto acima inserido.

[...]

O título exequendo reconheceu prescritas as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos do ajuizamento da ação — 1º/10/1999 (fl. 49).

Assim, por se tratar de execução de sentença, albergada pela coisa julgada, deve prevalecer o que foi decidido no título executivo.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535, INCISOS I E II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO INEXISTENTE. FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS AOS INTERESSES DAS PARTES. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DECIDIDA POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. EXECUÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA PROTEGIDA PELO MANTO DA COISA JULGADA.

A Corte a quo solucionou a questão *juris* de maneira clara e coerente, apresentando todas as questões que firmaram o seu convencimento.

*A matéria referente à prescrição, quando decidida por sentença transitada em julgado, não poderá ser apreciada novamente, sob pena de ofensa à coisa julgada.*

[...]

5. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AGRESP 200701298978, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 26/11/2007, p. 242 – sem grifo no original.)

*In casu*, o embargado aposentou-se 3/1/1994, todavia, apesar das parcelas anteriores a 1º/10/1994 estarem prescritas, ele continuou a contribuir para Previ após a aposentadoria, conforme documentos de fls. 111-116, o que, no caso, configura *bis in idem* e acarreta a não incidência do imposto de renda.

A esse respeito:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO — IRRF — PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR (PREVI) — CONTRIBUIÇÃO APÓS APOSENTADORIA — EMBARGOS PROVIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES (APELAÇÃO DOS AUTORES PROVIDA)

*Se o plano de previdência estabelece contribuições do associado mesmo após a concessão*

*do benefício de aposentadoria e essas contribuições são por ele vertidas ao fundo de previdência no período de JAN/1989 a DEZ/1995 (vigência da Lei nº. 7.739/88), aplicável a não incidência do IRPF sobre a complementação de aposentadoria paga pela entidade de previdência privada, referente à fração do benefício equivalente ou proporcional à essas contribuições pessoais.* (STJ, REsp nº 1.012.903/RJ, c/c art. 543-C do CPC)

Embargos de declaração providos: provida a apelação dos autores/embargantes.

Peças liberadas pelo Relator, em 07/12/2010, para publicação do acórdão.

(TRF1ª, EDAC 0010664-37.2005.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 de 17/12/2010, p. 1.850 – sem grifo original.)

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para reconhecer o direito à restituição pleiteada no período de 1º/10/1994 a 31/12/1995, nos termos do título exequendo.

[...]

Das razões apresentadas observo que não houve prescrição superveniente à sentença, e, como bem demonstrado, a execução do julgado teve início dentro do lapso não alcançado pela referida prescrição, e, por derradeiro, reconheço que o *decisum* exequendo não limitou as parcelas devidas ao período de vigência da Lei 7.713/1988, mas determinou a restituição das parcelas retidas do Imposto de Renda incidente sobre a complementação de aposentadoria da autora, correspondentes às contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 e 31 de dezembro de 1995.

Assim, afastada a prescrição decretada, e, por força do efeito translativo dos recursos, em especial, pelo disposto no art. 515 do CPC, anulo a sentença para o retorno dos autos à origem para o regular processamento da execução do julgado, sob pena de supressão de instância, inclusive com a apreciação acerca da regularidade dos embargos interpostos.

À vista da ausência de apreciação dos embargos à execução fica prejudicado o pleito de condenação no pagamento da verba honorária.

Do exposto, dou provimento à apelação para afastar a incidência da prescrição decretada no *decisum* recorrido. Em consequência, anulo a sentença e determino o retorno dos autos ao Juízo de origem para o processamento da execução do julgado.

É como voto.

## Oitava Turma

Numeração única: 0000151-60.2004.4.01.4300

Apelação/Reexame Necessário 2004.43.00.000151-0/TO

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso  
Apelante: Fazenda Nacional  
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
Apelada: Transmilenium Ltda.  
Advogado: Dr. Evandro Borges Arantes  
Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/TO  
Publicação: e-DJF1 de 17/01/2014, p. 524

### Ementa

*Constitucional, Tributário e Processual Civil. Mandado de segurança. Retorno do STF. Art. 75, § 1º, da Lei 10.833/2003. Arguição de inconstitucionalidade. Apreensão de veículo. Liberação condicionada ao pagamento de multa. Ofensa ao direito de propriedade e aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.*

I. O § 1º do art. 75 da Lei 10.833/2003, ao condicionar a liberação de veículo apreendido em razão do transporte de mercadorias sujeitas a pena de perdimento ao recolhimento da multa imposta no *caput*, ofende o direito de propriedade e os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

II. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, acolher a arguição de inconstitucionalidade do § 1º do art. 75 da Lei 10.833/2003.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 13/12/2013.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

### Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:*  
— Trata-se de embargos de declaração opostos pela *Fazenda Nacional* ao acórdão desta 8ª Turma, que, nos termos do voto por mim proferido, negou provimento à remessa oficial e à apelação e manteve, em consequência, a sentença que determinara a liberação dos veículos da empresa impetrante, sem a necessidade de recolhimento da multa.

O acórdão embargado tem a seguinte ementa:

*ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA. APREENSÃO DE VEÍCULO. LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTA. ARTS. 74 E 75 DA LEI 10.833/2003. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO.*

*1. Considera-se absolutamente ilícita e irregular a retenção do veículo, impondo o pagamento de multa para a sua liberação, não havendo qualquer*

*observância aos princípios do devido processo legal e do contraditório, entendimento esse não só respaldado pelo Pretório Excelso, como pela jurisprudência desta Corte.*

*2. No caso, o auto de infração, com fundamento nos arts. 74 e 75 da Lei 10.833/2003, não faz menção à imputação de pena de perdimento ao veículo, mas tão-somente, às mercadorias nele transportadas.*

*3. Possuindo a Fazenda Nacional meios próprios para cobrança da multa aplicada com base nos arts. 74 e 75 da Lei 10.833/2003, ilegítima se torna a apreensão do veículo.*

*4. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.*

Alega-se nos embargos omissão da 8ª Turma no tocante à aplicação do art. 97 da Constituição Federal, haja vista que, ao afastar, por inconstitucionalidade, a regra prevista no § 1º do art. 75 da Lei 10.833/2003 — que condiciona a liberação do veículo utilizado no transporte de mercadoria sujeita a pena de perdimento

ao recolhimento de multa no valor de R\$ 15.000,00 —, deveria ter determinado a remessa dos autos ao Plenário desta Corte.

Não foi apresentada impugnação.

Esta 8ª Turma, inicialmente, rejeitou os embargos de declaração (fls. 143-147). Interposto recurso extraordinário pela Fazenda Nacional, o STF, por meio de decisão monocrática da lavra do Min. Ricardo Lewandowski, deu-lhe provimento, nos seguintes termos:

*A pretensão recursal merece acolhida. Isso porque esta Corte, em Sessão Plenária de 18/6/2008, corroborada pela discussão que envolveu o julgamento do RE 482.090/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, aprovou a Súmula Vinculante 10, cujo teor segue transcrito:*

*'Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte'.*

[...]

*Isso posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º-A) para cassar o acórdão recorrido que afastou a aplicação do art. 75, § 1º, da Lei 10.833/2003 e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que proceda a novo julgamento pelo órgão competente, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.*

Os autos, portanto, retornaram a esta Corte para reexame do recurso de apelação.

É o relatório.

## Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:*  
— Conforme determinado pelo STF no exame do recurso extraordinário, procedo a novo julgamento da apelação da Fazenda Nacional e da remessa oficial, em observância à regra constante do art. 97 da Constituição Federal.

Para melhor compreensão da controvérsia, faço breve relato do feito.

Narra a impetrante, em sua inicial, que teve dois veículos de sua propriedade interceptados em fiscalização de trânsito, os quais foram apreendidos e retidos em razão de seus passageiros estarem transportando mercadorias sujeitas a pena de perdimento. Insurge-se, no *mandamus*, contra a

determinação de recolhimento de multa no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) como condição para a liberação dos veículos apreendidos.

O magistrado *a quo* reconheceu a inconstitucionalidade formal e material do art. 75 da Lei 10.833/2003 e concedeu parcialmente a segurança, para determinar a liberação dos documentos e dos próprios veículos apreendidos, independentemente do pagamento da multa imposta e demais despesas.

Sustenta a União, no essencial, a legalidade de se condicionar a liberação do veículo apreendido ao pagamento prévio das multas aplicadas, salientando que a retenção autorizada pelo art. 59, § 1º, da MP 135/2003 está em conformidade com os princípios da autotutela e da supremacia do interesse público, na medida em que objetiva salvaguardar os interesses da Fazenda Pública e coibir a prática de atos ilícitos.

O representante do Ministério Público Federal apresentou parecer pelo não provimento do apelo e da remessa oficial.

A questão objeto do *writ*, portanto, está limitada à imposição de condição pecuniária para a liberação de veículo.

No caso em apreço, a apreensão dos veículos efetuou-se com base nos arts. 74 e 75 da Lei 10.833/2003 — lei de conversão da MP 135/2003 — e na Instrução Normativa 366 de 12/11/2003, em razão do transporte de produtos, por terceiros, sem a regular documentação de importação.

O art. 75, I e II, § 1º, da referida Lei 10.833/2003 estabelece:

*Art. 75. Aplica-se a multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ao transportador, de passageiros ou de carga, em viagem doméstica ou internacional que transportar mercadoria sujeita a pena de perdimento:*

*I - sem identificação do proprietário ou possuidor; ou*

*II - ainda que identificado o proprietário ou possuidor, as características ou a quantidade dos volumes transportados evidenciarem tratar-se de mercadoria sujeita à referida pena.*

*§ 1º Na hipótese de transporte rodoviário, o veículo será retido, na forma estabelecida pela Secretaria da Receita Federal, até o recolhimento da multa ou o deferimento do recurso a que se refere o § 3º.*

A sistemática introduzida pelo referido diploma legal autoriza que a administração tributária mantenha apreendido o veículo transportador de mercadorias sujeitas a pena de perdimento até o recolhimento da

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado).

multa estabelecida no *caput* do art. 75, nos termos do § 1º desse artigo.

Não obstante a expressa determinação legal, entendo que a não liberação do veículo apreendido, como meio coercitivo para o pagamento da multa, contraria o direito constitucional de propriedade e os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

Ainda, em situações análogas à disciplinada pelo referido dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de sinalizar contrariedade à prática comumente adotada pelo Fisco de impor sanções que na via transversa objetivem o pagamento de tributos.

Nesse sentido, merecem transcrição seguintes enunciados da Súmula do STF:

*É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo – Enunciado 70.*

*É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos – Enunciado 323.*

*Não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais – Enunciado 547.*

De outro lado, o Supremo Tribunal Federal, mais recentemente, editou o Enunciado 10 da Súmula Vinculante, cujo teor é o seguinte:

*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a incidência no todo ou em parte.*

Na hipótese, reconheço a inconstitucionalidade do § 1º do art. 75 da Lei 10.833/2003. Em consequência, fica suspensa a análise do mérito da demanda nestes autos.

Ante o exposto, suscito o incidente de inconstitucionalidade e determino a remessa dos autos à Corte Especial deste Tribunal, para análise da presente arguição (art. 355 do RITRF 1ª Região).

É como voto.

## Oitava Turma

### Apelação Cível 0006451-93.2011.4.01.3200/AM

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado)  
 Apelante: Microservice Tecnologia Digital da Amazônia Ltda.  
 Advogados: Dr. Antônio Valente Netto e outros  
 Apelante: Fazenda Nacional  
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
 Apelados: os mesmos  
 Publicação: e-DJF1 de 07/02/2014, p. 1.350

## Ementa

*Tributário. Contribuição previdenciária. Prescrição quinquenal. Remuneração paga pelo empregador nos primeiros quinze dias de afastamento do empregado por motivo de doença ou acidente. Horas extras. Aviso prévio indenizado. Férias indenizadas. Auxílio-creche. Auxílio-educação. Adicional de periculosidade. Adicional de insalubridade. Adicional noturno. Salário-maternidade. Compensação. Correção monetária. Manutenção.*

I. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 566.621/RS, sob o regime de repercussão geral, reconheceu a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, considerando “válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”. Ação ajuizada em 03/05/2011: prescrição quinquenal.

II. O abono pecuniário de férias (*adicional de 1/3 constitucional*), assim como o valor pago pela conversão de férias em pecúnia, guarda natureza indenizatória, por isso que não sofre incidência da contribuição previdenciária. Precedentes desta Corte e do STJ.

III. A jurisprudência é pacífica no sentido de que as verbas relativas ao *salário-maternidade* possuem natureza salarial, integrando, assim, a base de cálculo da contribuição previdenciária.

IV. A jurisprudência encontra-se pacificada no sentido de que a remuneração paga pelo empregador durante os *primeiros quinze dias de afastamento* do empregado por motivo de doença ou acidente não tem natureza salarial e sim previdenciária. Precedentes desta Corte e do STJ.

V. O *auxílio-educação* e o *auxílio-creche* possuem natureza indenizatória e não sofrem a incidência do Imposto de Renda. Precedentes desta Turma e do STJ.

VI. O pagamento de *horas extraordinárias* integra o salário de contribuição, em razão da natureza remuneratória, sujeitando-se, portanto, à incidência de contribuição previdenciária (vencido, em parte, o relator).

VII. Não incidência de contribuição previdenciária sobre o *aviso prévio indenizado*. Natureza indenizatória e verba eventual. Não incorporação ao salário. Art. 201, § 11, da Constituição da República. Art. 28, I, da Lei 8.212/1991 e art. 29, I, da Lei 8.213/1991. Precedentes.

VIII. A natureza eminentemente salarial das parcelas recebidas a título de: *adicionais (periculosidade, insalubridade, noturno)* afasta a pretensão autoral de se eximir do recolhimento de contribuição previdenciária sobre mencionadas verbas.

IX. Compensação dos créditos com contribuições de mesma espécie, a saber, aquelas previstas nas alíneas *a, b* e *c* do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/1991. Aplicação do art. 26, parágrafo único, da Lei 11.457/2007.

X. As limitações previstas nas Leis 9.032/1995 e 9.129/1995 foram revogadas pela Lei 11.941/2009.

XI. As condições e exigências impostas pela IN 900/2008 (prévia habilitação do crédito reconhecido por decisão transitada em julgado) são de todo razoáveis porque buscam identificar e certificar a existência do crédito e as condições em que ele foi reconhecido e a legitimidade do contribuinte.

XII. O Superior Tribunal de Justiça decidiu, em regime de recursos repetitivos, que o art. 170-A é aplicável às ações ajuizadas depois da entrada em vigência da LC 104/2001 (REsp 1.164.452), caso dos autos (03/05/2011).

XIII. Na correção do indébito deve ser observado o Manual de Cálculos da Justiça Federal. A partir de 1º/01/1996 utiliza-se a taxa Selic, ressaltando-se, porém, que a aplicação desta não é cumulada com juros moratórios e/ou correção monetária.

XIV. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providas para determinar a incidência, desde o recolhimento dos valores indevidos, da correção monetária na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal e estabelecer que os valores apurados pelas partes só podem ser compensados com contribuições de mesma espécie, a saber, aquelas previstas nas alíneas *a, b* e *c* do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/1991.

XV. Apelação da impetrante desprovida.

## Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial e, por maioria, negar provimento à apelação da impetrante.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 13/12/2013.

Juiz Federal *Clodomir Sebastião Reis*, relator convocado.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis:*  
— Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Microservice Tecnologia Digital da Amazônia Ltda. a objetivar a declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigue ao recolhimento da contribuição previdenciária prevista no art. 195, I, *b*, da CF/1988 e Leis 7.787/1989 e 8.212/1991, sobre os valores incluídos na folha de pagamento dos seus empregados referentes aos adicionais de periculosidade, insalubridade, noturno; às horas extras; ao salário-maternidade; ao

auxílio-creche; ao aviso prévio indenizado; ao salário-família; ao auxílio-educação; aos quinze primeiros dias de afastamento do empregado por auxílio-doença ou auxílio-acidente; à verba referente a férias não gozadas e férias proporcionais e ao adicional de um terço de férias (constitucional).

Pedem a declaração do direito a compensar os valores que porventura venham a ser exigidos até a data do trânsito em julgado da decisão de mérito desta ação, devidamente atualizados até a data da efetiva compensação e sem limitações percentuais por força

do exposto no art. 79, inciso I, da Lei 11.941/2009, a título de contribuição previdenciária patronal e a terceiros sobre as verbas mencionadas, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com contribuições previdenciárias vincendas nos cinco anos que antecedem a propositura da demanda.

A segurança foi parcialmente concedida (fls. 1.441-1.451) para declarar o direito do não recolhimento da contribuição previdenciária patronal incidente sobre os 15 primeiros dias de afastamento dos empregados em gozo de auxílio-doença e auxílio-acidente, terço constitucional de férias, salário-família, aviso prévio indenizado, férias não gozadas e férias proporcionais, além do auxílio-creche e auxílio-educação, bem como o direito de compensar os valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, observadas as limitações do art. 170-A do CTN, apenas com parcelas vencidas ou vincendas de contribuições previdenciárias devidas pela impetrante, nos termos do art. 26 da Lei 11.457/2007, afastadas as limitações percentuais do art. 89, § 3,º da Lei 8.212/1991. Outrossim, a correção monetária deve observar os moldes da Súmula 162 do STJ, incidindo sobre os valores desde os recolhimentos indevidos, com a incidência da taxa Selic.

Custas *ex lege*. Sem honorários.

A impetrante apela (fls. 1.465-1.483), repisando os termos da inicial, insistindo no alegado direito de isenção ao recolhimento de contribuição previdenciária sobre licença-maternidade; hora extra e adicional de periculosidade, insalubridade e noturno. Alega ainda o direito da apelante em não efetuar o recolhimento da contribuição previdenciária devido a terceiros sobre todas as verbas e efetuar a compensação dos créditos previdenciários com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil.

A Fazenda Nacional apela (fls. 1.521-1.536) alegando, preliminarmente, a ausência de interesse de agir com relação ao auxílio-acidente e ao salário-família, no mérito, a legalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento dos empregados em gozo de auxílio-doença e auxílio-acidente, terço constitucional de férias, salário-família, aviso prévio indenizado, férias não gozadas e férias proporcionais, além do auxílio-creche e auxílio-educação.

Contrarrazões da União (fls. 1.505-1.519) e da parte impetrante (fls. 1.547-1.570).

Nesta Corte o Ministério Público opina pelo desprovimento das apelações.

Não houve remessa oficial.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis: — Inicialmente, tenho por interposta a remessa oficial.

Interesse de agir.

O empregador que está sujeito ao recolhimento de contribuições previdenciárias detém ampla legitimidade para discutir judicialmente a exigibilidade da contribuição social incidente sobre a folha de salários, inclusive para reclamar a repetição de contribuições que, no momento oportuno, comprovar que recolheu indevidamente.

Portanto o que prevalece é a condição de empregador, no caso, comprovada, uma vez que se trata de empresa regularmente constituída conforme demonstra o contrato social e CNPJ colacionados aos autos.

Não há dúvidas de que o impetrante assume os ônus previdenciários inerentes à folha de pagamento de seus empregados, portanto, não havendo comprovação por parte da Fazenda Nacional, no sentido de que não impõe o pagamento das contribuições guerdadas, o impetrante tem legitimidade e interesse para discutir o encargo fiscal.

Ademais, os argumentos expendidos pela Fazenda Nacional a título de preliminar se confundem com o mérito do pedido e com esse será analisado.

Da prescrição

Nos termos do art. 168, I, do CTN, o prazo prescricional para se pleitear o indébito é de cinco anos.

O e. STJ, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, firmou entendimento, acompanhado pelos tribunais de apelação, de que, se a homologação for tácita, o prazo prescricional tem início após o prazo aberto para a homologação — cinco anos (art. 173, I, do CTN). Trata-se da tese dos 5 + 5.

A Lei Complementar 118/2005, ao dispor que para fins de interpretação do art. 168, I, do CTN

[...] a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso e Novély Vilanova.

antecipado de que trata o § 1º do art. 150 [...] do CTN, e que tal regra tem aplicação retroativa, acabou por afastar o entendimento firmado pelo STJ.

Examinando a questão, em julgamento da AI nos REEsp 644736 (DJ de 27/08/2007, p. 170), a Corte Especial do STJ declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/2005, que determina a sua aplicação a fatos pretéritos, por ofensa à autonomia e independência dos Poderes e a garantia do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Com isso, o prazo prescricional disposto na LC 118/2005 somente se aplicaria aos recolhimentos indevidos efetuados a partir de sua vigência.

A Corte Especial deste Tribunal (TRF1), acompanhando entendimento esposado pelo STJ, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei Complementar 118/2005, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade 2006.35.02.001515-0/GO, sob a relatoria do Des. Federal Leomar Amorim.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 566.621/RS, sob o regime de repercussão geral, também reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, mas considerou “válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”.

O RE 566.621/RS restou assim ementado:  
 DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de

imediate, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. *Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.*

(RE 566.621 rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, Repercussão Geral - Mérito DJe-195 Divulg. 10/10/2011, Public. 11/10/2011, Ement. v. 02605-02, p. 273)

Assim, aplico o disposto no parágrafo único do art. 359 do RITRF 1ª Região, que dispõe que:

*Cessará a vinculação referida neste artigo quando houver, em sentido diverso, decisão do Plenário do o Supremo Tribunal Federal apreciando a mesma matéria, total ou parcialmente, ou súmula de tribunal superior ou deste Tribunal.*

Destarte, a repetição dos valores recolhidos deve observar a data do ajuizamento da ação. Para as ações ajuizadas até 08/06/2005, segue a tese dos cinco mais cinco, limitado o prazo prescricional a 5 (cinco) anos após 09/06/2005. Para as ações ajuizadas a partir de 09/06/2005, o prazo prescricional de cinco anos deve ser contado do recolhimento indevido.

A ação foi ajuizada em 03/05/2011, a prescrição alcança os créditos anteriores a 03/05/2006.

Mérito em sentido estrito

Consoante comando da Lei 8.212/1991, não estão sujeitas ao recolhimento de contribuição previdenciária as parcelas incluídas na folha de pagamento que estejam expressamente elencadas no art. 28, § 9º, a saber:

Art. 28

[...]

§ 9º *Não integram o salário de contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:*

a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973;

c) a parcela “in natura” recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;

d) as importâncias recebidas a título de *férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias* de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

e) as importâncias: (Alínea alterada e itens de 1 a 5 acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10.12.97

1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS;

3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT;

4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973;

5. *recebidas a título de incentivo à demissão;*

6. recebidas a título de *abono de férias* na forma dos arts. 143 e 144 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

7. recebidas a título de *ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário;* (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

8. recebidas a título de *licença-prêmio indenizada;* (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

f) a parcela recebida a título de *vale-transporte*, na forma da legislação própria;

g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

h) *as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;*

i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando

paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;

j) *a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;*

l) o abono do Programa de Integração Social-PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público-PASEP; (Incluída pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho; (Incluída pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

n) a importância paga ao empregado a título de *complementação ao valor do auxílio-doença*, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa; (Incluída pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965; (Incluída pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT; (Incluída pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa; (Incluída pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

r) o valor correspondente a *vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços;* (Incluída pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

s) o ressarcimento de *despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche* pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas; (Incluída pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

t) o valor relativo a plano educacional que vise ao ensino fundamental e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Incluída pela Lei nº 9.528, de 10.12.97) 15

t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de

capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

t) o valor relativo a *plano educacional, ou bolsa de estudo*, que vise à educação básica de empregados e seus dependentes e, desde que vinculada às atividades desenvolvidas pela empresa, à educação profissional e tecnológica de empregados, nos termos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e: (Redação dada pela Lei nº 12.513, de 2011)

1. não seja utilizado em substituição de parcela salarial; e (Incluído pela Lei nº 12.513, de 2011)

2. o valor mensal do plano educacional ou bolsa de estudo, considerado individualmente, não ultrapasse 5% (cinco por cento) da remuneração do segurado a que se destina ou o valor correspondente a uma vez e meia o valor do limite mínimo mensal do salário-de-contribuição, o que for maior; (Incluído pela Lei nº 12.513, de 2011)

u) a importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

v) os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

x) o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97) - **negritos acrescentados.**

Além da disposição impressa na legislação mencionada, a questão não é nova nesta Corte e está consolidada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em acórdãos que já esgotaram a análise de mérito.

Por isso que as parcelas suscitadas na exordial e que estejam claramente relacionadas no § 9º do art. 28 da Lei 8.212/1991 não estão, por certo, sujeitas ao recolhimento de contribuição previdenciária.

No que se refere às parcelas reclamadas e que não estão relacionadas no mencionado dispositivo legal, que, por estarem à saciedade discutidas, dispensam maiores discussões a respeito das suas respectivas naturezas jurídicas (verba remuneratória ou indenizatória), por conseguinte, *adoto como razão de decidir* os fundamentos impressos na jurisprudência já consolidada nesta Corte (Oitava e/ou Sétima Turma) e no STJ com relação às verbas em debate, a saber:

Adicionais de periculosidade, insalubridade, noturno e hora extra

Conforme entendimento constante do Enunciado 60 do TST, as horas extras e os adicionais noturno, de periculosidade e de insalubridade têm natureza jurídica salarial, sujeitando-se, pois, à incidência da contribuição previdenciária.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. CONFIGURAÇÃO. MÉRITO. AGRAVO REGIMENTAL. CÁLCULO DO AUXÍLIO-ACIDENTE. REMUNERAÇÃO VARIÁVEL. HORAS EXTRAS E ADICIONAL NOTURNO. SÚMULA 159/STJ.

1. O debate dos autos refere-se à inclusão dos valores recebidos pelo segurado a título de horas extras e noturnas no cálculo do benefício do auxílio-acidente, não à incorporação do IRSM de janeiro e de fevereiro de 1994.

2. É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que *tanto os adicionais noturnos quanto as horas extras prestadas com habitualidade* têm sua remuneração incorporada ao salário, motivo pelo qual incide sobre as verbas a contribuição previdenciária. Precedentes.

3. O benefício acidentário, no caso de contribuinte que perceba remuneração variável, deve ser calculado com base na média aritmética dos últimos doze meses de contribuição (Súmula 159/STJ).

4. Embargos de declaração acolhidos. Agravo regimental improvido.

(STJ EDcl no AgRg no REsp 503642 / SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 12/03/2012.)

### Salário-maternidade

A orientação da jurisprudência é no sentido de que o salário-maternidade possui natureza salarial, integrando, assim, a base de cálculo da contribuição previdenciária.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS, HORAS EXTRAS E ADICIONAIS PERMANENTES.

1. Não se conhece de recurso especial por suposta violação do art. 535 do CPC se a parte não especifica o vício que inquina o aresto recorrido, limitando-se a alegações genéricas de omissão no julgado, sob pena de tornar-se insuficiente a tutela jurisdicional.

2. *Integram o conceito de remuneração*, sujeitando-se, portanto, à contribuição previdenciária o *adicional de horas extras*, adicional noturno, *salário-maternidade*, adicionais de insalubridade e de periculosidade. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 69958/DF, Segunda Turma, Min. Castro Meira, DJe 20/06/2012.)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE SALÁRIO-MATERNIDADE, FÉRIAS (E ADICIONAL DE 1/3) E PAGAMENTOS A EMPREGADOS NOS QUINZE PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO DO SERVIÇO ANTERIORES À CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA E/OU AUXÍLIO-ACIDENTE - NATUREZA SALARIAL.

1. Cabível a incidência de contribuição previdenciária sobre férias. Grifei.

2. As verbas recebidas a título de adicional de 1/3 de férias não possuem natureza remuneratória, não havendo incidência, portanto, de contribuição previdenciária.

3. O salário-maternidade integra o salário-de-contribuição, por expressa disposição legal (art. 28, §2º, da Lei 8.212/91), portanto, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária. A propósito: STJ - RESP 215476/RS, rel. Min. Garcia Vieira.

4. *É dominante o entendimento segundo o qual não é devida contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado durante os quinze primeiros dias que antecedem a concessão do auxílio-doença, sob o argumento de que tal verba, por não consubstanciar contraprestação a trabalho, não tem natureza salarial.*

5. Agravo de instrumento provido em parte.

6. Peças liberadas pelo Relator, em 23/10/2007, para publicação do acórdão.

(AG 2007.01.00.037564-7/DF, rel. Rafael Paulo Soares Pinto (convocado), 7ª Turma, DJ de 09/11/2007.)

#### Aviso prévio indenizatório

A exclusão da verba de natureza indenizatória da incidência da contribuição previdenciária decorre da interpretação da própria Constituição e tem base na legislação infralegal – Lei 8.212/1991.

A Constituição prevê a vinculação entre o custeio e o benefício:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

§ 11. Os ganhos *habituais* do empregado, a qualquer título, *serão incorporados* ao salário *para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios*, nos casos e na forma da lei. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

A Lei 8.212/91 prevê:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a *remuneração* auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, *quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa*; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97.)

De notar que tanto a Constituição, quanto a Lei 8.212/1991, preveem uma vinculação entre os rendimentos do trabalho e a contribuição previdenciária, donde se pode extrair a exclusão dos rendimentos de natureza indenizatória que não se incorporam ao salário, como o aviso prévio. Nesse sentido a jurisprudência pacificou:

TRIBUTÁRIO.CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. A Segunda Turma do STJ consolidou o entendimento de que o valor pago ao trabalhador a título de aviso prévio indenizado, por não se destinar a retribuir o trabalho e possuir cunho indenizatório, não está sujeito à incidência da contribuição previdenciária sobre a folha de salários. 3. Recurso Especial não provido.

(REsp 201001995672, Min. Herman Benjamin, STJ - Segunda Turma, 04/02/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. VERBETE N. 83 DA SÚMULA DO STJ.

- Conforme jurisprudência assente nesta Corte, o *aviso prévio indenizado* possui natureza indenizatória, não incidindo sobre ele contribuição previdenciária.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1220119/RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe de 29/11/2011.)

Ressalvo que havendo contraprestação de serviço, ainda que o empregado esteja no exercício de suas funções, cumprindo o aviso, o valor da remuneração paga, no determinado período, constitui verba salarial, sujeita à incidência da contribuição previdenciária.

Auxílio-creche

Questão que não admite mais controvérsia porque decidido, em definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o auxílio-creche funciona como indenização, pelo fato de a empresa não manter em funcionamento uma creche em seu próprio estabelecimento, conforme determina o art. 389 da CLT, não integrando, portanto, o salário de contribuição (Súmula 310/STJ).

#### Salário-família

Esta parcela está excetuada de contribuição previdenciária porque destinada por determinado período a trabalhadores incluídos em determinada categoria profissional, de forma que revestida de caráter indenizatório por período de tempo limitado.

#### Auxílio-educação

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é pacífico no sentido de que os valores gastos pelo empregador na educação de seus empregados não integram o salário de contribuição; portanto, não compõem a base de cálculo da contribuição previdenciária.

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-EDUCAÇÃO. BOLSA DE ESTUDO. VERBA DE CARÁTER INDENIZATÓRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE A BASE DE CÁLCULO DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. "O auxílio-educação, embora contenha valor econômico, constitui investimento na qualificação de empregados, não podendo ser considerado como salário in natura, porquanto não retribui o trabalho efetivo do empregado. É verba empregada para o trabalho, e não pelo trabalho."

(RESP 324.178-PR, rel. Min. Denise Arruda, DJ de 17/12/2004).

2. In casu, a bolsa de estudos, é paga pela empresa e destina-se a auxiliar o pagamento a título de mensalidades de nível superior e pós-graduação dos próprios empregados ou dependentes, de modo que a falta de comprovação do pagamento às instituições de ensino ou a repetição do ano letivo implica na exigência de devolução do auxílio. Precedentes: (Resp. 784887/SC. rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ. 05/12/2005 REsp 324178/PR, rel. Min. Denise Arruda, DJ. 17/02/2004; AgRg no REsp 328602/RS, rel. Min. Francisco Falcão, DJ. 02/12/2002; REsp 365398/RS, rel. Min. José Delgado, DJ. 18/03/2002).

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no Ag 1330484 / RS, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 01/12/2010.)

Quinze primeiros dias de afastamento do empregado por auxílio-doença ou auxílio-acidente

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal é no sentido de que a remuneração paga pelo empregador durante os primeiros quinze dias de afastamento do empregado por motivo de doença ou acidente não tem natureza salarial e sim previdenciária, razão pela qual se mostra indevida a incidência da contribuição previdenciária sobre tal verba.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. MERAS CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO STJ. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRIMEIROS 15 DIAS DE AFASTAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Não merece acolhida a pretensão da recorrente, na medida em que não indicou nas razões das razões do apelo nobre em que consistiria exatamente o vício existente no acórdão recorrido que ensejaria a violação ao art. 535 do CPC. Desta forma, há óbice ao conhecimento da irresignação por violação ao disposto na Súmula n. 284 do STF, por analogia.

2. Não se depreende do acórdão recorrido o necessário prequestionamento do referido dispositivo legal, tampouco da tese jurídica aventada nas razões recursais, deixando de atender ao comando constitucional que exige a presença de causa decidida como requisito para a interposição do apelo nobre (art. 105, inc. III, da CR/88). Incidência, também, da Súmula n. 211 desta Corte.

3. Está assentado na jurisprudência desta Corte que *os valores pagos a título de auxílio-doença e de auxílio-acidente, nos primeiros quinze dias de afastamento, não têm natureza remuneratória e sim indenizatória, não sendo considerados contraprestação pelo serviço realizado pelo segurado. Não se enquadram, portanto, na hipótese de incidência prevista para a contribuição previdenciária. Precedentes.*

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(STJ, REsp 1203180 / RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 28/10/2010).

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO POR MOTIVO DE DOENÇA - IMPOSSIBILIDADE - BENEFÍCIO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA.

1. *A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que não incide a contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado, durante os primeiros dias do auxílio-doença, uma vez que tal verba não tem natureza salarial.*

2. Recurso especial provido.

(REsp 748.952/RS, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ de 19.12.2005, p. 368.)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE. FOLHA DE SALÁRIOS. QUINZE PRIMEIROS DIAS. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS E FÉRIAS. SALÁRIO-MATERNIDADE. COMPENSAÇÃO.

[...]

3. É indevida a incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos pela empresa ao segurado empregado durante os 15 primeiros dias que antecedem a concessão de auxílio-doença e/ou auxílio-acidente, uma vez que tal verba, por não consubstanciar contraprestação a trabalho, não tem natureza salarial. Diretriz pretoriana consolidada no c. STJ e neste Tribunal.

[...]

12. Apelações e remessa oficial parcialmente providas.

(AC 0002958-09.2010.4.01.3600/MT, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1 de 30/03/2012.)

#### Férias indenizadas

Incluem-se nesta categoria: as férias proporcionais e as referentes à conversão em pecúnia.

A parcela contida em destacado no termo de rescisão do contrato de trabalho, sob a rubrica “férias proporcionais”, refere-se a direito adquirido, cuja disponibilidade de gozo foi frustrada pela ruptura do contrato antes do término do último período aquisitivo (12 meses). Sobre referida quantia, bem como sobre o 1/3 do adicional constitucional acessório, não incide contribuição previdenciária, dado a seu nítido caráter indenizatório pela impossibilidade de usufruto do direito adquirido.

Abono pecuniário de férias (1/3 constitucional)

A questão já está pacificada nesta Corte e nos tribunais superiores no sentido de que, em se tratando de verba de caráter eminentemente indenizatória, o *adicional de 1/3 de férias*, apenas e tão só, *não está sujeito à incidência de contribuição previdenciária*, verbis:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-DOENÇA E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acolheu o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no sentido de que *o adicional de 1/3 de férias e o terço constitucional caracterizam-se como verba indenizatória*, sobre a

qual não pode incidir contribuição para a previdência social. [...].

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1204899/CE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24/08/2011).

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O ADICIONAL DE FÉRIAS (1/3). INEXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO ADOTADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. A Primeira Seção, na assentada de 28/10/2009, por ocasião do julgamento do REsp 956.289/RS, rel. Min. Eliana Calmon, reviu o entendimento anteriormente existente para reconhecer a inexigibilidade da contribuição previdenciária *sobre o terço constitucional de férias*, adotando como razões de decidir a posição já sedimentada pelo STF sobre a matéria, no sentido de que essa verba não se incorpora à remuneração do servidor para fins de aposentadoria.

2. Embargos de divergência providos.

(STJ, EAg 1200208 / RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 20/10/2010.)

#### Atualização dos valores

Os consectários incidentes sobre a diferença a ser restituída (juros de mora e correção monetária) devem obedecer aos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal—Resolução 242, de 03/07/2001.

Para evitar qualquer dúvida, na liquidação do julgado, consigno que, a partir de janeiro de 1996 a correção monetária deve ser calculada exclusivamente pela taxa Selic, que já engloba a correção monetária e os juros de mora, consoante o disposto no § 4º do art. 39 da Lei 9.250/1995.

#### Compensação

A regra a ser observada para a compensação é aquela vigente quando do encontro de contas ou a vigente quando do pedido de compensação.

A compensação das contribuições previdenciárias é regida pelo CTN e pelas Leis 8.383/1991, 8.213/1991 e 11.457/2009 que assim dispõem:

Lei 5.172/66

Art. 170. *A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.*

Lei 8.383/91

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive

previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995) (Vide Lei nº 9.250, de 1995)

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

§ 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do tributo ou contribuição ou receita corrigido monetariamente com base na variação da UFIR. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

§ 4º As Secretarias da Receita Federal e do Patrimônio da União e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

*Lei 8.212/91*

Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

[...]

Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:

a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço; (Vide art. 104 da lei nº 11.196, de 2005)

b) as dos empregadores domésticos;

c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição; (Vide art. 104 da lei nº 11.196, de 2005)

[...]

Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

*Lei 11.457/09*

Art. 2º Além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de

julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição. (Vide Decreto nº 6.103, de 2007).

[...]

Art. 26. O valor correspondente à compensação de débitos relativos às contribuições de que trata o art. 2º desta Lei será repassado ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social no máximo 2 (dois) dias úteis após a data em que ela for promovida de ofício ou em que for deferido o respectivo requerimento.

Parágrafo único. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2º desta Lei.

No caso a compensação é para o futuro e sendo as contribuições incidentes sobre a remuneração paga, estão abrangidas pela vedação de compensação pelo art. 74 da Lei 9.430/1996 e só podem ser compensadas com contribuições de mesma espécie, a saber, aquelas previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/1991.

De outro lado, considerando que a compensação será devida nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (art. 170 do CTN e art. 89 da Lei 8.212/1991), devem ser observadas as regras infralegais relativas ao procedimento da compensação que, nos termos dos arts. 34 a 39, 44 a 47 e 70 a 71 da IN 900/2008, demandam *prévia habilitação administrativa*.

A respeito da prévia habilitação do crédito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, assim dispõe o art. 71 da IN 900/2008:

Art. 71. Na hipótese de crédito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, a Declaração de Compensação, o pedido de restituição, o pedido de ressarcimento e o pedido de reembolso somente serão recepcionados pela RFB após prévia habilitação do crédito pela DRF, Derat ou Deinf com jurisdição sobre o domicílio tributário do sujeito passivo.

§ 1º A habilitação de que trata o caput será obtida mediante pedido do sujeito passivo, formalizado em processo administrativo instruído com:

I - o formulário Pedido de Habilitação de Crédito Reconhecido por Decisão Judicial Transitada em Julgado, constante do Anexo VIII, devidamente preenchido;

II - certidão de inteiro teor do processo, expedida pela Justiça Federal;

III - na hipótese de ação de repetição de indébito, bem como nas demais hipóteses em que o crédito esteja amparado em título judicial passível de execução, cópia da decisão que homologou a desistência da execução do título

judicial e a assunção de todas as custas e honorários advocatícios referentes ao processo de execução ou cópia da petição de renúncia à execução do título judicial protocolada na Justiça Federal;

IV - cópia do contrato social ou do estatuto da pessoa jurídica acompanhada, conforme o caso, da última alteração contratual em que houve mudança da administração ou da ata da assembléia que elegera a diretoria;

V - cópia dos atos correspondentes aos eventos de cisão, incorporação ou fusão, se for o caso;

VI - cópia do documento comprobatório da representação legal e do documento de identidade do representante, na hipótese de pedido de habilitação do crédito formulado por representante legal do sujeito passivo; e

VII - procuração conferida por instrumento público ou particular e cópia do documento de identidade do outorgado, na hipótese de pedido de habilitação formulado por mandatário do sujeito passivo.

§ 2º Constatada irregularidade ou insuficiência de informações nos documentos a que se referem os incisos I a VII do § 1º, o requerente será intimado a regularizar as pendências no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de ciência da intimação.

§ 3º No prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da protocolização do pedido ou da regularização de pendências de que trata o § 2º, será proferido despacho decisório sobre o pedido de habilitação do crédito.

§ 4º O pedido de habilitação do crédito será deferido pelo titular da DRF, Derat ou Deinf, mediante a confirmação de que:

I - o sujeito passivo figura no polo ativo da ação;

II - a ação tem por objeto o reconhecimento de crédito relativo a tributo administrado pela RFB;

III - houve reconhecimento do crédito por decisão judicial transitada em julgado;

IV - o pedido foi formalizado no prazo de 5 (cinco) anos da data do trânsito em julgado da decisão ou da homologação da desistência da execução do título judicial; e

V - na hipótese de ação de repetição de indébito, bem como nas demais hipóteses de crédito amparado em título judicial passível de execução, houve a homologação pelo Poder Judiciário da desistência da execução do título judicial ou a comprovação da renúncia à sua execução, e a assunção de todas as custas e dos honorários advocatícios referentes ao processo de execução.

§ 5º Será indeferido o pedido de habilitação do crédito nas seguintes hipóteses:

I - as pendências a que se refere o § 2º não forem regularizadas no prazo nele previsto; ou

II - não forem atendidos os requisitos constantes do § 4º.

§ 6º O deferimento do pedido de habilitação do crédito não implica homologação da compensação ou deferimento do pedido de restituição, de ressarcimento ou de reembolso nem alteração do prazo prescricional quinquenal do título judicial referido no inciso IV do § 4º.

Como se vê, as condições e exigências impostas pela aludida instrução normativa são de todo razoáveis e não podem ser inquinadas de ilegais porque buscam identificar e certificar a existência do crédito e as condições em que foi reconhecido e a legitimidade do contribuinte, informações que devem ser predefinidas ao pedido de compensação.

Limitação do § 3º do art. 89 da Lei 8.212/1991 e Lei 9.129/1995

Como dito acima, à compensação aplica-se a lei vigente quando do encontro de contas e como ela se dará no futuro, não se pode aplicar a norma (§ 3º do art. 89 da Lei 8.212/1991), porque revogada pelo art. 79 da Lei 11.941/2009.

Limitação do art. 170-A do CTN

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.167.039 – DF, submetido ao regime do art. 543-C do CPC (Recursos Repetitivos), firmou seu posicionamento reconhecendo que a compensação de crédito tributário objeto de controvérsia judicial somente pode ser realizada após o trânsito em julgado da sentença favorável ao contribuinte (art. 170-A do CTN), mesmo quando reconhecida a inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.

Entretanto, como se viu, o pedido de procedência tem como fundamento a jurisprudência firmada pelo próprio STJ quanto ao tema.

Nestes casos, a 8ª Turma firmou orientação no sentido de que, estando a matéria

[...] pacificada nos colendos STF e STJ, não se mostra razoável aguardar-se o trânsito em julgado de *decisum* para a efetivação da compensação do indébito tributário em referência, quando inexistente qualquer possibilidade de alteração da situação jurídica já reconhecida, nos autos, [...]

verificando-se a inaplicabilidade do art. 170-A do CTN (AMS 2007.35.00.026849-0/GO, rel. Des. Federal Souza Prudente, julgado em 09/09/2011, acórdão ainda não publicado).

Dispositivo

Ante o exposto *nego provimento* à apelação da impetrante e *dou parcial provimento* à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial, tida por interposta,

para determinar a incidência, desde o recolhimento dos valores indevidos, da correção monetária na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal e estabelecer que os valores apurados pelas partes só podem ser compensados com contribuições de mesma espécie, a saber, aquelas previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/1991.

É como voto.

## Voto-Vista

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:*  
— Estes recursos de apelação foram interpostos pela Fazenda Nacional e por Microservice Tecnologia Digital da Amazônia Ltda. à sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para afastar a incidência de contribuição previdenciária sobre os quinze primeiros dias de afastamento dos empregados em gozo de auxílio-doença e auxílio-acidente, terço constitucional de férias, salário-família, aviso prévio indenizado, férias não gozadas e férias proporcionais, auxílio-creche, auxílio-educação.

A impetrante sustenta que não deve incidir a exação sobre a hora extra, adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade e salário-maternidade. Pleiteia, ainda, o direito de não ser compelida ao recolhimento de contribuição previdenciária destinada a terceiros, em relação a todas as verbas questionadas.

A União defende, no essencial, a falta de interesse processual quanto ao auxílio-acidente e ao salário-família, porque não integram o salário de contribuição, e a legalidade da contribuição previdenciária sobre todas aquelas verbas desoneradas pela sentença.

Iniciado o julgamento, o relator convocado, juiz federal Clodomir Sebastião Reis, afastou a preliminar de falta de interesse de agir, decretou a prescrição quinquenal e, no mérito, deu parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial, tida por interposta, para manter a sentença na parte em que julgou *devida* a incidência da contribuição previdenciária sobre os adicionais noturno, de periculosidade, de insalubridade e de hora extra.

Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia quanto aos aludidos adicionais.

Adicionais noturno, de periculosidade e de insalubridade:

Com relação aos adicionais noturno, de periculosidade, de insalubridade e de transferência, não obstante o entendimento por mim até agora adotado, alicerçado na jurisprudência desta Corte e do STJ, de que sobre eles incide a contribuição previdenciária,

dada a sua natureza salarial, é necessário que se faça melhor reflexão acerca da matéria.

A Constituição de 1988, no art. 7º, incisos IX e XXIII, assim dispõe:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

[...]

XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Em primeira análise, o texto constitucional faz alusão ao direito de perceber adicionais de remuneração ou acréscimos à remuneração, o que levaria à conclusão de que tais valores têm natureza remuneratória do trabalho prestado e, portanto, estariam incluídos na base de cálculo da contribuição questionada.

A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do RE 166.772/RS, foi a de que a contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, prevista no art. 195, I, da Constituição Federal, abrange somente parcelas que se enquadram no conceito técnico de salário, como encontrado no direito do trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento, na obra *Direito do Trabalho*, explica que *salário é a contraprestação fixa paga pelo empregador pelo tempo de trabalho prestado ou disponibilizado pelo empregado, calculada com base no tempo, na produção ou em ambos os critérios, periodicamente e de modo a caracterizar-se como o ganho habitual do trabalhador. Os complementos podem refletir sobre o salário ou não, dependendo da habitualidade, da frequência com que são pagos, não importando, para esse fim, a variabilidade dos seus valores, pois este não é o aspecto principal, mas sim a constância do pagamento em intervalos curtos.*

Esse conceito de salário, com ênfase na habitualidade, encontra respaldo no próprio texto da Constituição, que, ao tratar das parcelas incorporadas ao salário para fins de repercussão em benefícios previdenciários, estabeleceu a incidência da contribuição previdenciária sobre os ganhos habituais do empregado (art. 195, § 11, CF/1988).

O art. 28, § 9º, da Lei 8.212/1991 exclui do salário de contribuição as importâncias percebidas pelo

segurado a título de ganhos eventuais, o que vem corroborar o entendimento acima exposto.

Não se afigura razoável atribuir natureza jurídica de salário aos adicionais em discussão, diante do caráter esporádico ou eventual do seu pagamento, devido enquanto perduram determinadas condições anormais de trabalho.

A esse respeito, os esclarecimentos dos professores Fernando Facury Scaff e Edson Benassuly Arruda, inseridos em artigo intitulado *A não incidência de contribuição previdenciária sobre verbas trabalhistas de natureza indenizatória e eventual*:

Os adicionais legais, assim como determinadas verbas trabalhistas, constituem acréscimos na remuneração dos empregados submetidos a condições de trabalho mais gravosa. Em razão de situações de risco, jornadas de trabalho mais extenuantes, contato com agentes nocivos para a saúde, entre outros, o direito pátrio determina uma compensação financeira ao trabalhador. Em virtude disso, algumas verbas trabalhistas têm caráter indenizatório e/ou eventual, uma vez que visam compensar o empregado pelos prejuízos causados a sua vida pessoal e integridade física, decorrente de uma jornada de trabalho mais penosa.

Adicionais ou acréscimos, portanto, não constituem fato gerador da contribuição patronal, visto que o trabalhador percebe seu pagamento como compensação financeira pela jornada de trabalho executada em condições anormais.

Nesse ponto, imperioso destacar que as parcelas sobre as quais não deve incidir a contribuição previdenciária são aquelas relativas ao adicional acrescido ao valor-base da hora trabalhada.

Estabelecido, assim, o caráter indenizatório e eventual dos adicionais noturno, de periculosidade, de insalubridade e de transferência não se incluem no âmbito de incidência da contribuição previdenciária sobre a folha de salários.

Adicional de hora extra:

Tenho decidido que o adicional de horas extras pagas aos servidores não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária, porquanto tais valores não se incorporam aos proventos de aposentadoria.

No que se refere aos trabalhadores submetidos ao Regime Geral da Previdência Social, defendi em vários julgamentos a incidência da contribuição previdenciária no pagamento das chamadas horas extras, sem lhes conferir natureza indenizatória.

A esse respeito, o seguinte precedente, no qual acompanhei o relator:

TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. REMUNERAÇÃO PAGA PELO EMPREGADOR NOS PRIMEIROS QUINZE DIAS DE AFASTAMENTO DO EMPREGADO POR MOTIVO DE DOENÇA. TERÇO DE FÉRIAS. VERBA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. EXAÇÃO INDEVIDA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-MATERNIDADE, HORAS EXTRAS, ADICIONAL NOTURNO, ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA DEVIDA.

[...]

4. No tocante ao salário-maternidade, às horas extras, ao adicional noturno, de periculosidade e de insalubridade, a jurisprudência é pacífica no sentido de que tais verbas possuem natureza salarial, integrando, assim, a base de cálculo da contribuição previdenciária.

[...]

(TRF1, AC 2005.34.00.016454-6/DF, rel. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado), Oitava Turma, e-DJF1 de 20/11/2009, p. 334 – sem grifos no original.)

Não obstante isso, em melhor reflexão, passo a dar interpretação diversa à natureza jurídica do pagamento efetuado ao trabalhador em RGPS, referente ao adicional das horas extras.

Considero que a parcela aqui tratada, sobre a qual não deve incidir a contribuição previdenciária, é aquela relativa ao adicional acrescido à hora extraordinária, e não a relativa à hora efetivamente trabalhada.

Na doutrina de Maurício Godinho Delgado, jornada extraordinária é o lapso de trabalho ou disponibilidade do empregado para o empregador que ultrapasse a jornada padrão, fixada em regra jurídica ou cláusula contratual.

A CLT regulamenta a jornada extraordinária do trabalhador no art. 61 e especifica no § 2º que:

Art. 61.

[...]

§ 2º – Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previstos neste artigo, a remuneração será, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) superior à da hora normal, e o trabalho não poderá exceder de 12(doze) horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite.

O trabalhador, portanto, ao sacrificar o tempo de que dispunha para o seu descanso, lazer e convívio familiar, recebe a verba adicional à hora trabalhada como indenização.

Nesse particular, destaco a firme posição doutrinária do professor Ives Gandra Martins, inserto no artigo intitulado *A natureza não salarial do adicional de horas extras: caráter indenizatório e não sujeição à incidência do imposto sobre a renda e das contribuições sociais*:

Já decidi o STJ, sumulando inclusive a matéria, que os Juízes que trabalham em Câmaras de Férias não recebem, por seu trabalho, vencimentos, mas indenização, visto que sacrificam, a bem do serviço público, seu lazer, para julgar as questões, hoje em numero maior do que a capacidade do Poder Judiciário de atender aos jurisdicionados..”

Salários, subsídios, vencimentos, recebidos como compensação de trabalho realizado em hora de lazer, não tem natureza remuneratória do trabalho, mas, indenizatória de lazer perdido a bem do serviço público ou de terceiros.

Não consigo ver qualquer diferença entre a remuneração de horas extras, em que o lazer do trabalhador é sacrificado por imposição da empresa, e a remuneração que percebem, por trabalharem nas férias, os Desembargadores dos Tribunais Estaduais, embora seja considerada compensatória de lazer e descanso perdido, em favor do bem público.

Por outro lado, o adicional à hora trabalhada não se incorpora ao salário para fins de aposentadoria, que sempre foi minha grande preocupação, pois o trabalhador poderia ser prejudicado na sua aposentação. No capítulo dedicado à Previdência Social, a Constituição Federal, no art. 201, § 11, assim dispõe:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá nos termos da lei, a (redação dada pela EC 20)

Parágrafo 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. (sem grifo no original)

Não há dúvidas, dessarte, de que só podem sofrer incidência da contribuição previdenciária as parcelas incorporadas ao salário do empregado para fins de aposentadoria pelo RGPS.

E ainda, a Lei 8.212/1991, no art. 28, § 9º, lista as verbas que não integram o salário de contribuição:

Art. 28.

Parágrafo nono – Não integram o salário-de-contribuição para fins desta lei, exclusivamente:

e) as importâncias:

“7 – recebidas a título de *ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário*”

(sem grifo no original).

Dispositivo:

Ante o exposto, dirijo do relator, para dar parcial provimento ao apelo da impetrante e declarar a inexigibilidade da contribuição previdenciária sobre os adicionais de hora extra, noturno, de periculosidade, de insalubridade.

É como voto.

## Quinta Turma Suplementar

Numeração única: 0039374-04.2004.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2004.34.00.048475-0/DF

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)  
 Apelante: Fundação dos Economiários Federais – Funcef  
 Advogado: Dr. Kildare Araújo Meira  
 Apelante: Fazenda Nacional  
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
 Apelados: os mesmos  
 Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara/DF  
 Publicação: e-DJF1 de 15/01/2014, p. 203

## Ementa

*Processual Civil. Tributário. Constitucional. Mandado de segurança. PIS. Entidade de previdência complementar fechada. Base de cálculo. Faturamento. Art. 6º, II, Lei 10.431/2002. Art. 3º, Lei 9.718/1998. Interpretação e alcance. Apelação da União e remessa oficial providas.*

I. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Fundação dos Economizadores Federais – Funcef em face do delegado da Receita Federal no Distrito Federal, com pedido para que “seja concedida a segurança para o fim de afastar integralmente a exigência fiscal consubstanciada nos autos do PA 10166.007908/2001-02, tendo em vista a ilegalidade da interpretação adotada pelo Fisco quanto à aplicação do art. 6º, II, da Lei 10.431/2002 e que montantes relativos às ‘parcelas das contribuições destinadas à constituição de provisões e reservas técnicas’ e à ‘venda de ativo imobilizado’ não configuram faturamento ou receita, para o fim de cômputo da base de cálculo da Cofins”. Caso não seja esse o entendimento, formulou pedido, em caráter subsidiário, para que “se afaste a exigência, porque, tratando-se de entidade sem fins lucrativos, apenas seria devida a contribuição ao PIS no período posterior à edição da MP 1.212 e calculada sobre a folha de salários”.

II. O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos pelo art. 150, VI, c, da Constituição, somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada, se não houver contribuição dos beneficiários (Súmula 730, STF). A circunstância de o STF ter declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 é indiscutível, devendo a base de cálculo do PIS e da Cofins orientar-se pelo conceito originário de faturamento previsto na LC 70/1991 e na Lei 9.715/1998. Correto o entendimento adotado nesta Corte, portanto, de que não há plausibilidade na alegação de que o afastamento do dispositivo interfere na tributação do PIS e da Cofins da entidade fechada de previdência complementar, pois contribui com base no art. 3º, §§ 5º e 6º, da Lei 9.718/1998, dispositivos não alcançados pela declaração de inconstitucionalidade (AC 2008.34.00.000436-4/DF, rel. Des. Federal Tolentino Amaral).

III. Foram acertados os fundamentos da revisão da autuação, visto que, ainda que desvinculadas do lucro, no período de ocorrência dos fatos geradores, existe receita decorrente das contribuições de provisões e reservas técnicas, não se podendo falar em imunidade ou inexistência de faturamento ou receita bruta como base impositiva, quando em foco os recursos advindos das atividades das Entidades Fechadas de Previdência Privada – EPP.

IV. Passível de reforma a sentença apelada quanto à concessão da ordem, porquanto sem amparo as exclusões das contribuições destinadas à constituição de provisões e reservas técnicas e à venda de ativo imobilizado da base de cálculo do PIS, no período de janeiro a maio de 1996, já que somente a partir de junho/1996 as EPPs podiam excluir parcelas destinadas à constituição de provisões ou reservas técnicas, havendo tão só previsão de aplicação retroativa, inclusive para o período da autuação revisto, da exclusão dos rendimentos das aplicações financeiras para pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e resgates (e aos rendimentos das aplicações financeiras proporcionados pelos ativos garantidores das provisões técnicas), dedução esta que foi observada no procedimento fiscal de revisão (Lei 10.431, art. 6º, II, e Lei 9.718/1998, art. 3º, §§ 5º, 6º e 7º). Ausente previsão legal, de sua vez, para o período autuado, para a dedução das parcelas relativas à venda do ativo imobilizado.

V. Em relação ao pedido subsidiário, de fato, nas palavras do juiz sentenciante, não é possível desobrigar a impetrante, antes da vigência da MP 1.212, de 28/11/1995, porque desistiu do MS 1999.34499-2, com renúncia ao direito em que se funda a ação, para aderir aos benefícios da MP 2.222, de 04/09/2001, produzindo a sentença homologatória, naqueles autos, coisa julgada material. Noutro passo, a partir da vigência da MP 1.212/1995, ou seja, de março 1996 em diante, e assim respeitada a anterioridade nonagesimal, legítima é a cobrança, incidindo o PIS também sobre a folha de salário, conforme alinhavado pela autoridade impetrada em suas informações.

VI. Negado provimento à apelação da impetrante. Apelação da União e remessa oficial a que se dá provimento, para, reformando a sentença, denegar a segurança.

## Acórdão

Decide a Turma, por maioria, negar provimento à apelação interposta por Fundação dos Economizadores Federais – Funcef e dar provimento à apelação da União e à remessa oficial.

5ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 19/11/2013.

Juiz Federal *Grigório Carlos dos Santos*, relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos: — Trata-se de mandado de segurança impetrado por Fundação dos Economistas Federais – Funcef em face do delegado da Receita Federal no Distrito Federal, com pedido para que

*[...] seja concedida a segurança para o fim de afastar integralmente a exigência fiscal consubstanciada nos autos do PA 10166.007908/2001-02, tendo em vista a ilegalidade da interpretação adotada pelo Fisco quanto à aplicação do art. 6º, II, da Lei 10.431/2002 e que montantes relativos às 'parcelas das contribuições destinadas à constituição de provisões e reservas técnicas' e à 'venda de ativo imobilizado' não configuram faturamento ou receita, para o fim de cômputo da base de cálculo da Cofins.*

Caso não seja esse o entendimento, formulou pedido, em caráter subsidiário, para que

*[...] se afaste a exigência, porque, tratando-se de entidade sem fins lucrativos, apenas seria devida a Contribuição ao PIS no período posterior à edição da MP 1.212 e calculada sobre a folha de salários.*

Às fls. 577-584, foi informado depósito judicial do crédito tributário, conforme extratos de débitos apresentados.

Sentença denegatória às fls. 608-610.

Dando-se parcial provimento aos embargos declaratórios opostos pela impetrante, concedeu-se a segurança para o fim de excluir do crédito tributário objeto do Processo Administrativo 10166.007908/2001-02 as 'parcelas referentes às contribuições destinadas à constituição de provisões e reservas técnicas' e às 'vendas de ativo imobilizado', independentemente da data da ocorrência dos respectivos fatos geradores. Ficou mantida a sentença (fl. 610, item 8) relativamente ao pedido subsidiário para desobrigar a impetrante do recolhimento da contribuição no período posterior à edição da MP 1.212, sob o fundamento de que o alegado erro de julgamento, ao rejeitar-se o pedido, não poderia ser corrigido por embargos declaratórios (fls. 618-620).

Apelações interpostas pela Funcef e pela União (fls. 624-628 e 635-660).

Contrarrazões apresentadas (fls. 662-676 e 678-680).

O MPF opinou pelo provimento da apelação da União (fls. 684-690).

É o relatório, no necessário.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos: — Relata a impetrante que, após ser notificada da lavratura de auto de infração tendo por objeto exigência de PIS apurada no PA 10166.007908/2001-02, apresentou impugnação à Delegacia da Receita Federal de julgamento de Brasília, cujo provimento fora-lhe negado. Aderiu, então, ao Regime Especial de Tributação – RET, sendo beneficiada para o pagamento de créditos tributários em aberto, do que derivou o cálculo da contribuição apurada e o pagamento nas parcelas estipuladas. Findo o pagamento, em procedimento de revisão do auto de infração pela autoridade fiscal, apurou-se diferença a pagar pelo contribuinte, referente ao período de janeiro a maio de 1996.

Alega a apelante que, na revisão do auto de infração, a autoridade adotara interpretação diversa sobre a aplicação do art. 6º, II, da Lei 10.431/2002, que reputa ilegal, apurando-se diferença no período de janeiro a maio/1996, decorrente de indevida inclusão das contribuições destinadas à constituição de provisões e reservas técnicas na base de cálculo do tributo.

Sustenta, em síntese, a ilegalidade da exigência da contribuição ao PIS em relação às parcelas das contribuições destinadas à constituição de reservas técnicas das entidades de previdência complementar, bem como sobre as vendas de ativo imobilizado, ambas do período compreendido entre janeiro a maio de 1996, por não serem alcançadas pelo conceito de faturamento ou receita bruta e porque a impetrante fez uso do benefício de pagamento previsto no art. 6º, II, da Lei 10.431/2002, impedindo que tais verbas fossem incluídas na base de cálculo do PIS.

Aduz que a entrada de recursos nas entidades de previdência fechadas, destinadas a compor reservas técnicas, fundos especiais e provisões, com finalidade de garantir o pagamento dos benefícios dos seus participantes, não configuram receita da entidade. Defende, também, a exclusão da parcela relativa à "venda de ativo imobilizado", por consequência da aplicação retroativa dos §§ 5º e 6º da Lei 9.718/1998, ou seja, a extensão do benefício do art. 6º, II, da Lei 10.431/2002 para a afastar a incidência das contribuições sobre tais parcelas, e, por fim, subsidiariamente, a inexistência de

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado).

faturamento das entidades sem fins lucrativos, o que as obrigaria a recolher o PIS somente a partir de março de 1996, na forma em que instituída e prevista no art. 2º, II, da MP 1.212, de 28/11/1995, exigível apenas após decorridos noventa dias da data da instituição/majoração, à vista da anterioridade mitigada (art. 195, § 6º, CR).

Não prospera a tese da impetrante/apelante.

Depreende-se do despacho decisório DRF/BSA/Dicat, e das razões da revisão de ofício do lançamento, o seguinte (fls. 411-418):

A base de cálculo lançada no auto de infração, relativa a cada período de apuração, pode ser assim resumida:

a) no período de apuração de 01/01/1996 a 31/05/1996: a base de cálculo é a totalidade da receita bruta operacional, sendo admitida apenas a exclusão da parcela relativa à atualização monetária das provisões ou reservas técnicas, limitada aos valores da variação monetária ativa na receita bruta operacional

b) no período de apuração de 01/06/1996 a 31/01/1999: a base de cálculo é a totalidade da receita bruta operacional, sendo admitida a exclusão das parcelas e reservas técnicas, admitida também a exclusão da parcela relativa à atualização monetária das provisões ou reservas técnica limitada aos valores da variação monetária ativa incluída na receita bruta operacional.

c) no período de apuração de 01/02/1999 a 31/12/2000: a base de cálculo é a totalidade das receitas auferidas, independentemente da classificação contábil, sendo admitida a exclusão das parcelas das contribuições destinadas à constituição de provisões e reservas técnicas e dos rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria.

Inconformada com o lançamento, a contribuinte apresentou, tempestivamente, em 25/07/2001, impugnação [...] e juntou a documentação de fls. [...]. Na oportunidade, a recorrente alegou, em síntese, que é considerada entidade de assistência social e que estaria imune à tributação do PIS sobre a totalidade das receitas auferidas, sujeitando-se ao PIS incidente sobre a folha de salários, e requereu, ao final, a improcedência do lançamento.

Na apreciação da impugnação, a DRJ/Bsa julgou procedente o lançamento, Acórdão 00.0073, de 27/09/2001, [...]. Cientificada da decisão da DRJ e intimada a pagar o crédito tributário no prazo de 30 dias ou recorrer da decisão ao Conselho de Contribuintes, no mesmo prazo, [...] a contribuinte deixou de recorrer do acórdão em razão da adesão ao Regime Especial de Tributação (RET), previsto no art. 2º da MP 2.222, de

04/09/2001, e da opção pelo pagamento dos débitos com anistia de multas e juros [...].

Aos optantes do RET, foi concedida a opção de pagar ou parcelar todos os tributos administrados pela SRF, até 31/01/2002, com o benefício da anistia de multas, seja de ofício ou de mora, e de juros Selic, conforme disposto no art. 5º da MP 2.222/2001. Porém para gozar do benefício, era necessário atender às exigências contidas nos parágrafos do art. 5º da MP 2.222/2001, quais sejam, a de desistir expressamente de todas as ações judiciais e administrativas e renunciar às alegações de direito sobre as quais se fundavam os recursos, o que foi atendido à vista da petição de desistência do MS 1999.34.00.034499-2 (fl. 315) e da renúncia ao recurso administrativo (fl. 313).

[...]

## Da revisão

A MP 25, de 23/01/2002, convertida na Lei 10.431, de 24/04/2002, em seu art. 6º, [...], permitiu excluir da base de cálculo do PIS os rendimentos de aplicações financeiras destinadas ao pagamento dos benefícios de aposentadoria, pensão e pecúlio, independentemente da data de ocorrência dos fatos geradores. Pois, em princípio, tal exclusão só era aplicável aos fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 1999, com a promulgação da Lei 9.718, de 27/11/1998, alterada pela MP 1.807, de 28/01/1999:

[...]

O inciso II do art. 6º da Lei 10.431/2002 deu efeito retroativo ao dispositivo da Lei 9.718/1998, que só era aplicável aos fatos geradores ocorridos a partir de sua vigência, isto é, fevereiro de 1999.

*Assim sendo, cabe rever o lançamento efetuado antes da vigência da Lei 10.431/2002, para excluir da base de cálculo do PIS, relativa aos fatos geradores de 1º/01/1996 a 31/01/1999, a receita relativa aos rendimentos de aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria, haja vista que em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 1999, já foi efetuada a exclusão destes rendimentos no lançamento original.*

*Em relação aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro de 1996 a maio de 1996, na apuração da base de cálculo original, foram excluídas as receitas decorrentes das atualizações monetárias das provisões ou reservas técnicas, à vista dos demonstrativos da base de cálculo, fl. 235. Entretanto, como as receitas das variações monetárias ativas são formadas por operações com patrocinadoras (conta 6.1.1.5), por receitas de renda*

*fixa (6.1.1.1) e de operações com participantes, elas estão incluídas nas receitas de investimentos referentes ao programa previdenciário, razão porque, sendo admitida a exclusão das receitas de investimentos do programa previdenciário, não caberá exlu-las em separado, vez que se configuraria dedução da mesma conta em duplicidade, conforme constatação feita pela Divisão de Fiscalização em procedimento de diligência realizado no estabelecimento da contribuinte [...]” (Destaquei)*

Não vejo, até aqui, equívoco de interpretação da legislação de regência, feita de acordo com o alcance temporal das normas de incidência.

Mais adiante (fls. 518-522), examinando manifestação de inconformidade apresentada nos autos do Processo 10166.007908/2001/02 em face da revisão acima transcrita, a DRJ manteve o crédito tributário nos termos Acórdão DRJ/BSA 5.398, do qual destaque, no que interessa à lide:

[...] a contribuinte discorda dos valores revisados do auto relativamente aos fatos geradores de janeiro a maio/1996 sob o argumento de que a digna Autoridade não excluiu da base de cálculo “as contribuições destinadas à constituições de provisões e reservas técnicas” e das “vendas de ativo imobilizado”, bem como os “rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria.

*Equívoca-se a interessada quanto ao procedimento fiscal efetuado na revisão de ofício, pois a exclusão providenciada na base de cálculo do PIS para o período de janeiro a maio/1996 está em consonância com as disposições das Leis 9.701/1998, 9.718/1998 e 10.431/2002.*

*Só a partir de junho/1996 as Entidades Fechadas de Previdência Privada – EPP podiam excluir a parcela destinada à constituição de provisões ou reserva técnica, enquanto que os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e resgates podiam fazê-lo a partir de fevereiro/1999. A Lei 10.431/2002 deu efeito retroativo à dedução daqueles rendimentos de aplicações financeiras e não à dedução de provisões ou reserva técnica, pois a exclusão destas só foi permitida pela Lei 9.701, ou seja, a partir de sua vigência em junho/1996.*

[...]

Registre-se, ainda, que em relação aos fatos geradores de janeiro a maio/1996, a fiscalização tomou os devidos cuidados para evitar duplicidade de dedução de valores referentes aos rendimentos de aplicações financeiras, cumprindo integralmente determinação da legislação já mencionada, [...].”

Esclarecedores da questão, foram acertados os fundamentos da revisão da autuação, visto que, ainda que desvinculadas do lucro, no período de ocorrência dos fatos geradores, existe receita decorrente das contribuições de provisões e reservas técnicas, não se podendo falar em imunidade ou inexistência de faturamento ou receita bruta como base imponible, quando em foco os recursos advindos das atividades das Entidades Fechadas de Previdência Privada – EPP.

Quanto a tal argumentação, a matéria discutida, em sentido mais amplo, foi enfrentada, e afastada, no bojo do julgamento da Apelação 0001823-58.2002.4.01.3800/DF, rel. Juiz Federal Saulo Casali Bahia:

*Inicialmente, deve ser ressaltado que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos pelo art. 150, VI, “c”, da Constituição, somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários.*

Confira-se, a propósito, a Súmula 730 do STF:

**“A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CONFERIDA A INSTITUIÇÕES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS PELO ART. 150, VI, ‘C’, DA CONSTITUIÇÃO, SOMENTE ALCANÇA AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL PRIVADAS SE NÃO HOUVER CONTRIBUIÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS.”**

[...] aplicável à espécie o entendimento de que “nos termos da Lei Complementar nº 109/2001, as ENTIDADES abertas de PREVIDÊNCIA PRIVADA podem realizar operações financeiras com os assistidos, COM O QUE NÃO SE PODE FUGIR DO RÉGIME APLICADO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, prevalecendo a taxa de juros pactuada”. (EREsp nº 679.865/RS – Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – STJ – Segunda Seção – Unânime – D.J. 04/12/2006 – pág. 255.) (Grifei e destaquei.)

À vista disso, tendo a exigência impugnada espeque em normas legais válidas (Lei nº 8.212/91, art. 22, § 1º; Lei nº 9.718/98, art. 3º, § 6º, III; Lei nº 10.637/2002, art. 8º, I, e Lei nº 10.833/2003, art. 10, I), não merece acolhida a pretensão da Autora.

Nessa ordem de idéias, os efeitos da inconstitucionalidade do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 não retiram a eficácia do que dispõem a Lei nº 10.637/2002 e a Medida Provisória nº 135/2003 (convertida na Lei nº 10.833/2003) sobre a incidência da Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social–COFINS e da Contribuição Para o Programa de Integração Social–PIS nas receitas de ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA abertas e fechadas. (Lei nº 8.212/91, art. 22, § 1º.)

Quanto à base de cálculo do PIS, razão assiste à Fazenda Nacional, quando entende ser a receita bruta operacional e não a folha de salários.

Com efeito, a circunstância de o STF ter declarado a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 é indiscutível, devendo a base de cálculo do PIS e da COFINS se orientar pelo conceito originário de faturamento previsto na LC nº 70/91 e na Lei nº 9.715/98:

“[...] - MANDADO SEGURANÇA – [...] - PIS E COFINS - BASE DE CÁLCULO – [...] FATURAMENTO - ART.3º DA LEI N.9.718/98 - INCONSTITUCIONALIDADE - BASE DE CÁLCULO CORRETA - PIS - ART. 3º DA LEI N. 9.715/98 - COFINS - ART. 2º DA LC Nº 70/91) – [...]”

3. O “novo conceito” de faturamento implementado pela Lei nº 9.718/98 (PIS e COFINS), ampliando a base impositiva das exações, é inconstitucional (RRE’s nºs 346.084/PR, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG) porque incompatível com a redação (primitiva) do art. 195, I, “b”, da CF/88 (vício que a EC nº 20/98 não convalidou).

4. Prevalece o conceito de faturamento precedente à Lei nº 9.718/98: [a] para o PIS, o constante do art. 3º da Lei nº 9.715/98 e, [b] para a COFINS, o previsto no art. 2º da LC nº 70/91.

(TRF1, AMS nº 2006.38.10.004441-3/MG, Rel. Des. Fed. LUCIANO TOLENTINO AMARAL, T7, DJ 09/10/2009)

Tanto a Lei nº 9.715/98 (art. 3º) quanto a LC nº 70/91 (art. 2º) estabelecem que a base de cálculo do PIS e da COFINS será o seu “faturamento”, considerado como “a receita bruta (...) definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia”.

As atividades da impetrante se orientam pela LC nº 109/2001:

“Art. 32. As entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.

Parágrafo único. É vedada às entidades fechadas a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito de seu objeto, observado o disposto no art. 76.”

“Art. 76. As entidades fechadas que, na data da publicação desta Lei Complementar, prestarem a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde poderão continuar a fazê-lo, desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário.”

Ressalte-se que a IN SRF nº 247/2002, que regulamenta a Lei nº 9.718/98 (notadamente o art. 3º, §§5º e 6º, no caso) assim diz:

“Art. 1º Esta Instrução Normativa dispõe sobre a Contribuição para o PIS/Pasep (...) e a (...) (Cofins).

Contribuição Sobre o Faturamento

Art. 3º São contribuintes do PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre o faturamento as pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são

equiparadas pela legislação do Imposto de Renda, observado o disposto no art. 9º.

§ 1º As entidades fechadas e abertas de previdência complementar são contribuintes do PIS/Pasep e da Cofins na modalidade de incidência prevista neste artigo, sendo irrelevante a forma de sua constituição.

Exclusões e Deduções Específicas

Art. 29. As entidades fechadas e abertas de previdência complementar, para efeito de apuração da base de cálculo das contribuições, podem excluir ou deduzir da receita bruta o valor:

I – da parcela das contribuições destinada à constituição de provisões ou reservas técnicas;

II – dos rendimentos auferidos nas aplicações financeiras de recursos destinados ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e de resgates; e

III – do imposto de renda de que trata o art. 2º da Medida Provisória nº 2.222, de 4 de setembro de 2001.

§ 1º A dedução prevista no inciso II:

I – restringe-se aos rendimentos de aplicações financeiras proporcionados pelos ativos garantidores das provisões técnicas, limitados esses ativos ao montante das referidas provisões; e

II – aplica-se também aos rendimentos dos ativos financeiros garantidores das provisões técnicas de empresas de seguros privados, destinadas exclusivamente a planos de benefícios de caráter previdenciário e a seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência.

§ 2º Para efeito do § 1º, consideram-se rendimentos de aplicações financeiras os auferidos em operações realizadas nos mercados de renda fixa e de renda variável, inclusive mútuos de recursos financeiros, e em outras operações tributadas pelo imposto de renda como operações de renda fixa.

§ 3º A exclusão prevista no inciso III do caput somente poderá ser efetuada se os rendimentos previstos no inciso II, também do caput, forem excluídos da mesma base de cálculo pelo seu valor líquido, deduzido do referido imposto.”

Também foi objeto de análise na Apelação 0010819/06.2006.4.01.3400/DF, cujo voto, ressalvadas as especificidades do caso concreto, de relatoria da Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, com vênha, transcrevo:

Para fim de determinação da base de cálculo da COFINS e do PIS, o conceito de faturamento está insculpido na Lei Complementar 70/1991 e na Lei 9.715/1998.

No entanto, o art. 12 da Lei 9.715/1998 estabelece não se aplicar o conteúdo dessa Lei às pessoas jurídicas de que trata o § 1º do art. 22 da Lei 8.212, de 24/7/1991, para fins de determinação

da contribuição para o PIS/PASEP, que observarão legislação específica.

As Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 não se aplicam às entidades de previdência privada (arts. 8º, I, e 10, I, respectivamente).

As entidades fechadas de previdência complementar, para efeito de cômputo da base de cálculo do PIS e da COFINS, seguem regras específicas, constantes no art. 1º, V, da Lei 9.701/1998, art. 3º, § 5º, da Lei 9.718/1998, e, no art. 32 da Lei 10.637/2002, nos seguintes termos:

*Lei 9.701/1998*

Art. 1º Para efeito de determinação da base de cálculo da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, de que trata o inciso V do art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, poderão efetuar as seguintes exclusões ou deduções da receita bruta operacional auferida no mês:

[...]

V - no caso de entidades de previdência privada abertas e fechadas, a parcela das contribuições destinada à constituição de provisões ou reservas técnicas;

[...]

§ 1º É vedada a dedução de qualquer despesa administrativa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 2º Nas operações realizadas em mercados futuros, sujeitos a ajustes diários, a base de cálculo da contribuição para o PIS é o resultado positivo dos ajustes ocorridos no mês. (Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 3º As exclusões e deduções previstas neste artigo restringem-se a operações autorizadas às empresas ou entidades nele referidas, desde que realizadas dentro dos limites operacionais previstos na legislação pertinente.

*Lei 9.718/1998:*

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 5º Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão admitidas, para os efeitos da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP.

§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir: (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

[...]

III – no caso de entidades de previdência privada, abertas e fechadas, os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria,

pensão, pecúlio e de resgates; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

[...]

§ 7º As exclusões previstas nos incisos III e IV do § 6º restringem-se aos rendimentos de aplicações financeiras proporcionados pelos ativos garantidores das provisões técnicas, limitados esses ativos ao montante das referidas provisões. (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 8º Na determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, poderão ser deduzidas as despesas de captação de recursos incorridas pelas pessoas jurídicas que tenham por objeto a securitização de créditos: (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

I – imobiliários, nos termos da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

II – financeiros, observada regulamentação editada pelo Conselho Monetário Nacional. (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

III – agrícolas, conforme ato do Conselho Monetário Nacional. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

*Lei 10.637/2002:*

Art. 32. As entidades fechadas de previdência complementar poderão excluir da base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, além dos valores já previstos na legislação vigente, os referentes a:

I - rendimentos relativos a receitas de aluguel, destinados ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e resgates;

II - receita decorrente da venda de bens imóveis, destinada ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e resgates;

III - resultado positivo auferido na reavaliação da carteira de investimentos imobiliários referida nos incisos I e II.

Parágrafo único. As entidades de que trata o caput poderão pagar em parcela única, até o último dia útil do mês de novembro de 2002, com dispensa de juros e multa, os débitos relativos à contribuição para o PIS/Pasep e à Cofins, constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa, ajuizados ou a ajuizar, referentes a fatos geradores ocorridos até 31 de julho de 2002 e decorrentes de:

I – rendimentos relativos a receitas de aluguel, destinados ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e resgates;

II – receita decorrente da venda de bens imóveis, destinada ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e resgates;

III – resultado positivo auferido na reavaliação da carteira de investimentos imobiliários referida nos incisos I e II.

Conforme esses dispositivos, verifica-se a expressa determinação de incidência das exações para as entidades de previdência privada, ao contrário do defendido pela apelante.

Assim, a legislação específica das pessoas jurídicas enumeradas no § 1º do art. 22 da Lei 8.212/1991 (aí compreendidas expressamente as entidades de previdência privada) deixa claro que a base de cálculo do PIS e da COFINS é a receita bruta operacional, com todas as exclusões e deduções permitidas em lei.

O conceito de faturamento trazido pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 para as pessoas jurídicas em geral não influenciou a apuração da base de cálculo das entidades fechadas de previdência complementar.

O legislador, relativamente a entidades como a impetrante, não estendeu o conceito de faturamento para qualquer espécie de receita bruta, mas ao conceito de receita operacional, que corresponde às receitas advindas de suas atividades econômicas típicas.

De acordo com esses dispositivos legais (art. 1º, V, §§ 1º a 3º, da Lei 9.701/1998, art. 3º, §§ 5º a 8º, da Lei 9.718/1998 e art. 32 da Lei 10.637/2002), os valores que a impetrante pretende excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS não estão entre as exclusões e deduções permitidas em lei.

Além disso, vale notar que o § 1º do art. 1º da Lei 9.701/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 2158-35/2001, proíbe expressamente a dedução de qualquer despesa administrativa na receita bruta operacional auferida mensalmente pela entidade de previdência privada.

A Lei Complementar 109/2001 dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e estabelece que as entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária (art. 32).

O parágrafo único do mesmo artigo veda a prestação de quaisquer serviços que não façam parte do seu objeto, observadas aquelas entidades que já prestavam, na data da publicação da Lei, serviços assistenciais à saúde, que poderão continuar a fazê-lo, desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário (art. 76).

Assim, os recursos e as aplicações financeiras sobre tais recursos provenientes das contribuições pagas pelos participantes das entidades fechadas de previdência complementar constituem base de cálculo para o PIS e para a COFINS, independentemente da destinação contábil.

Devem ser observadas as exclusões e deduções permitidas pela Lei 9.701/1998 e pela IN/SRF 247/2002.

Correto o entendimento adotado nesta Corte, portanto, de que não há plausibilidade na alegação de que o afastamento do dispositivo interfere na tributação do PIS e da COFINS da entidade fechada de previdência complementar, pois contribui com base no art. 3, §§ 5º e 6º, da Lei 9.718/98, dispositivos não alcançados pela declaração de inconstitucionalidade (AC 2008.34.00.000436-4/DF, relator desembargador federal Luciano Tolentino Amaral).

Uma vez que a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998 não gera efeitos quanto à pretensão da impetrante, merece reforma a sentença que concedeu a segurança.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - PIS E COFINS - BASE DE CÁLCULO - RECEITAS DE ENTIDADES ABERTAS E FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - EXIGÊNCIA PREVISTA EM NORMAS LEGAIS VÁLIDAS - LEI Nº 8.212/91, ART. 22, § 1º; LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 6º, III; LEI Nº 10.637/2002, ART. 8º, I - LEI Nº 10.833/2003, ART. 10, I - APLICABILIDADE - LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 1º - INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - EFEITOS NÃO EXTENSÍVEIS A ENTIDADES EQUIPARADAS A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - PEDIDO IMPROCEDENTE.

[...]

2 - “Nos termos da Lei Complementar nº 109/2001, as entidades abertas de previdência privada podem realizar operações financeiras com os assistidos, com o que não se pode fugir do regime aplicado às instituições financeiras, prevalecendo a taxa de juros pactuada.” (EREsp nº 679.865/RS - Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - STJ - Segunda Seção - Unânime - D.J. 04/12/2006 - pág. 255.)

3 - “A declaração (STF: RE nº 357.950/RS) da inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98 não aproveita às entidades de previdência privada complementar, que continuam sendo contribuintes do PIS e da COFINS nos moldes dos §§5º e 6º do art. 3º da referida Lei, dispositivos não alcançados pela decisão.” (AGTAG nº 2007.01.00.046576-5/BA - Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral - TRF/1ª Região - Sétima Turma - Unânime - e-DJF1 19/9/2008 - pág. 262.)

4 - O juízo de origem entendeu que “o tratamento jurídico-tributário dispensado à autora (entidade fechada de previdência complementar), no que tange à tributação do PIS e da COFINS, é o mesmo das pessoas jurídicas de que trata o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91, ou seja, instituições financeiras e equiparadas”. (Fls. 162/165.)

5 - *Os efeitos da inconstitucionalidade do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 não retiram a eficácia do que dispõe a legislação sobre a incidência da Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social-COFINS e da Contribuição Para o Programa de Integração Social-PIS nas receitas de ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA abertas e fechadas. (Lei nº 8.212/91, art. 22, § 1º; Lei nº 9.718/98, art. 3º, § 6º, III; Lei nº 10.637/2002, art. 8º, I; Lei nº 10.833/2003, art. 10, I.)*

[...]

7 - Apelação da Autora denegada.

8 - Recurso da União Federal (Fazenda Nacional) provido em parte.

9 - Sentença reformada parcialmente.

10 - Condenação em honorários de advogado elevada para 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

(TRF1, AC 0022538-14.2008.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Catão Alves, Sétima Turma, e-DJF1 de 02/12/2011, p. 303 – sem grifo no original).

Pois bem.

Ultrapassada suposta imunidade aventada como pano de fundo, no que toca ao cerne da controvérsia ora em exame, assim dispunha o art. 6º, inciso II, da Lei 10.431/2002 (revogada pela Lei 11.053, de 2004):

Art. 6º. O pagamento ou parcelamento na forma do artigo 5º da Medida Provisória n. 2.222, de 2001, alcança, inclusive, os débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, ajuizados ou ajuizar, relativos:

*II – Na hipótese de entidade fechada de previdência complementar, à Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e à Contribuição para a Seguridade Social (COFINS) incidentes sobre a totalidade de suas bases de incidência, a serem determinadas na forma estabelecida pelos §§ 5º e 6º, inciso III, e 7º do artigo 3º da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998, independentemente da data da ocorrência dos respectivos fatos geradores, observado o disposto no inciso I deste artigo e no § 3º do artigo 5º da MP 2.222, de 2001. (GRIFEI)*

Portanto, como bem salientado no parecer ministerial, passível de reforma a sentença apelada quanto à concessão da ordem, porquanto sem amparo as exclusões das contribuições destinadas à constituição de provisões e reservas técnicas e à venda de ativo imobilizado da base de cálculo do PIS, *no período de janeiro a maio de 1996, já que somente a partir de junho/1996 as EPP's podiam excluir parcelas destinadas à constituição de provisões ou reservas técnicas, havendo tão só previsão de aplicação retroativa, inclusive para o período da autuação revisto, da exclusão dos rendimentos das aplicações financeiras para pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e resgates, dedução esta que foi observada no procedimento fiscal de revisão, como destacado acima (Lei 10.431, art. 6º, II, e Lei 9.718/1998, art. 3º, §§ 5º, 6º e 7º).*

Donde se conclui que, a exclusão prevista na Lei 9.718/1998, a beneficiar a impetrante alcançando fatos geradores anteriores, como resultado da aplicação do art. 6º, II, da Lei 10.431, restringe-se aos *rendimentos das aplicações financeiras destinadas, repito, ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e resgates e aos rendimentos das aplicações financeiras proporcionados pelos ativos garantidores das provisões*

*técnicas*, limitados ao montante das referidas provisões (§ 6º, II, e § 7º, Lei 9.718/1998).

Com efeito, tem razão a autoridade fiscal ao dizer que a Lei 10.431/2002 deu efeito retroativo somente à dedução das aplicações financeiras, levada a efeito no lançamento original e no procedimento revisional. A exclusão das provisões ou reservas técnicas apenas foi admitida pela Lei 9.701/1998, com vigência em junho/1996, também prevista em norma regulamentar (IN SRF 247) do ano de 2002. Ausente previsão legal, de sua vez, para o período autuado, para a dedução das parcelas relativas à venda do ativo imobilizado.

Por fim, em relação ao pedido subsidiário, de fato, nas palavras no juiz sentenciante, não é possível desobrigar a impetrante, antes da vigência da MP 1.212, de 28/11/1995, porque desistiu do MS 1999.34499-2, com renúncia ao direito em que se funda a ação, para aderir aos benefícios da MP 2.222, de 04/09/2001, produzindo a sentença homologatória, naqueles autos, coisa julgada material.

Cabe destacar que os programas de parcelamentos, tais como o Refis (Lei 9.964/2000), Paes (Lei 10.684/2003) e Paex (MP 303/2006), entre outros, são exemplos de benesses fiscais concedidas aos contribuintes que se sujeitam às suas normas no intuito de reverter a situação de inadimplência. Não há imposição em aderir a tais parcelamentos, o que constitui opção do sujeito passivo. Decidindo pelo ingresso, porém, deve fazê-lo mediante concordância com os termos do acordo estabelecidos pela legislação de regência. Quem adere ao programa deve obedecer às normas pertinentes para usufruir os benefícios daí decorrentes.

Noutro passo, a partir da vigência da MP 1.212/1995, ou seja, de março/1996 em diante, e assim respeitada a anterioridade nonagesimal, legítima é a cobrança, incidindo o PIS também sobre a folha de salário, conforme alinhavado pela autoridade impetrada em suas informações (fls. 591-593).

Ante o exposto, *nego provimento à apelação da impetrante.*

*Dou provimento à apelação da União e à remessa oficial*, para, reformando a sentença, denegar a segurança.

Após o trânsito em julgado, sejam os depósitos convertidos em renda da União.

É como voto.

## Sexta Turma Suplementar

Numeração única: 0019006-13.2009.4.01.0000

Medida Cautelar Inominada 2009.01.00.019732-6/DF

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)  
 Requerente: Associação Educacional do Litoral Santista Aelis  
 Advogados: Dr. Osmar Tognolo e outros  
 Requerida: Fazenda Nacional  
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
 Publicação: e-DJF1 de 10/01/2014, p. 555

### Ementa

*Processual Civil. Ação cautelar incidental. Apelação. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido em juízo. Imunidade. Entidade e educação sem fins lucrativos. Descaracterização. Ausência de elementos no relatório fiscal. Presença de declaração de utilidade pública federal e municipal. Certificado de entidade de fins filantrópicos. Registro no CNAS desde 1974. Presentes os pressupostos processuais. Ação cautelar procedente.*

I. Trata-se de ação cautelar originária, proposta incidentalmente à Apelação 2003.34.00.002648-1/DF, com pedido para que determinada a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários objeto de questionamento.

II. É condição para que a pessoa jurídica identificada como entidade de educação e assistência social sem fins lucrativos, possa merecer os efeitos da imunidade tributária, tanto para impostos, prevista no art. 150, VI, c, quanto do art. 195, § 7º, da Constituição da República, o atendimento de requisitos previstos em lei complementar. Estes requisitos encontram-se preceituados no art. 14 do Código Tributário Nacional: Art. 14 – O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas: I – Não distribuírem qualquer patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título. II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais.

III. A par das diretrizes a delinarem propósito da entidade autora, como entidade despida de finalidade lucrativa, ao exame dos documentos que instruem a petição inicial, tem-se a seguinte constatação: a) É a autora entidade portadora do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, expedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social (fl. 554), em cujo órgão encontra-se assim registrada desde o ano de 1974; b) É entidade declarada de utilidade pública federal e, nos termos da certidão de fl. 555, expedida por órgão do Ministério da Justiça, apresentou o relatório e o demonstrativo da receita e despesa referente ao ano de 2000, de que trata o art. 4º da Lei 91, de 28/08/1935 e o art. 5º do Decreto 50.517, de 02/05/1961; c) É entidade declarada de utilidade pública municipal, nos termos da Lei 903 de janeiro de 1972, do Município de Cubatão/SP e Lei 1.590, de maio de 1997, do Município de Santos (fl. 557).

IV. Este contexto fático não apresenta presunção absoluta de que a autora atenda às condições fáticas para a imunidade tributária sobre as contribuições sociais exigidas. Para esta conclusão, caberia à Administração Tributária, no exercício do seu poder de polícia fiscal, promover a necessária e regular investigação para aferir se as exigências legais, entenda-se, aquelas delimitadas pelo art. 14 do CTN, encontram-se atendidas.

V. As razões que pretenderam justificar a existência de crédito tributário no período de 1990 a 2000, não informaram maiores elementos, em especial, o desatendimento dos requisitos previstos pelo art. 14 do Código Tributário Nacional, considerando, ademais, estar a entidade autora, no período em que constituído o crédito tributário, ao abrigo da formal condição de entidade filantrópica, assim reconhecida pelo Conselho Nacional de Assistência Social. Para descaracterizar a condição de entidade imune, o ato da autoridade fiscal não pode partir de presunções, notadamente de lastimável concisão de fundamentos. Deve descrever, com necessária identificação, os fatos que, à luz da legislação de regência, seriam suficientes para a descaracterização limitação do poder de tributar, notadamente se existente há mais de 30 anos. Providência que o relatório fiscal não tratou com a seriedade merecida, ao não dedicar mais do que um parágrafo à questão de maior relevância para a ação fiscal realizada.

VI. Pressupostos para a medida cautelar presentes. Ação julgada procedente. Honorários arbitrados em R\$ 500,00.

## Acórdão

Decide a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, julgar procedente a ação cautelar.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 27/11/2013.

Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*, relator convocado.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista:*  
— Trata-se de ação cautelar originária, proposta incidentalmente à Apelação 2003.34.00.002648-1/DF, com pedido para que determinada a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários objeto de questionamento.

Deferida a liminar por decisão de fl. 186.

Contestação apresentada à fl. 192, em que se argui, em preliminar, ausência de interesse processual. Quanto ao mérito, advoga inexistirem os pressupostos para a medida cautelar requerida, em especial a plausibilidade jurídica da pretensão.

Parecer do Ministério Público pela ausência de interesse legal em sua intervenção.

É, em síntese, o relatório.

### Voto

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista:*

#### Ausência de interesse processual

Em preliminar, requer o apelante a extinção do processo cautelar, por ausência de interesse processual, sob o argumento de que poderia obter idêntica providência através da antecipação dos efeitos da tutela judicial, na forma do art. 273, do CPC.

A preliminar não procede, porquanto é opção da parte-autora a utilização da medida processual, de natureza cautelar, cabível para a conservação do direito que julga possuir. Destaque-se, ademais, que no caso o processo principal já fora julgado, estando a sentença, que acolheu o pedido, em grau recursal.

Fato que torna adequada a medida cautelar incidentalmente proposta aos recurso de apelação, para assegurar, até que decidido, a conservação dos direitos sob ameaça de risco.

Preliminar rejeitada.

### Mérito

Quando do julgamento da apelação, orientei minha convicção pelos seguintes fundamentos:

Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas de sentença que julgou procedente pretensão ajuizada para que declarada a inexistência de relação jurídica tributária, em razão de lançamentos fiscais, ao argumento de que entidade protegida pela imunidade tributária do art. 195, § 7º da CR/1988.

Art. 195,

§ 7º - São isentas de contribuições para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Não obstante faça referência a isenção, o § 7º, do art. 195, descreve norma de imunidade tributária, por veicular exoneração de cunho constitucional, descabendo ao legislador ordinário dispor acerca dos limites objetivos e subjetivos já delineados pela Lei Maior. Neste caso, aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já cuidou de exaurir a compreensão acerca de tratar-se de imunidade, citando como referência o julgamento do ROMS nº 22.192-9/DF, de relatoria do Ministro Celso de Melo, publicado no DJ de 19.12.96.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – QUOTA PATRONAL – ENTIDADE DE FINS ASSISTENCIAIS, FILANTRÓPICAS E EDUCACIONAIS – IMUNIDADE (CF, ART.195, § 7º) – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

- A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuições para a seguridade social -, contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei.

- A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição da

\* Participaram do julgamento a Exma. Sra Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado)

Trata-se de imunidade fundada em aspectos subjetivos, porquanto relacionada com especiais características da pessoa que realiza as diversas hipóteses de incidência nominadas nos quatro incisos do art. 195. Refere o dispositivo a “entidades beneficentes de assistência social que atendam as exigências estabelecidas em lei”.

O propósito do instituto jurídico-tributário de que cuida o § 7º, relativamente às contribuições de custeio da seguridade social, é corolário àquele previsto no art. 150, VI c, última parte, de aplicação aos impostos sobre o patrimônio, renda e serviços. Assim, a norma constitucional de imunidade atribui proteção a entidades que atuam em espaço inicialmente reservado ao Estado, na incumbência de prestar atividades qualificadas de assistência social.

O primeiro aspecto a merecer análise para a aplicação da norma de imunidade em referência diz respeito à qualificação da atividade exercida, quanto a ser característica de assistência social.

A assistência social é uma das áreas de atuação do Estado que integra o conceito constitucional de seguridade social, tal como definido pelo art. 194 da Constituição, ao lado das atividades de saúde e de previdência social. Contudo, para a finalidade de se estabelecer o âmbito de atividades compreendidas no conceito de assistência social, como condição para se identificar a presença de um dos aspectos que ensejam a incidência da norma imunizante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se orientado por valorizar um conceito de assistência social mais amplo do que aquele tecnicamente delimitado pelo art. 203<sup>2</sup>, da Constituição Federal. Assim se verifica, por exemplo, no julgamento

da ADI 2036/MC/DF e do RE 491.538/AgR/SC<sup>3</sup>, restando autorizada a convicção de que atividade de assistência social também está presente na prestação de serviços afetos às áreas de saúde e de educação.

Outro aspecto a ser considerado e, a meu juízo, o de maior relevância, diz respeito à qualificação da entidade prestadora dos serviços assistenciais quanto a identificar-se como beneficente. Beneficente é qualidade de quem pratica o bem, beneficia, é caridoso. Não nos parece, entretanto, restringir-se a esta definição puramente semântica, a condição exigida pelo dispositivo constitucional imunizante. A norma do § 7º, do art. 195, ao delegar para o legislador infraconstitucional a função precisar os critérios ou requisitos para que a entidade que se pretende imune deva atender, cuidou de valorizar um conceito jurídico para o que se deve compreender como beneficência. Um conceito que seja fundado em referências técnico-normativas capaz de ser aferível e controlável no âmbito de exercício do poder de polícia fiscal próprio à entidade política a cuja competência tributária a imunidade serve de limite. Trata-se, pois, de imunidade condicionada, cuja efetivação pressupõe o atendimento a conceitos, critérios ou requisitos, estabelecidos em lei e sem os quais a imunidade não é reconhecida.

Embora o § 7º não atribua especial qualificação à lei a que se referiu e delegou a incumbência para delinear os referenciais necessários à disciplina integral da imunidade de que cuida, a interpretação que melhor exprime a intenção do Legislador Constitucional é a de que a matéria a ser legislada constitui reserva de lei complementar. Esta convicção decorre do quanto dispõe o art. 146, II, segundo o qual:

Art. 146 – Cabe à lei complementar:

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social. Precedente: RTJ 137/965.

Tratando-se de imunidade – que decorre – em função de sua natureza mesma, do próprio texto constitucional –, revela-se evidente a absoluta impossibilidade jurídica de a autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa, restringir a eficácia do preceito inscrito no art. 195, § 7º, da Carta Política, para, em função de exegese que claramente distorce a teleologia da prerrogativa fundamental em referência, negar, à entidade beneficente de assistência social que satisfaz os requisitos da lei, o benefício que lhe é assegurado no mais elevado plano normativo.

<sup>2</sup> Art. 203 – A assistência social será prestada a quem dele necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

<sup>3</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 1º, na parte em que alterou a redação do art. 55, III, da Lei 8.212/1991 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º, e 5º, e dos arts. 4º, 5º e 7º, todos da Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1.998.

Preliminar de mérito que se ultrapassa porque o conceito de assistência social – e que é admitido pela Constituição – é o que parece deva ser adotado para a caracterização da assistência prestada por entidade beneficentes, tendo em vista o cunho nitidamente social da Carta Magna. (ADI 2.036/DF. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 16/06/2000).

Seguridade Social. Contribuições sociais. Entidade beneficente de educação. Imunidade tributária.

1 – As entidades que prestam assistência social no campo da educação gozam da imunidade tributária prevista no art. 195, § 7º, da CF/1988.

2 – Precedentes desta Corte.

3 – Agravo regimental não provido

(RE 491538 AgR/SC. Rel. Min. Dias Tofoli. DJ de 06/06/2011).

E em se tratando de imunidade o instituto jurídico definido pelo § 7º, sua interpretação deve-se dar de forma sistemática com a exigência imposta pelo art. 146, II, citado, sobretudo por versarem matéria de igual natureza tributária e assim ligados por fundamentos e propósitos simétricos.

Até que ocorra pronunciamento definitivo e comefeito vinculante, por parte do Supremo Tribunal Federal, continuamos a sustentar a convicção de que somente por meio de lei complementar é possível regular a imunidade prevista no art. 195, § 7º e, assim, a inconstitucionalidade formal de qualquer lei ordinária que pretenda efetivar a regulamentação exigida pelo dispositivo constitucional referido. E à míngua de lei complementar específica, as relações jurídicas instauradas por entidades que se pretendem beneficentes de assistência social, devem ser regidas, por analogia consoante permissivo do art. 109, I, do Código Tributário Nacional, pelos mesmos fundamentos legais que regulamentam a imunidade prevista no art. 150, VI, c, relativamente aos impostos, quais sejam, aqueles disciplinados pelos incisos I, II e III, do art. 14, do Código Tributário Nacional<sup>4</sup>.

No caso em reexame, a convicção acerca da condição jurídica de entidade imune, argüida como causa de pedir para a anulação dos créditos constituídos, prende-se ao exame de questões fáticas que possam confirmar, ou infirmar, o atendimento das exigências legais e condicionantes para a imunidade, nos termos da lei, complementar, referida na parte final do § 7º, do art. 195, CR/88.

Ao exame do seu Estatuto Social, da entidade autora, tem-se que:

Art. 1º - A Associação Educacional do Litoral Santista, Sociedade Civil, com finalidade educativa, a seguir denominada sempre pela sigla AELIS, fundada em 10 de abril de 1971, destina-se a manter e desenvolver Unidades de Ensino Pesquisa e Extensão, como Creches, Educação Infantil, de 1º, 2º e 3º Graus, Pós Graduação, Aperfeiçoamento, Especialização, Extensão, Treinamentos e Reciclagem, na região da Baixada Santista e Litoral.

Parágrafo 1º - Na medida em que os seus recursos o permitirem, a AELIS estenderá os seus objetivos a outras áreas de ensino ou treinamento, e a outras regiões, na ordem prioritária das carências verificadas no mercado de trabalho e com o propósito de acelerar o processo de desenvolvimento regional, realizando atividades permanentes de

prestação de serviços, sem distinção de qualquer natureza.

Parágrafo 2º - A AELIS poderá manter Centros de Estudos e Pesquisa para oferecer à comunidade condições de fomentar os meios de produção, proporcionando ao alunado ambiente adequado ao desenvolvimento de suas capacidades técnicas e estágios de treinamento, indispensáveis à sua formação científica.

Parágrafo 3º - A AELIS atuará como facilitadora para auxiliar alunos carentes de recursos financeiros, na solução de seus problemas.

Parágrafo 4º - A AELIS poderá destinar parte de suas receita bruta resultante da venda de bens e serviços não integrantes do ativo imobilizado, bem como das contribuições operacionais, aos alunos considerados carentes, a critério da Diretoria Administrativa, em forma de auxílio ou bolsas totais ou parciais.

Parágrafo 5º - A instituição não faz qualquer distinção de sexo, raça, cor, ou credo religioso ou político.

Parágrafo 6º - A AELIS aplicará integralmente seus recursos e eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais e, exclusivamente no território nacional.

A par destas diretrizes a delinear seu propósito como entidade despida de finalidade lucrativa, ao exame dos documentos que instruem a petição inicial, tem-se a seguinte constatação:

É a autora entidade portadora do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, expedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social (fls. 554), em cujo órgão encontra-se assim registrada desde o ano de 1974

É entidade declarada de utilidade pública federal e, nos termos da certidão de fls. 555, expedida por órgão do Ministério da Justiça, apresentou o relatório e o demonstrativo da receita e despesa referente ao ano de 2000, de que trata o art. 4º, da Lei n. 91, de 28.08.1935 e o art. 5º do Decreto n. 50.517, de 02.05.1961.

É entidade declarada de utilidade pública municipal, nos termos da Lei n. 903 de janeiro de 1972, do Município de Cubatão/SP e Lei n. 1590, de maio de 1997, do Município de Santos (fls. 557).

Este contexto fático, à evidência, não apresenta presunção absoluta de que a autora atenda às condições fáticas para a imunidade tributária sobre as contribuições sociais exigidas. Para esta conclusão, cabe à Administração Tributária, no exercício do seu poder de polícia fiscal, promover a necessária e regular investigação para aferir se as exigências legais, entenda-se, aquelas delineadas pelo art. 14, do CTN, encontram-se atendidas.

Contudo, evidência, em razão do reconhecimento do próprio Estado, ser entidade que atua em parceria no exercício de seus propósitos,

<sup>4</sup> Art. 14 [...]

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II – aplicarem integralmente, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

na área de prestação educacional, compreendida no conceito amplo de assistência social, consoante explicitado.

No caso, observa-se pelos relatórios fiscais que motivam os atos de lançamento questionados, as seguintes razões que foram suficiente à descaracterização da condição de entidade imune e a consequente constituição do considerável crédito:

“Embora a Associação não possuía a isenção da quota patronal, usufrui desse benefício não recolhendo para o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social as contribuições relativas a esse título, quando na realidade nunca cumpriu os requisitos necessários para usufruir dos benefícios da isenção, concedidos as empresas que se dedicam a verdadeira filantropia, como fornecimento de serviços gratuitos a pessoas carentes e não remuneração de seus Diretores. As bolsas de estudo gratuitas (100%) sé RAM concedidas a funcionários e seus dependentes em substituição de parcela salarial, atletas e pessoas indicadas pela diretoria, bem como não aplicada em gratuidade anualmente o percentual mínimo estabelecido em relação à sua receita bruta, contrariando o disposto no art. 55, inciso III, e V da Lei n. 8.212/91 e art. 3º, item VI, do Decreto n. 2.536 de 06.04.98.”

Razões que pretenderam justificar a existência de crédito tributário no período de 1990 a 2000, sem informar maiores elementos, em especial,

o desatendimento dos requisitos previstos pelo art. 14, do Código Tributário Nacional, considerando, ademais, estar a entidade autora, no período em que constituído o crédito tributário, ao abrigo da formal condição de entidade filantrópica, assim reconhecida pelo Conselho Nacional de Assistência Social.

Para descaracterizar a condição de entidade imune, o ato da autoridade fiscal não pode partir de presunções, notadamente de lastimável concisão de fundamentos. Deve descrever, com necessária identificação, os fatos que, à luz da legislação de regência, seriam suficientes para a descaracterização limitação do poder de tributar, notadamente se existente há mais de 30 anos.

Providência que o relatório fiscal não tratou com a seriedade merecida, ao não dedicar mais do que um parágrafo à questão de maior relevância para a ação fiscal realizada.

Razões estas suficientes para reafirmar os pressupostos para a medida cautelar requerida e já antevistos ao tempo em que proferida a decisão liminar.

Pelo exposto, julgo procedente a ação cautelar. Arbitro os honorários em R\$ 500,00.

É o voto.

## Sétima Turma Suplementar

ApReeNec 2002.38.00.005847-2/MG

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)  
 Apelante: Fundação BDMG Seguridade Social – Desban  
 Advogada: Dra. Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel  
 Apelada: União Federal  
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
 Apelados: os mesmos  
 Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara/MG  
 Publicação: e-DJF1 de 10/01/2014, p. 560

### Ementa

*Tributário. Entidades fechadas de previdência complementar. Imposto de Renda. Incidência sobre ganhos obtidos em aplicações financeiras e superávits contábeis. Possibilidade. Bitributação. Não ocorrência. Entidade de previdência e associados. Relações jurídicas distintas. Ofensa ao princípio da isonomia tributária. Previdência privada fechada e aberta. Não ocorrência. Regimes jurídicos distintos. Violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário. Não ocorrência. Desistência de ações judiciais ou recursos administrativos. Faculdade do contribuinte. Apelações e remessa oficial improvidas.*

I. A prescrição normativa inibitória da finalidade lucrativa, para as entidades em referência, quer determinar a impossibilidade de que existam para se prestarem à geração e distribuição de proveito econômico para terceiros. Aliás, mesma vedação e mesmo propósito, que igualmente integra o regime jurídico para as imunidades

condicionadas, cujos requisitos encontram-se no art. 14, do CTN, em especial em seu inciso I, como expressão da condição preceituada pelo art. 150, VI, c, última parte, e 195, § 7º, ambos da CR/1988. Lucro é fato que ocorre independentemente da vedada finalidade de perseguir sua distribuição e cuja conceituação jurídica, para fins de incidência tributária, tem acepção consideravelmente ampla, sem necessária delimitação conceitual, tal como explícita o art. 43, § 1º, do CTN. Amplitude conceitual que também encontra abrigo, ainda que para se identificar, e impor, tratamento isonômico com o propósito de se inibir a exclusão do fato econômico renda, à luz do princípio da isonomia tributária, art. 150, II, da CR/1988. (Precedentes: AMS 200282000018436, Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 Terceira Turma, *DJ*, Data: 29/09/2008, p. 321, 188; AMS 00016997820024036000, Des. Federal Consuelo Yoshida, TRF3 Sexta Turma, *e-DJF3* Judicial 1, data:11/10/2012).

II. Ausência de bitributação. As relações jurídicas tributárias, de que são parte os contribuintes do fundo de previdência, e a Entidade que o administra, não se confundem. Constituem-se em vínculos obrigacionais distintos e autônomos, sujeitos a regimes jurídicos próprios, sendo irrelevante para obstar a incidência do Imposto de Renda em face da entidade gestora do fundo de pensão, serem os recursos provenientes dos associados. Este fato não implica identidade de base de cálculo e, notadamente, de contribuintes, respondendo cada qual por fato próprio e nos limites.

III. A controvérsia afeta à infringência ao princípio da isonomia, em face do alegado tratamento distinto, e mais gravoso, propiciado pela MPV 2.222/2001, também já mereceu apreciação e interpretação pela jurisprudência deste Tribunal, e de outros tribunais regionais federais, cuja orientação não alberga a pretensão deduzida pela apelante, sendo oportuno trazer à colação os seguintes precedentes: AMS 200239000026019, Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, TRF1 7ª Turma Suplementar, *e-DJF1*, data: 20/07/2012, p. 949; AC 200251010061016, Des. Federal Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, TRF2 Quarta Turma Especializada, *e-DJF2R*, data: 16/01/2012, p. 500-501; AMS 00316911220014036100, Juiz Wilson Zauhy (convocado), TRF3 - Judiciário em Dia - Turma C, *e-DJF3* Judicial 1, data: 29/04/2011, p. 1.079 Fonte\_republicacao; AMS 200183000239130, Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 Segunda Turma, *DJE*, data: 20/10/2011, p. 127.

IV. Entendimento da maioria da Turma acerca da desnecessidade de desistência da ação judicial para pagamento dos débitos com redução do valor da multa e juros.

V. Apelação da autora improvida. Remessa oficial e apelação da União improvidas, por maioria. Honorários em 10% sobre o valor da causa.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da autora, e, por maioria, negar provimento à remessa oficial e à apelação da União.

7ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 19/11/2013.

Juiz Federal *Carlos Eduardo Castro Martins*, relator convocado.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins:* — Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas em face de sentença que julgou parcialmente procedente pretensão formulada para que declarada inexistência de relação jurídica tributária, relativamente à exigência do Imposto de Renda, tendo por contribuinte entidade fechada de previdência privada. Concluiu a sentença por ser inconstitucional a exigência legal da imposição de desistência/renúncia de ações judiciais como condição para obter benefícios de anistia fiscal.

Em razões recursais, pede a autora, Desban-Fundação BDMG de Seguridade Social, declaração judicial de que ilegal, bem como inconstitucional, a pretensão de se exigir IRPJ, em face de fatos por ela praticados na qualidade de entidade fechada de previdência privada.

Advoga, inicialmente, estar ao abrigo de imunidade tributária, já reconhecida nos autos da ação 90.0004150-3/MG, assim sob o efeito da coisa julgada.

Quanto ao mérito da pretensão recursal, reitera que a causa de pedir não se esteia na arguição de imunidade, porquanto já repelida pelo STF. A causa de pedir tem por fundamento a não ocorrência do

aspecto fático ensejador da tipicidade indispensável à ocorrência da respectiva relação jurídica obrigacional, relativamente ao IRPJ, ao essencial fundamento de que os fundos de previdência privada não praticam lucro, mas obtêm superavit com destinação específica.

Superado este pleito, sucessivamente argui ser inconstitucional a exigência do IRPJ, sob o argumento de ocorrência de bitributação ou tributação com efeito confiscatório, já que o patrimônio da entidade autora pertence aos seus associados, os quais já submetidos à incidência tributária.

Aduz, mais, que a previsão contida na MPV 2.222/2001, sobre a incidência do IRPJ para as entidades fechadas de previdência é distinta e mais onerosa do que aquelas previstas para as entidades abertas. Destaca que a nova modalidade de apuração inserida pela MP 2.222/2001 limitou o valor do Imposto de Renda a ser pago pelas entidades de previdência abertas e fechadas ao produto do valor da contribuição da pessoa jurídica pelo percentual resultando da diferença entre a soma das alíquotas de Imposto de Renda e de CSL, e 80% da alíquota máxima da tabela progressiva do Imposto de Renda da pessoa física. Entretanto, no que tange às entidades fechadas de previdência, o cálculo do limite descrito inclui todas as contribuições de patrocinadoras, sendo que, no caso de entidades abertas de previdência, o limite em comento será calculado tomando-se como base, exclusivamente, as contribuições recebidas de pessoas jurídicas referentes a planos de benefícios firmados com novos participantes a partir de 1º de janeiro de 2002.

Também apela a União postulando a reforma da sentença na parte em que afastou a necessidade de desistência prévia como condição para o benefício fiscal da anistia concedida. No pertinente, relata que ser opcional a adesão à oportunidade legal conferida às entidades de previdência privada, que dela podem abdicar.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins:* — Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas em face de sentença que julgou

parcialmente procedente pretensão formulada para que declarada inexistência de relação jurídica tributária, relativamente à exigência do Imposto de Renda, tendo por contribuinte entidade fechada de previdência privada.

Em razões recursais, advoga, inicialmente a autora, estar ao abrigo de imunidade tributária, já reconhecida nos autos da ação 90.0004150-3/MG, assim sob o efeito da coisa julgada.

Este pleito não procede.

Na ação judicial 90.0004150/MG, não se postulou declaração para que à parte-autora fosse reconhecida a condição de imune, com eficácia inibitória plena ao exercício, pela União, de suas competências tributárias. Teve, referida ação, por objeto pontual a relação jurídica em face do IOF, sob a disciplina da Lei 8.033/1990, e, especificamente das INs 62/1990 e 98/1990, que dispuseram sobre a retenção daquele imposto, na fonte, independentemente a condição jurídica especial do contribuinte.

Dentre os fundamentos jurídicos para o pedido formulado, a afirmação de que entidade imune foi apenas um, dentre outros diversos, destacando-se a violação aos princípios da capacidade contributiva, anterioridade, irretroatividade, bem como a ausência de tipicidade tributária pela não incidência do fato atribuído às autoras, quanto a ser gerador do IOF.

A sentença acolheu o pedido para declarar a inexistência de relação jurídica que obrigue as requerentes a efetuar o pagamento de IOF sobre suas aplicações no mercado financeiro e condenando a ré na restituição dos valores recolhidos àquele título.

A propósito da coisa julgada, em especial sua eficácia e limites, tenho por oportuno lembrar o que preceituam os arts. 467 e 469, do Código de Processo Civil:

Art. 468 - A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 469 - Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

Embora as razões de decidir tenham, àquele tempo, atribuído referência à limitação do poder de tributar prevista no art. 150, VI, c, da CR/1988, tais razões

\* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado).

representaram, tão somente, o raciocínio imprimido pela sentença para nortear sua convicção para acolher o pedido. Tais fundamentos, conquanto relevantes, a teor da norma processual citada não induzem a garantia de imutabilidade da sentença, nos termos em que pretendida nesta ação. A imutabilidade é restrita à relação jurídica resolvida pela sentença.

Tenho por afastada a pretensão de coisa julgada relativamente à incidência, ilimitada, da norma prevista no art. 150, VI, c, da CR/1988.

Quanto ao mérito, postula a apelante declaração judicial de que ilegal, bem como inconstitucional, a pretensão de se exigir o IRPJ em face de fatos praticados na qualidade de entidade fechada de previdência privada. A causa de pedir tem por fundamento a não ocorrência do aspecto fático ensejador da tipicidade indispensável à ocorrência da respectiva relação jurídica obrigacional, ao essencial fundamento de que os fundos de previdência privada não praticam lucro, suporte fático para ambas as exações.

A razão determinante para censurar a exigência pretendida pela Fazenda Pública reside na peculiaridade do regime jurídico definido para as entidades fechadas de previdência privada, seja pela Lei 6.435/1977, arts. 4º, § 1º, e 5º, II, estabelecem que referidas entidades além de não poderem ter fins lucrativos, devem se organizar sob a forma de sociedades civis ou fundações.

Este regime aspecto do regime jurídico foi preservado na Lei Complementar 109/2001, destacando-se os arts. 12, 31 e 32:

Art. 12 – Os planos de benefícios de entidades fechadas poderão ser instituídos por patrocinadores e instituidores, observado o disposto no art. 31 desta Lei Complementar.

Art. 31 – As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e

II – aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

§ 1º - As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

Art. 32 – As entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.

Parágrafo único. É vedada às entidades fechadas a prestação de quaisquer serviços que

não estejam no âmbito de seu objeto, observado o disposto no art. 76.

A descrição normativa acerca da condição de entidade sem fim lucrativo não possui, por si só, a presunção absoluta de não ocorrência do fato e base tributáveis para o IRPJ.

A prescrição normativa inibitória da finalidade lucrativa, para as entidades em referência, quer determinar a impossibilidade de que existam para se prestarem à geração e distribuição de proveito econômico para terceiros. Aliás, mesma vedação e mesmo propósito, que igualmente integra o regime jurídico para as imunidades condicionadas, cujos requisitos encontram-se no art. 14 do CTN, em especial em seu inciso I, como expressão da condição preceituada pelo art. 150, VI, c, última parte, e 195, § 7º, ambos da CR/1988.

Lucro é fato, que ocorre independentemente da vedada finalidade de perseguir sua distribuição e cuja conceituação jurídica, para fins de incidência tributária, tem acepção consideravelmente ampla, sem necessária delimitação conceitual, tal como explicita o art. 43, § 1º, do CTN:

Art. 43 – O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º - A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

Amplitude conceitual que também encontra abrigo, ainda que para se identificar, e impor, tratamento isonômico com o propósito de se inibir a exclusão do fato econômico renda, à luz do princípio da isonomia tributária, a saber:

Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Postas estas premissas, é desprovida de maior consistência jurídica a pretensão de que as entidades fechadas de previdência privada, conquanto não instituídas com a finalidade lucrativa, o resultado eventualmente existente qualifica-se como superávit, conceito que não se identifica com o de lucro.

A propósito desta convicção, a orientação firmada nos julgados a seguir:

TRIBUTÁRIO. ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. IRRF E CSLL INCIDENTES, ANTES DA MP Nº 16/2001, SOBRE GANHOS OBTIDOS EM APLICAÇÕES FINANCEIRAS E SUPERAVITS CONTÁBEIS. POSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. IMPROVIMENTO DO APELO.

1. O fato de as entidades fechadas de previdência não perseguirem fins lucrativos, conforme disposição contida na legislação de regência (Lei Complementar nº 109/01, Art. 12, parágrafo 1º), não as exime da incidência do imposto de renda, nem da contribuição social sobre o lucro líquido; a vedação representa apenas um limite ao destino dado aos acréscimos patrimoniais da entidade (impedindo a partição entre os associados, dado que a única vocação do empreendimento é a manutenção dos benefícios que concede, cf. Art. 20 da referida lei), e não um impedimento ao ganho em si (verdadeira obtenção da disponibilidade econômico-financeira), ocorrência que é própria do ser, e não do dever-ser;

2. Assim, é legal a cobrança da CSLL relativa aos fatos geradores anteriores a 1º de janeiro de 2002, assim como a cobrança do IRRF resultante da geração de lucros pelas entidades de previdência privada fechadas (ainda quando, repete-se, não tenham finalidade lucrativa), em razão de estarem compreendidas no campo de incidência dos tributos em comento; a partir da data referida, não se faz a incidência tributária - e não há lide neste aspecto --, mercê de isenção contida na MP nº 16/2001;

3. Apelação improvida. (AMS 200282000018436, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 - Terceira Turma, DJ - Data: 29/09/2008 - p. 321 - n. 188.)

AGRAVO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA.

1. Especificamente com relação à CSLL, foi editada a Medida Provisória n.º 16, de 27/12/2001, posteriormente convertida na Lei n.º 10.426, de 24/04/2002. Nesse passo, há que se ressaltar que o writ originário foi impetrado quando já vigente a norma isentiva, razão pela qual, tenho que falece à apelante o interesse processual no tocante à exigibilidade da CSLL, mormente se considerado

que a via mandamental não se presta à obtenção de efeitos patrimoniais pretéritos (Súmula STF n.º 271).

2. De outra parte, no que concerne à exigibilidade do IRRF, não obstante a Lei Complementar n.º 109/2001 estabeleça em seu art. 31, § 1º, que as entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, é forçoso reconhecer que o lucro pode vir a ocorrer, independentemente de ser este o objetivo da fundação ou sociedade civil assim organizadas.

3. A designação empregada pela apelante à receita obtida pela entidade, qual seja, superávit, ao invés, de lucro, em nada altera o significado do resultado positivo, que, vindo a ocorrer, representa acréscimo patrimonial para fins de incidência do imposto de renda, nos termos do art. 43 do CTN. 4. O próprio art. 43, § 1º, do CTN, prescreve que a incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

5. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática. 6. Agravo legal improvido. (AMS 00016997820024036000, Des. Federal Consuelo Yoshida, TRF3 - Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 Data: 11/10/2012 . Fonte\_republicacao.)

Não se verifica também a ocorrência de dupla incidência sobre a mesma base tributada, ao ponto de caracterizar bitributação, como pretende a apelante.

As relações jurídicas tributárias, de que são parte os contribuintes do fundo de previdência, e a entidade que o administra, não se confundem. Constituem-se em vínculos obrigacionais distintos e autônomos, sujeitos a regimes jurídicos próprios, sendo irrelevante para obstar a incidência do Imposto de Renda em face da entidade gestora do fundo de pensão, serem os recursos provenientes dos associados. Este fato não implica identidade de base de cálculo e, notadamente, de contribuintes, respondendo cada qual por fato próprio e nos limites.

As entidades fechadas de previdência privada são sociedades civis com patrimônio próprio. Todas as contribuições vertidas pelos participantes e pelas patrocinadoras, bem como o resultado dos investimentos, pertencem à pessoa jurídica da entidade. Não existem quotas-partes individuais e as reservas técnicas não são patrimônio do participante. Há apenas um direito obrigacional (de garantir um benefício futuro: entre os participantes e a sociedade e apenas para tanto - garantia do benefício - preste-se o patrimônio global da sociedade o que autoriza concluir que não há obrigatoria equivalência entre o valor vertido pelo participante e o seu futuro benefício (AC 200371000532180, Dirceu de Almeida Soares, TRF4 - Segunda Turma, DJ 17/05/2006 p. 657)

A controvérsia afeta à infringência ao princípio da isonomia, em face do alegado tratamento distinto, e mais gravoso, propiciado pela MPV 2.222/2001, também já mereceu apreciação e interpretação pela jurisprudência deste Tribunal, e de outros tribunais regionais federais, cuja orientação não alberga a pretensão deduzida pela apelante, sento oportuno trazer à colação os seguintes precedentes:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ABRAPP - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. IR. CSSL. ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. INCIDÊNCIA. DESEQUIPARAÇÃO LEGAL EM RELAÇÃO ÀS ENTIDADES ABERTAS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. “As entidades fechadas de previdência complementar não estão desobrigadas ao recolhimento da Contribuição Social Sobre o Lucro (CSSL) e do Imposto de Renda (IR). A CSSL é devida pelas entidades de previdência complementar fechadas (sem fins lucrativos) desde o advento da Lei nº 8.212/91 (art. 23, c.c. 22, § 1º). A isenção a esse recolhimento só poderia se dar, como de fato se deu, no ano de 2002, após o ajuizamento da lide, por força de lei. A tese de que não possui lucro não prospera. Havendo resultado positivo (econômico-financeiro) em suas operações diversas (superávit), tal resultado é suficiente, à luz do artigo 195, caput, da Constituição Federal para justificar a incidência tributária à luz do postulado da solidariedade social de que se revestem as contribuições aí previstas. Não tem nenhuma importância para a determinação da efetiva existência do lucro ter a entidade finalidade lucrativa ou não, bastante sua ocorrência material (lucro), a exigência fiscal mostra-se legítima. Quanto ao imposto de renda, o mesmo raciocínio há de ser empregado: auferindo riqueza - signo presuntivo de riqueza qualquer - deve incidir a tributação prevista no artigo 43 do CTN. A Jurisprudência já orienta no sentido de que “o patrimônio das entidades fechadas de previdência privada compõe-se de valores provenientes das contribuições de seus participantes, de dotações da própria entidade e de aporte do patrocinador, enfim, mesmo que não possuam fins lucrativos, é cabível a incidência do imposto de renda e da contribuição sobre o lucro, pois na sua atividade captam e administram os recursos destinados ao pagamento de benefícios de seus associados” (TRF4, AC 2002.71.00.005862-3). A desequiparação legal das entidades fechadas das abertas de previdência complementar, no tocante à forma de recolhimento do Imposto de Renda (art. 2º, § 3º, da MP 2.222/2001), não ofende postulados constitucionais, em especial o da isonomia.” (AMS 200161000316914, rel. Juiz Wilson Zauhy, - 284036, DJF3 CJ1 Data: 29/04/2011, p. 1079, Judiciário Em Dia - Turma C). Precedentes da 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões, envolvendo a mesma Impetrante.

2. Apelação a que se nega provimento. (AMS 200239000026019, Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, TRF1 - 7ª Turma Suplementar, e-DJF1 Data: 20/07/2012, p. 949.)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - IRPJ - ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - INCIDÊNCIA - CAPACIDADE CONTRIBUTIVA - EXISTÊNCIA - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. 1. Trata-se de apelação interposta por PREVUNIÃO - SOCIEDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, em face da sentença de fls. 111/118, que julgou improcedente o pedido do autor para que se declarasse a inexistência de relação jurídico-tributária que o obriga a recolher imposto de renda de pessoa jurídica.

2. Inicialmente, não prospera a afirmação de que as entidades fechadas de previdência privada, por subordinarem-se a legislação específica, que expressamente não prevê a cobrança do imposto de renda, por si só, as dispensa do pagamento do referido tributo. É que tal exação está fundada em legislação própria, que institui o imposto, a qual, por sua vez, tem fundamento de validade na própria CRFB/88, além de ter as normas gerais a ele referentes estatuídas no CTN.

3. Em segundo lugar, afirma que não detém capacidade contributiva, por não perseguir fins lucrativos, exatamente porque todo o seu resultado patrimonial positivo estar vinculado à satisfação de suas obrigações perante os seus beneficiários. Também aqui não vislumbro a plausibilidade da tese.

4. É que o simples fato de não se tratar de entidade que persiga fins lucrativos, isso não impede a incidência do imposto sobre a sua renda, tal como afirmou a juíza federal em sua sentença. Ademais, esse entendimento é consentâneo com a jurisprudência dos tribunais pátrios.

5. Finalmente, também tenho por descabido o argumento manejado pela apelante, no sentido de que a sua tributação seria inadmissível, por violar o princípio da isonomia tributária, já que regime diverso seria outorgado às entidades abertas de previdência.

6. Não vislumbro violação ao princípio da isonomia quando entre as entidades de previdência aberta e fechada são fixados certos parâmetros distintivos no regime jurídico aplicável. De fato, não se pode pretender que determinado grupo isolado, matizado pela pertença a certa e determinada categoria seja beneficiado com o esforço arrecadatório que é suportado por toda a coletividade para obter isenções sobre recursos que serão empenhados em ações que serão restritamente aplicáveis.

7. Com isso, deixo clara a diversidade de classes em que se encontram as entidades abertas e fechadas de previdência privada, a justificar um

tratamento tributário diferenciado, sem qualquer mácula ao princípio da isonomia tributária.

8. Apelação do AUTOR desprovida. (AC 200251010061016, Des. Federal Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, TRF2 - Quarta Turma Especializada, e-DJF2R - Data: 16/01/2012 - p. 500-501.)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. IMPUGNAÇÃO DE EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO MANDAMENTAL. IR. CSL. ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. INCIDÊNCIA. DESEQUIPARAÇÃO LEGAL EM RELAÇÃO ÀS ENTIDADES ABERTAS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. Deve ser afirmada (1) a adequação do mandado de segurança para discussão dos temas tributários, vez que não busca a entidade autora discutir lei em tese, mas sim debater a incidência de tributação que gera efeitos concretos e imediatos na esfera de direito de seus substituídos, bem ainda (2) a legitimidade ativa ad causam da entidade impetrante - ABRAPP - Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, dado que além de preencher o requisito temporal previsto no artigo 5º, LXX, b, da Constituição Federal, tem autorização estatutária para “representar e substituir suas Associadas em seus pleitos judiciais ou extrajudiciais, nos termos previstos na Constituição Federal” (art. 1º, VII de seus Estatutos); ademais, a Constituição Federal, quando trata do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX) não traz nenhuma limitação temática quanto ao exercício dessa garantia, bastando que ocorra ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública.

2. As entidades fechadas de previdência complementar não estão desobrigadas ao recolhimento da Contribuição Social Sobre o Lucro (CSSL) e do Imposto de Renda (IR).

3. A CSSL é devida pelas entidades de previdência complementar fechadas (sem fins lucrativos) desde o advento da Lei nº 8.212/91 (art. 23, c.c. 22, § 1º). A isenção a esse recolhimento só poderia se dar, como de fato se deu, no ano de 2002, após o ajuizamento da lide, por força de lei.

4. A tese de que não possui lucro não prospera. Havendo resultado positivo (econômico-financeiro) em suas operações diversas (superávit), tal resultado é suficiente, à luz do artigo 195, caput, da Constituição Federal para justificar a incidência tributária à luz do postulado da solidariedade social de que se revestem as contribuições aí previstas.

5. Não tem nenhuma importância para a determinação da efetiva existência do lucro ter a entidade finalidade lucrativa ou não, bastando sua ocorrência material (lucro), a exigência fiscal mostra-se legítima.

6. Quanto ao imposto de renda, o mesmo raciocínio há de ser empregado: auferindo riqueza - signo presuntivo de riqueza qualquer - deve incidir a tributação prevista no artigo 43 do CTN.

7. A Jurisprudência já orienta no sentido de que “o patrimônio das entidades fechadas de previdência

privada compõe-se de valores provenientes das contribuições de seus participantes, de dotações da própria entidade e de aporte do patrocinador, enfim, mesmo que não possuam fins lucrativos, é cabível a incidência do imposto de renda e da contribuição sobre o lucro, pois na sua atividade captam e administram os recursos destinados ao pagamento de benefícios de seus associados” (TRF4, AC 2002.71.00.005862-3).

8. A desequiparação legal das entidades fechadas das abertas de previdência complementar, no tocante à forma de recolhimento do Imposto de Renda (art. 2º, § 3º, da MP 2.222/2001), não ofende postulados constitucionais, em especial o da isonomia.

9. Apelo da parte impetrante a que se nega provimento. Remessa oficial e apelação da União Federal providas. (AMS00316911220014036100, JUIZ CONVOCADO WILSON ZAUHY, TRF3 - JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA C, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/04/2011 PÁGINA: 1079 .FONTE\_REPUBLICACAO:.)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA. ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. RENÚNCIA. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - IRPJ. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.222/2001. ISONOMIA COM ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E SOCIEDADES SEGURADORAS.

1. A ASSOCIAÇÃO DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - ABRAPP está legitimada a impetrar mandado de segurança coletivo, na defesa dos interesses de suas associadas, atinentes à incidência de contribuição social sobre o lucro líquido e imposto de renda. 2. Ficam homologadas as renúncias de algumas de suas filiadas. Não há que se falar em necessidade da outorga de poderes especiais, porque os expedientes em que explicitadas foram firmados pelos seus próprios dirigentes.

3. As entidades associadas à impetrante desenvolvem suas atividades com o objetivo precípuo de promover o incremento patrimonial, ensejando a ocorrência dos fatos geradores de incidência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ.

4. Mesmo que não tenham finalidade lucrativa, as ditas entidades auferem resultados positivos que justificam a incidência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSL. O custeio da seguridade social reclama a participação solidária de toda a sociedade.

5. Não é possível, a pretexto de assegurar tratamento isonômico, conferir às entidades fechadas de previdência complementar a sistemática de cálculo do tributo atribuída, especificamente, pelo artigo 6º, da Medida Provisória nº 2222/2001, a entidades abertas de previdência complementar e sociedades seguradoras.

6. Homologação das renúncias. Apelação da FAZENDA NACIONAL e Remessa Oficial providas. Apelação da impetrante improvida. (AMS 200183000239130, Des. Federal Élio Wanderley

de Siqueira Filho, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 20/10/2011 - p. 127.)

Por fim, surge-se a União em face da sentença na parte em que considerou inaplicável, por ofensa aos princípios da razoabilidade e do livre acesso ao Poder Judiciário, o dispositivo constante da MPV 2.222/2001, que condicionou a concessão dos benefícios fiscais do pagamento com redução do crédito à desistência de ações judicial ou de recursos administrativos.

Procede o pleito recursal da União.

O regime jurídico especial estabelecido pela MPV 2.222/2001, para permitir o pagamento dos débitos com redução no valor da multa e juros, não é obrigatório. É facultativo para o contribuinte, que tem a liberdade de avaliar o risco de se prosseguir na discussão judicial sobre a inexistência da relação jurídica obrigacional, nos termos em que exigida.

Esta faculdade justifica a condição estabelecida no dispositivo legal acerca da necessidade de desistência acerca do questionamento sobre a exação em referência, não sendo, por isto, ofensiva ao princípio constitucional previsto no art. 5º, XXXV, da CR/1988.

Sob outro aspecto, seria incompatível com a razoabilidade, admitir o pagamento da obrigação com os benefícios da redução do seu valor, implicando nítido reconhecimento da obrigação, e ao mesmo tempo persistir no intento de demandar sobre sua inconstitucionalidade ou ilegalidade. Se tal providência fosse admitida à luz da legislação tributária, certamente não seria admissível à luz da legislação processual civil, por caracterizar ausência de interesse processual, suficiente à extinção do processo na forma do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

A par destas considerações, também quanto a este ponto, oportuno colacionar a orientação jurisprudencial já firmada no âmbito dos Tribunais Regionais Federais:

TRIBUNÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO CÍVEL. EXIGÊNCIAS DA MP Nº 2.222/01. REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO. 1 - Pretende o impetrante, em síntese, impedir a superveniência de ato que, de seu ponto de vista, por força da MP nº 2.222/01, condicionaria sua opção pelo Regime Especial de Tributação estabelecido no mencionado dispositivo à desistência da tutela jurisdicional e de processos administrativos.

2 - Na ação ordinária nº 2002.51.01.007746-2, o autor busca declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que o obrigue a recolher quaisquer tributos incidentes sobre os rendimentos auferidos, em razão de sua imunidade, e, ainda, subsidiariamente, requer declaração de inexistência

de relação jurídico-tributária que o obrigue ao recolhimento de imposto de renda e contribuição social sobre o lucro, levantando os depósitos, e/ou restituição de quaisquer valores recolhidos a título de tributos supostamente incidentes sobre os rendimentos auferidos nas aplicações realizadas. (fls. 516)

3 - Realmente, dizem respeito a causas distintas, ainda que entre as duas ações seja possível vislumbrar algum vínculo consistente no fato da impetrante, em ambas, invocar a sua alegada imunidade.

4 - Inexiste a prejudicialidade externa requerida no sentido de suspender o presente processo, visto que independe da declaração de inexistência de relação jurídico-tributária nos autos da ordinária a ordem aqui perseguida para assegurar o ingresso no Regime Especial de Tributação da MP 2.222/01, com anistia de multa e juros moratórios, dispensadas as exigências dos §§ 1º e 3º, do art. 5º.

5 - No que se refere à anistia instituída pela MP nº 2.222/01, que estabelece, como pré-requisito para as pessoas jurídicas interessadas, a desistência expressa e irrevogável das ações que tenham por objeto os tributos em questão, ressalte-se que, de fato, uma norma infraconstitucional jamais poderia impedir a fruição de um direito fundamental, a saber, o direito à prestação jurisdicional, esculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna. Entretanto, não é isso que ocorre na hipótese em exame, na qual um ato normativo estabeleceu a possibilidade de concessão de um favor fiscal, a critério do contribuinte, mas que para dele se valer deverá preencher os requisitos e condições específicos, dentre eles a desistência das ações respectivas.

6 - A pretensão da impetrante de aderir à anistia prevista no art. 5º da MP 2.222/01, sem a renúncia ao direito de questionar a sua respectiva cobrança, não merece prosperar, já que é uma das condições exigidas para se alcançar a isenção desejada, não havendo como se conceder a vantagem pretendida.

7 - O benefício em tela é mera faculdade. O pagamento de débitos tributários vencidos, sem multa ou juros de mora, não é direito subjetivo do contribuinte. A Administração Fazendária concede esta benesse, condicionando-a à desistência dos feitos judiciais e administrativos que tenham por objeto o questionamento dos tributos beneficiados, sendo legítima a exigência das referidas condições, não havendo, inclusive, que se falar em transação, visto que estamos diante do instituto da anistia.

8 - A impetrante não se ajusta ao disposto no artigo transcrito, quanto às condições para o benefício desejado, sendo impossível dar-se interpretação extensiva. Deve ser consignado que a Suprema Corte tem firme entendimento a respeito da impossibilidade de o Judiciário ampliar favor fiscal em descompasso com o legislador.

9 - A desistência e a renúncia caracterizam-se por faculdades do devedor (podendo por ele ser recusadas), em função de um benefício fiscal consistente na possibilidade de pagar o seu débito de maneira facilitada, desonerado de multas e juros, o que, portanto, não afronta a garantia descrita no art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional.

10 - Agravo Interno desprovido. (AMS 200251010012753, Des. Federal Sandra Chalu Barbosa, TRF2 - Terceira Turma Especializada, E-DJF2R - Data: 09/05/2011 - p. 242-243.)

TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR DE DEPÓSITO. LEI Nº 10.637/2002. ANISTIA FISCAL. RENÚNCIA. AÇÃO PRINCIPAL. REQUISITO LEGAL. LEVANTAMENTO PARCIAL DOS DEPÓSITOS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO CUMPRIDOS EM SUA TOTALIDADE.

O art. 182 do CTN prevê a concessão de anistia condicionada ao preenchimento de determinadas condições, cujo favor fiscal será efetivado por despacho específico da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos fixados na lei. Essa decisão não gera direito adquirido e será revogada sempre que se apure que as condições e os requisitos não restaram atendidos.

A Lei nº 10.637/2002 facultou ao contribuinte a regularização de seus débitos, mediante o respectivo pagamento, em parcela única, a ser feito até o último dia útil de janeiro de 2003, com a incidência de juros pela TJLP e dispensa da multa, observados os seguintes requisitos: a) comprovação da desistência da ação, com renúncia ao direito sobre a qual ela se funda; b) inexistência de débitos vencidos de maio a dezembro de 2002, ou, alternativamente, quitação integral deles até o último dia útil de janeiro de 2003.

Não tendo renunciado ao direito postulado na ação principal, a requerente não faz jus ao benefício do artigo 13 da Lei nº 10.637/2002 e, em decorrência ao levantamento de eventual excedente, após os descontos legais.

Agravo Regimental provido para determinar a conversão em renda da União da integralidade dos valores depositados judicialmente. (MC 00162266619974030000, Des. Federal Marli Ferreira, TRF3 - Quarta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 04/07/2011, p. 546. FONTE\_REPUBLICACAO:.)

Por estes fundamentos, *nego provimento* à apelação da autora. *Dou provimento* à remessa oficial e à apelação da União. Improcedente o pedido, arbitro os honorários de sucumbência em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

É como voto.

## Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo:* — Senhora presidente, já que não estamos tratando da imunidade, e isso não foi tratado na outra ação, a questão, para mim, resta superada, e, no restante, acompanho sua excelência, porque, havendo acréscimo, tem que ser tributado a título de Imposto de Renda, independentemente da forma de contabilidade ou a nomenclatura que se dê a esse acréscimo. Então, acompanho o relator.

## Voto-Vogal

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Peço vênia ao relator para divergir de sua excelência especialmente no que a sentença reconheceu. A sentença entendeu, ao enfoque de inconstitucionalidade, o fato de a lei obrigar o contribuinte a renunciar ao direito em que se funda a ação, e, nesse sentido, afastou essa obrigatoriedade. Salvo engano foi o que ficou consignado na sentença. Então, nesse aspecto, já de início, peço vênia a vossa excelência, divergindo, para que se mantenha, nesse ponto, a sentença.

No mais, há o enfrentamento do Supremo Tribunal Federal, que já afetou ao plenário virtual essa questão no RE 612686 de Santa Catarina, justamente enfrentando a inconstitucionalidade do art. 1º da MP 2.222, que se refere às entidades fechadas que não têm finalidades lucrativas. Essa angústia do contribuinte, na verdade, com essas administradoras de fundos de pensão que não tenham efetivamente só as patrocinadoras, mas, sim, os beneficiários que passam a contribuir, é muito grande, realmente a advogada da tribuna disse muito bem. Essas aplicações financeiras vão verter em benefício do próprio beneficiário do programa de pensão, e o Supremo Tribunal Federal já entendeu que há uma imunidade/isenção no que se refere àquelas entidades fechadas em que somente os patrocinadores contribuem, sem a presença dos beneficiários, empregados etc. A grande questão fica por conta das entidades que não têm fim lucrativo nenhum, que convergem esses valores em benefício dos próprios beneficiários, porque, na verdade, infelizmente, vivemos num país em que há uma insegurança, uma instabilidade econômica muito grande, ou seja, quem busca um fundo de pensão busca uma segurança futura de uma aposentação com mais dignidade. Logicamente, esses fundos têm essa fórmula de administrar, porque, na verdade, o que vão recolher, no máximo, são aquelas taxas de administração que convergem para o próprio

funcionamento do fundo. Tenho grande esperança de que o Supremo Tribunal Federal enfrente isso, porque são situações iguais com tratamento desigual. A realidade é essa. O enfrentamento, aqui, refere-se ao art. 150 e ao art. 195, porque há essa divergência, há essa inconstitucionalidade aparente.

A jurisprudência pacífica, contundente é no sentido do voto de sua excelência. Já me enfrentei por vezes a mim mesma em processos dessa natureza, porque entendo que, aqui, haverá uma bitributação, com certeza, até porque aquele beneficiário que contribuiu já foi tributado na fonte. Ao receber, vai ser tributado de novo? O fundo de pensão é tributado? Existe lucro que possa conferir contribuição social sobre o lucro líquido? Não tem. Então, o que se tem que buscar é trazer uma interpretação da norma de forma contundente aos fatos concretos, à questão concreta. Então, essa angústia é muito grande. Hoje, não ousa ainda ultrapassar essa jurisprudência porque, infelizmente, estamos em um Tribunal de passagem, gostaria que tudo terminasse aqui. Às vezes, levamos o jurisdicionado a uma aventura jurídica. De repente, o meu convencimento converge com o convencimento do jurisdicionado, mas sei que a jurisprudência toda é contrária. Por vezes isso é a grande angústia dos juízes, e tenho certeza de que isso passa pelos senhores, porque aqui nos chega uma realidade, e a jurisprudência é outra.

Assim, peço vênia à advogada, neste momento ainda não estou em condições de fazer esse enfrentamento, porque, particularmente, estou aguardando essa decisão do Supremo Tribunal Federal. Espero que leve logo para esse julgamento e que enfrente tudo que tenha que ser enfrentado de acordo com o entendimento já sufragado pelo Supremo Tribunal Federal naquilo que se refere às entidades fechadas sem a contribuição dos beneficiários. Peço vênia também ao relator para manter integralmente a sentença.

## Aditamento ao Voto

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo:* — Senhora presidente, preciso, então, complementar o voto. Não tratei dessa primeira parte que vossa excelência tratou, só acompanhei o relator. Realmente, entendo como vossa excelência entendeu quanto a essa parte da sentença. Não há uma imposição e uma obrigatoriedade nessa renúncia. A sentença tratou do restante?

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins:* — Sim, julgou improcedente o restante.

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Nós mantemos a sentença, negamos provimento às apelações e à remessa.

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo:* — E mantemos a sentença?

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Mantendo a sentença incólume. Tenho voto nesse sentido, num brilhante trabalho do Professor Ives Gandra, no sentido da inconstitucionalidade gritante da imposição de que não é um benefício fiscal. Na verdade, é uma imposição inconstitucional. Posso acompanhar vossa excelência.

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo:* — Mas, aí, ficaria o voto do relator.

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Na verdade, estaríamos divergindo do relator, porque ele está dando provimento à apelação e à remessa justamente para reformar a sentença neste ponto. Aí, estaríamos negando provimento às apelações e à remessa. Vossa excelência lavra o acórdão.

*O Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins:* — Reformei a sentença nesse ponto. A sentença chegou e disse que o § 1º do art. 5º da MP não pode exigir a desistência ou a renúncia do direito, e tenho entendimento de que pode porque o benefício que a parte...

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo:* — Esse direito seria...

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Seria esse ponto da obrigatoriedade de renunciar ao direito que se funde a ação para os benefícios fiscais.

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo:* — Mas eu, votando depois, ainda ficaria com o processo?

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Mas aí vou acompanhar vossa excelência.

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo:* — Então, entendo que não é passível, ficaríamos com o julgamento, mudaríamos a sentença...

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Não, manteríamos a sentença.

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo:* — Manteríamos a sentença, e a sentença, examinando o restante, terminou julgando improcedente. Então, meu voto é este.



## Agravo de Instrumento 0001217-25.2014.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado)  
Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Agravada: Agropecuária Adail Batista Coelho e Filhos Ltda.  
Publicação: e-DJF1 de 31/01/2014, p. 1.213-1.214

### Decisão

Trata-se de agravo de instrumento (fls. 2-12) interposto pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), com pedido de antecipação de tutela, contra decisão (fls. 13-14) proferida pelo MM. juiz federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, que, nos autos da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa 67780-81.2013.4.01.3800 proposta pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária contra Agropecuária Adail Batista Coelho e Filhos Ltda., ora agravada, determinou o depósito, no prazo de 10 (dez) dias, do valor deduzido da oferta a título de “passivo ambiental”, sob pena de indeferimento da inicial.

Alega o agravante, em síntese, que:

– “[...] Em 05/12/2013 o INCRA ajuizou ação de desapropriação para reforma agrária, visando a adquirir o imóvel rural denominado Fazenda Bom Jardim, com área medida de 980,2401 hectares, situado na divisa dos municípios de Mathias Lobato e Governador Valadares, Minas Gerais – distribuída a 12ª Vara Federal de Minas Gerais e tombada sob o nº 67780-81.2013.4.01.3800.

– O INCRA ofertou indenização prévia de R\$ 3.666.028,91, assim discriminada: (a) pela terra nua R\$ 3.666.028,91, em títulos da dívida agrária (TDAs) e (b) pelas benfeitorias: R\$ 278.120,65, em dinheiro (doc.4).

– Sucede, porém, que o Incra identificou danos ambientais na Fazenda Bom Jardim, vindo a estimar em R\$ 133.084,98, o custo para reparação deles. Em função disso, o INCRA abateu do valor da terra nua o cogitado custo de recomposição ambiental, ofertando indenização, pelo VTN, de R\$ 3.666.028,91.

– Ao despachar a petição inicial, o Juízo da 12ª VF/MG proferiu a decisão agravada, que no único ora objeto de recurso entendeu que o desconto unilateral do custo de recomposição do meio ambiente infringiria jurisprudência da Segunda Seção desse egrégio TRF-1, com base no que determinou ao INCRA, no prazo de 10 (dez dias), o depósito do valor deduzido a título de passivo ambiental (doc.1).

– “[...] É que a decisão determinou à autarquia o depósito, em dez dias, do valor de R\$ 133.284,98. A decisão, no caso, operou-se como uma espécie de ordem de emenda da inicial expropriatória.

– Por certo, a não realização do depósito implicará o indeferimento da petição inicial e a extinção da ação expropriatória, o que significaria dano processual extremamente grave ao INCRA.

– A par disso, o prazo de 10 dias, assinado pela decisão agravada, é inexecutável, pois falta à autarquia disponibilidade orçamentária imediata de R\$ 133.084,98, em TDA’s”.

Diante disso, requer seja conhecido o presente agravo, para que seja reformada a decisão, afastando-se a ordem de depósito do valor correspondente ao passivo ambiental do imóvel objeto do feito.

Decido.

A decisão agravada encontra-se assim fundamentada:

*Trata-se de ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, em que o INCRA pretende a concessão de medida liminar para deferir sua imissão na posse da denominada “Fazenda Bom Jardim”, situada nos Municípios de Mathias Lobato/MG e Governador Valadares/MG, com área registrada de 966,9100 há. (novecentos e sessenta e seis hectares e noventa e um ares) e medida de 980,2401 há (novecentos e oitenta hectares, vinte e quatro ares e um centiare).*

*– No âmbito administrativo, o INCRA avaliou o imóvel em R\$ 3.944.208,77 (três milhões, novecentos e quarenta e quatro mil, duzentos e oito reais e setenta e sete centavos) e ofertou, a título de justa indenização, a importância de R\$ 3.666,028,91 (três milhões, seiscentos e sessenta e seis mil, vinte e oito reais e noventa e um centavos), já descontado o “passivo ambiental”, no importe de R\$ 133.084,98 (cento e trinta e três mil, oitenta e quatro reais e noventa e oito centavos) e R\$ 278.120,65 (duzentos e setenta e oito mil, cento e vinte reais e sessenta e cinco centavos pelas benfeitorias), em dinheiro, pelas benfeitorias).*

*– Outrossim, na peça de ingresso, informou a autarquia que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região determinou, no bojo do Mandado de Segurança 76530-77.2010.4.01.3800, “a suspensão do processo administrativo de desapropriação enquanto*

*não decorridos dois anos da desocupação do imóvel rural pelos trabalhadores rurais” e que este óbice não mais subsiste, pois a condição citada naquele julgado concretizou-se desde maio de 2012, conforme decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nos autos do Agravo de Instrumento 1.00024.09.729583-6/004, em razão de sua desocupação em 07/05/2010.*

*[...] Na concreta situação dos autos, a desapropriante deduziu do valor da oferta montante por ela apontado como necessário para recuperação da área degradada do imóvel. Sobre o tema, a recente jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região firmou-se no sentido de ser incabível o abatimento unilateral da parcela relativa ao “passivo ambiental” no valor da indenização a ser depositado por ocasião do ajuizamento da ação expropriatória. (Cf. AG 52124-43.2010.4.01.0000/BA [...])”*

*– A par disso, a petição inicial não está instruída com o comprovante de depósito do valor das benfeitorias, a cópia da decisão proferida no citado writ e nem da certidão de trânsito em julgado da ação constitucional e daquela outra, proferida pelo TJMG, elucidativa sobre a data da desocupação do imóvel, peças indispensáveis para o processamento da ação.*

*– À vista do exposto, determino ao desapropriante que deposite, no prazo de 10 (dez) dias, o valor por ele deduzido da oferta a título de “passivo ambiental” e junte aos autos os documentos indispensáveis para a propositura da ação, sob pena de indeferimento da inicial.*

De fato, não há norma legal que autorize ao expropriante descontar do valor da indenização a quantia que considera devida a título de passivo ambiental.

Outro não é o entendimento deste Tribunal:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO AGRÁRIA. IMISSÃO NA POSSE SEM O DEPÓSITO PRÉVIO. IMPOSSIBILIDADE. DESCONTO DO VALOR DO ‘PASSIVO AMBIENTAL’.

1. Hipótese em que a imissão da posse, em desapropriação agrária, foi deferida, em favor do INCRA, sem a realização do depósito prévio, ao fundamento de que o “passivo ambiental” é superior ao valor da avaliação administrativa. Decisão suspensa na sua eficácia pelo despacho que recebeu o agravo no efeito suspensivo.

2. Carece de amparo legal o procedimento do expropriante, de efetivar, por conta própria, a avaliação do imóvel e realizar o depósito judicial com o abatimento da quantia que aponta como pertinente ao “passivo ambiental”. O denominado ‘passivo ambiental’, se comprovado, deve ser assumido pelo adquirente da propriedade (o próprio INCRA, no caso), obrigação *propter rem* que é.

3. Se a autarquia advoga a tese de que o item deve ser descontado da indenização, que submeta o tema à apreciação do juízo da desapropriação, não lhe sendo dado proceder ao desconto unilateralmente. Se a degradação ambiental, em suas diferentes graduações, tiver algum efeito redutor do preço de mercado do imóvel, o fato deverá ser retratado na perícia a ser feita, oportunamente, na desapropriação.

4. Provimento do agravo de instrumento. (AG 0026332-53.2011.4.01.0000/PA – Rel. Des. Federal Olindo Menezes – TRF1 – Quarta Turma – Unânime – *e-DJF1* de 02/8/2013 – p. 119.)

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL PARA O DESCONTO DE VALOR PERTINENTE AO ‘PASSIVO AMBIENTAL’. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. A indenização na desapropriação há de ser justa e prévia, e, no caso em exame, se aponta que o expropriante-agravante, INCRA, teria deduzido a quantia de R\$ 14.054,96 (quatorze mil, cinquenta e quatro reais e noventa e seis centavos) do valor do depósito prévio, sob o argumento de estar deduzindo o valor referente ao ‘passivo ambiental’, obedecendo à determinação do Tribunal de Contas da União (fls. 02 e 18/19).

2. Apresenta-se como juridicamente discutível o procedimento do expropriante de efetivar, unilateralmente, a avaliação do imóvel expropriado e realizar o depósito judicial, com o abatimento da quantia que aponta como pertinente ao ‘passivo ambiental’.

3. Aplicação de precedente jurisprudencial da Quarta Turma deste Tribunal Regional Federal.

4. Decisão mantida.

5. Agravo de instrumento desprovido. (AG 0048230-59.2010.4.01.0000/BA – Rel. Des. Federal Ítalo Mendes – TRF1 – Quarta Turma – Unânime – *e-DJF1* de 1º/03/2012 – p. 1.127.)

Ademais, não vieram aos autos quaisquer elementos de fato ou de direito capazes de afastar tal entendimento.

Ante o exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se ao MM. juiz da causa.

Intime-se o agravado para os fins do art. 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Brasília, 24 de janeiro de 2014.

Juiz Federal *Henrique Gouveia da Cunha*, relator convocado.

Numeração única: 0038856-24.2007.4.01.0000

Recurso Especial em Apelação/Reexame Necessário 2007.01.00.036940-3/AM

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
Recorrente: União Federal  
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Recorrida: Madeireira Moss Indústria Comércio e Exportação Ltda.  
Advogados: Dra. Maria Yêdda Guerra Furtado e outros  
Publicação: e-DJF1 de 31/01/2014, p. 144-145

## Decisão

Trata-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, que a União interpõe de acórdão deste Tribunal, no qual foram fixados os honorários advocatícios em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com fundamento no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil (CPC), fl. 941.

A recorrente alega violação ao art. 20, § 4º, do CPC. Sustenta, em síntese, que os honorários advocatícios arbitrados no acórdão recorrido são irrisórios, quando se tem por referência o valor da causa fixado em R\$ 6.064.314,00 (seis milhões sessenta e quatro mil trezentos e catorze reais).

Não houve contrarrazões.

Decido.

Em regra, não se admite o recurso especial para reavaliação da apreciação equitativa dos serviços prestados pelos advogados, quanto aos honorários advocatícios, por força da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O STJ, entretanto, tem afastado a vedação prescrita no referido enunciado, para, na via do recurso especial, adequar os honorários advocatícios estabelecidos com base no art. 20, § 4º, do CPC, quando fixados, sem fundamento, em patamares considerados exagerados ou irrisórios, diante dos estabelecidos ou mantidos por aquele Tribunal em casos análogos (Ag 1.303.566, Decisão Monocrática, Min. Benedito Gonçalves, *DJ* de 28/05/2010; REsp 1.179.333/RS, Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe* de 17/05/2010; REsp 1.065.611/PR, Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, *DJe* de 04/03/2009; AgRg no REsp 432.201/AL, Min. José Delgado, Corte Especial, *DJ* de 28/03/2005).

Assim, no exame de admissibilidade do recurso, há de ser examinado, ainda que superficialmente, se os honorários advocatícios foram arbitrados sem fundamentação e em valor irrisório ou excessivo.

No caso, apesar da longa tramitação do processo, observo que o feito foi extinto por renúncia da parte-autora ao direito sobre o qual se funda a ação, quando pendia de apreciação recurso de apelação contra a sentença que lhe fora parcialmente favorável.

A recorrente argumenta, apenas, com o valor da causa, que foi fixado em R\$ 6.064.314,00 (seis milhões sessenta e quatro mil trezentos e catorze reais) – fl. 948, para afirmar ínfima a importância de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), arbitrada a título de honorários advocatícios. Cabe observar, no entanto, que a parte foi condenada a pagar essa importância a cada um dos réus (União e Incra), totalizando, assim, R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), quantia que, nas circunstâncias, não pode ser considerada ínfima.

Ante o exposto, *não admito o recurso especial*.

Publique-se.

Intime-se.

Transcorrido o prazo legal sem recurso, certifique-se o trânsito em julgado e baixem-se os autos à vara de origem.

Brasília, 9 de janeiro de 2014.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

## Agravo de Instrumento 0068210-84.2013.4.01.0000/GO

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida  
Agravante: Karla Alexandre de Oliveira  
Advogadas: Dra. Leila Menezes Elias e outra  
Agravado: Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia de Goiás – IFG  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Publicação: e-DJF1 de 31/01/2014, p. 1.277-1.278

### Decisão

Karla Alexandre de Oliveira interpõe agravo de instrumento contra despacho que, em mandado de segurança impetrado contra o chefe do Departamento de Áreas Acadêmicas do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás – IFG, proferiu despacho determinando a emenda da inicial de forma a adequá-la ao procedimento do mandado de injunção.

Assevera que o mandado de injunção não é o instituto adequado a atender sua pretensão, eis que os direitos fundamentais de liberdade de crença e escusa de consciência não precisam ser regulamentados por norma infraconstitucional para que possam produzir efeitos, pois são normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Alega que, como adventista, dedica às atividades religiosas/espirituais ou humanitárias no período que vai de sexta-feira, a partir do pôr do sol, até sábado, no mesmo horário. Sustenta que não está buscando privilégios, mas apenas alternativas para as aulas ministradas nos horários citados.

Diz que, em razão disso, necessita que lhe sejam disponibilizadas aulas em horário diferenciado e que lhe sejam abonadas as faltas recebidas nas aulas ministradas nesses períodos, bem como que lhe sejam ministrados os conteúdos respectivos de maneira alternativa e que lhe sejam aplicadas as avaliações das matérias respectivas a esses dias em momentos que não ofendam sua consciência religiosa.

Ressalta que se matriculou no curso noturno por trabalhar como agente comunitário de saúde durante tempo integral diurno e o fato de a faculdade IFG ser pública e somente disponibilizar o curso de Licenciatura em Ciências Sociais no período noturno. Diz, ademais, que é pobre e não tem condições financeiras de arcar com os gastos necessários para cursar uma faculdade particular. Assim, aduz que não lhe pode ser negado o acesso ao ensino público, sob pena de ser negado o acesso à educação, direito que lhe é constitucionalmente garantido (CF, arts. 6º e 205).

Alega que, por ser pessoa pobre, na forma da lei, não poder arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios sem que tal implique em prejuízo de seu sustento e de sua família, conforme os comprovantes de renda e gastos que juntou.

Requer lhe sejam deferidos os benefícios da justiça gratuita e a antecipação de tutela para determinar ao juízo *a quo* que receba a inicial e que determine à autoridade coatora que disponibilize, no prazo de 5 (cinco) dias, aulas ou atividades substitutivas sobre a matéria ministrada às sextas-feiras (filosofia) em período diverso do guardado pela fé professada pela impetrante, bem como que abone as faltas por ela recebidas até o presente momento nas aulas ministradas no período noturno das sextas-feiras, sob pena de incorrer em crime de desobediência (art. 26, Lei 12.016/2009), sem prejuízo da fixação de multa ao agente coator pelo descumprimento da decisão liminar.

Postula que os efeitos da antecipação de tutela concedida sejam estendidos para os próximos semestres letivos, de forma que, até que haja uma decisão definitiva de mérito no presente agravo e também no mandado de

segurança impetrado, à agravante sejam disponibilizadas aulas das matérias que forem ministradas às sextas-feiras a noite em período diverso do sábado bíblico ou, na impossibilidade de disponibilização de tais aulas, sejam abonadas as faltas da agravante nessas matérias, e ministrados os conteúdos e aplicadas as avaliações de maneira alternativa, que não venha a ferir sua fé.

É o relatório.

Os direitos fundamentais estão previstos na Carta Magna e são normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, de modo que não precisam ser regulamentadas por norma infraconstitucional para que possam produzir efeitos. Sobre os remédios constitucionais para assegurá-los, dispõe a Constituição sobre o mandado de segurança e o mandado de injunção que:

Art. 5º [...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

[...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

No caso, a agravante impugna ato de autoridade governamental ou de agente de pessoa jurídica privada que esteja no exercício de atribuição do Poder Público que, no seu entender, está violando seu direito líquido e certo de não frequentar as aulas no período que vai de sexta-feira, a partir do pôr do sol, até sábado, no mesmo horário, em razão de ser adventista, com base no seu direito fundamental de liberdade de crença e escusa de consciência.

No mandado de injunção, de modo diferente, a pessoa física ou jurídica buscará a implementação da norma regulamentadora que a impossibilite de exercer um determinado direito constitucional contra os órgãos ou autoridades públicas que têm a obrigação de legislar, mas estejam omissos quanto à elaboração da norma regulamentadora.

Portanto, tenho que o procedimento do mandado de segurança é adequado para a pretensão buscada de fazer prevalecer os direitos fundamentais de liberdade de crença e escusa de consciência.

A Lei 9.394/1996 estabelece a obrigatoriedade de frequência de alunos e professores (art. 47, § 3º), salvo nos programas de educação à distância, o que não é o caso dos autos. Portanto, em primeira análise, fica claro que a pretensão encontra óbice legal.

Observe-se que, embora a Constituição proteja a liberdade de crença e de consciência e o princípio de livre exercício dos cultos religiosos (CF, art. 5º, VI), não prescreve, em nenhum momento, o dever estatal de facilitar, propiciar, promover o exercício ou o acesso às prescrições, ritos e rituais de cada religião. De fato, estabelece apenas o dever do Estado no sentido de proteger os locais de culto e suas liturgias (CF, art. 5º, VI, final).

Apesar de o requerimento não ofender o interesse público, a imposição de frequência mínima às aulas por parte da impetrada, sob pena de reprovação, visa apenas a obedecer à previsão legal e disposições constitucionais. É, portanto, uma norma geral, aplicável a todo o corpo discente, independentemente da religião de cada um, não caracterizando violação a direito líquido e certo da impetrante. Dessa forma, não há ofensa à liberdade de crença.

A frequência é obrigatória a todos os alunos ou a exigência estaria em rota de colisão com o princípio da igualdade assegurado no art. 206, I, da Constituição, que determina:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Quando se inscreveu no concurso vestibular, a impetrante tinha ciência dos horários das aulas. Nem por isso buscou ingressar em outra faculdade com disponibilidade de horários, ou que, de qualquer outra forma, não a forçasse a assumir compromisso escolar às sextas-feiras à noite e aos sábados. O fato de estar impedida de frequentar aulas às sextas-feiras à noite e dos sábados por motivos religiosos é ônus decorrente de sua opção. Não há de ser creditado à faculdade.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte entende que a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, VIII) assegura a liberdade de crença como direito individual do cidadão, sob a condição de que não ofenda o interesse público, ou

seja, que não seja ele invocado para a isenção de obrigação legal a todos imposta e a recusa de cumprir prestação alternativa prevista em lei. (Cf. TRF1, AG 2001.01.00.050436-4/PI, Segunda Turma, Des. Federal Jirair Aram Meguerian, DJ 09/09/2002, e AMS 1997.01.00.040137-5/DF, Sexta Turma, Juiz Federal Souza Prudente, DJ 28/09/2001.)

A matéria dos autos já foi objeto de análise desta Corte, que assim decidiu:

*ENSINO SUPERIOR. ALUNO ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. EXIGÊNCIA DE FREQUÊNCIA DE AULAS ÀS SEXTAS-FEIRA À NOITE E AOS SÁBADOS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A DIREITO CONSTITUCIONAL. 1. A Lei 9.394/96 estabelece a obrigatoriedade de frequência de alunos e professores (art. 47, § 3º). 2. Embora a Constituição proteja a liberdade de crença e de consciência e o princípio de livre exercício dos cultos religiosos (CF, artigo 5.º-VI), não prescreve, em nenhum momento, o dever estatal de facilitar, propiciar, promover o exercício ou o acesso às prescrições, ritos e rituais de cada religião. Estabelece apenas o dever do Estado no sentido de proteger os locais de culto e suas liturgias (CF, artigo 5.º-VI, final), sob a condição de que não ofenda o interesse público. 3. A jurisprudência desta Corte entende que a Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, VIII) assegura a liberdade de crença como direito individual do cidadão, sob a condição de que não ofenda o interesse público, ou seja, que não seja ele invocado para a isenção de obrigação legal a todos imposta e a recusa de cumprir prestação alternativa prevista em lei. (Cf. TRF1, AG 2001.01.00.050436-4/PI, Segunda Turma, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, DJ 09/09/2002, e AMS 1997.01.00.040137-5/DF, Sexta Turma, Juiz Souza Prudente, DJ 28/09/2001.) 4. Apelação dos impetrantes improvida.*

(Ams 0005365-94.2010.4.01.3500/Go, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1, p. 284 de 25/03/2011)

*RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA. REALIZAÇÃO EM DIA DIVERSO DO PROGRAMADO. LIMINAR DEFERIDA. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. IMPOSSIBILIDADE. ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO. I - A liminar foi deferida quando a recorrente, por ter deixado de realizar o teste de aptidão física na data prevista em edital de convocação, já estava eliminada do certame. Ao ser cassada pelo e. Tribunal a quo, quando do julgamento final do mandamus, a recorrente voltou à situação anterior de candidato eliminado do concurso, razão por que não poderia prosseguir no certame. II - O direito à liberdade de crença, assegurado pela Constituição da República, não pode almejar criar situações que importem tratamento diferenciado - seja de favoritismo seja de perseguição - em relação a outros candidatos de concurso público que não professam a mesma crença religiosa. Precedente. Recurso ordinário desprovido.*

(RMS 22.825/RO, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 26/06/2007, DJ 13/08/2007, p. 390)

*ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. ENSINO. VIOLAÇÃO À LIBERDADE DE CRENÇA (ART. 5.º, VIII, DA CF/88). ADVENTISTA DO 7.º DIA. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DE FALTAS. NORMA GERAL APLICÁVEL A TODO O CORPO DISCENTE. POSSIBILIDADE DE OPÇÃO ENTRE O CURSO DIURNO OU NOTURNO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DECURSO DE TEMPO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. MODIFICAÇÃO DESACONSELHÁVEL.*

1. A jurisprudência desta Corte adota entendimento no sentido de que a Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, VIII) assegura a liberdade de crença como direito individual do cidadão, sob a condição de que não ofenda o interesse público, ou seja, que não seja ele invocado para a isenção de obrigação legal a todos imposta e a recusa de cumprir prestação alternativa prevista em lei. (Cf. TRF1, AG 2001.01.00.050436-4/PI, Segunda Turma, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, DJ 09/09/2002, e AMS 1997.01.00.040137-5/DF, Sexta Turma, Juiz Souza Prudente, DJ 28/09/2001.)

2. A imposição de frequência mínima às aulas por parte da impetrada, sob pena de reprovação, é uma norma geral, aplicável a todos os alunos que compõem seu corpo discente, independentemente da religião que professam, não se caracterizando como violação a direito líquido e certo do impetrante. Dessa forma, não há ofensa à liberdade de crença.

3. Visando a seguir os postulados de sua religião e ciente das proibições que ela lhe traz, o impetrante poderia ter optado pela inscrição em curso diurno ou requerido a alteração da matrícula para esse período, razão por que não se pode creditar à faculdade o impedimento de frequência às aulas de sextas-feiras e sábados.

4. Não havendo nenhum prejuízo a terceiros ou ofensa ao interesse público, com o cancelamento das faltas atribuídas nas sextas-feiras e sábados e a oferta de tarefas escolares alternativas, é desaconselhável a desconstituição de situação de fato consolidada há mais de 6 (seis) anos, por força de decisão judicial, em virtude da possibilidade de serem causados danos irreparáveis ao estudante. (Cf. STJ, EREsp 143.991/RN, Primeira Seção, Min. Eliana Calmon, DJ 05/08/2002; RESP 201.453/RN, Primeira Turma, Min. Milton Luiz Pereira, DJ 17/06/2002, e REsp 388.879/DF, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, DJ 15/04/2002.)

5. Apelação parcialmente provida, resguardados os fatos consolidados já ocorridos. Remessa oficial prejudicada.

(AMS 1997.01.00.006643-4/RO, rel. Juiz João Carlos Mayer Soares (conv.), Primeira Turma Suplementar (inativa), DJ, p. 96, de 20/03/2003)

Considerando que a agravante declara ser pessoa pobre, na forma da lei, e não ter condições de arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios sem que tal implique em prejuízo ao seu sustento e de sua família, tenho que lhe devem ser deferidos os benefícios da justiça gratuita.

Pelo exposto, *defiro os benefícios da justiça gratuita à agravante e nego seguimento ao agravo de instrumento* com fundamento no *caput* do art. 557 do CPC c/c o inciso XXIV do art. 29 do RITRF 1ª Região.

Comunique-se ao juízo prolator da decisão agravada. (via *e-mail*).

Oportunamente, archive-se.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de janeiro de 2014.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

## *Habeas Corpus* 0001800-10.2014.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro  
 Impetrante: Sandra de Moraes Ribeiro  
 Impetrado: Juízo Federal da 11ª Vara/MG  
 Paciente: Pedro Gabriel Gomes Ribeiro (réu preso)  
 Publicação: *e-DJF1* de 31/01/2014, p. 1.214-1.215

### Decisão

Trata-se de pedido de liminar formulado em sede de *habeas corpus* impetrado por Sandra de Moraes Ribeiro em favor de Pedro Gabriel Gomes Ribeiro da decisão do Juízo Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva, decretada em 22 de novembro de 2013.

Alega que não estão presentes os pressupostos para a segregação do paciente, nos termos do art. 312 do CPP. Além disso, afirma que ele é primário, possuidor de bons antecedentes, possui residência fixa e trabalhava como impressor serigráfico desde abril de 2013.

É o relatório, no que interessa ao exame do pedido formulado em sede de cognição sumária.

Não vejo como deferir a pretensão da impetrante em sede de liminar, que se confunde com o mérito da impetração, uma vez que a decisão atacada não se encontra desprovida de fundamento, como alegado na petição inicial deste *writ*.

O juízo *a quo* ao prestar as informações esclareceu, *verbis*:

[...]

Segundo a acusação, João Bosco da Silva Junior, Paulo Henrique de Oliveira Nunes, Thiago Gomes Ferreira e Pedro Gabriel Gomes Ribeiro chegaram à agência da Caixa Econômica Federal em um veículo Fia/Siena roubado/furtado, com placa clonado, dirigido por Gabriel Vitor de Oliveira e era acompanhado de uma motocicleta pilotada por pessoa ainda não identificada.

O grupo, fortemente armado, organizado e especializado em roubos e furtos contras caixas eletrônicos, agia com divisão de tarefas e responsabilidades bem definidas. Gabriel, responsável pela direção do veículo, deixou os comparsas em frente à agência e estacionou o veículo um pouco mais à frente desta, mantendo o carro ligado e com as portas abertas, aguardando a saída dos demais para procederem à fuga. Thiago, portando uma pistola Taurus, calibre .380 e Pedro (*"Slim"*), portando uma arma de fogo do tipo pistola com um carregador alongado, posicionaram-se, o primeiro, em frente à porta de vidro da instituição financeira e o segundo, na esquina do banco. João Bosco quebrou a porta de vidro da agência e arrombou a parte frontal de um dos caixas eletrônicos, mantendo-a levantada para que Paulo Henrique introduzisse o explosivo na máquina, que, na sequência, foi detonado.

Narrou a peça acusatória que, com o barulho da explosão do caixa eletrônico, policiais civis que investigavam a quadrilha no bojo da cautelar de monitoramento telefônico n.0024.13.193.365-7, em trâmite no Juízo de Direito da Vara de Inquéritos Policiais da Comarca de Belo Horizonte/MG e que estavam nas imediações do local, haja vista informação que o grupo atacaria caixas eletrônicos em Betim/MG, deslocaram-se até a agência da Caixa Econômica Federal, cuja fachada já se encontrava destruída pela explosão, oportunidade em que visualizaram os réus. Após se identificarem e darem ordem para que os agentes se rendessem, Thiago que estava à frente da agência e Pedro (*"Slim"*), que se encontrava próxima à esquina do banco, efetuaram disparos de marca de fogo contra a equipe de policiais, que reagiu com troca de tiros. (Fls. 32-33).

Observa-se na hipótese que a decisão que indeferiu a revogação da prisão preventiva do paciente registra os pressupostos dessa medida cautelar no caso concreto (fls. 37/38), quando consignou que:

[...]

Com efeito, na oportunidade, reconheceu-se a presença de indícios suficientes da autoria e materialidade do delito em relação ao requerente, tendo sido considerado o fato de fazer ele parte de um grupo criminoso organizado e voltado não só à preparação prévia, mas também à efetiva prática de roubos a terminais bancários de auto-atendimento, por meio do uso de armas e explosivos.

Salientou-se, também, na oportunidade, a existência dos requisitos específicos para o decreto da custódia cautelar, além do fato de o ora requerente haver sido identificado pelos demais denunciados, não só como integrante do grupo que atuou na tentativa de roubo na agência da Caixa Econômica Federal em 19/09/2013, mas também como a pessoa que, juntamente com Thiago Gomes Ferreira, portou arma de fogo e efetuou disparos contra os policiais civis naquela ocasião.

A mesma decisão ponderou, ainda, que relativamente ao requerente, uma eventual concessão de liberdade em seu favor, certamente traria sérios riscos a ordem pública, posto existirem evidências de que ele permaneceria na execução de práticas criminosas graves, além do risco de comprometimento do sucesso da presente instrução criminal, tendo em vista a continuidade de diligências visando à identificação do sexto integrante do grupo criminoso que ainda se encontra foragido. (Fls. 37-38).

Assim, devidamente demonstrados os requisitos para a manutenção da medida constritiva decretada.

Portanto, mesmo que a impetrante não concorde com os fundamentos do decreto prisional, verifica-se que não há flagrante ilegalidade na prisão preventiva do paciente que justifique a intervenção excepcional do relator(a), antecipando-se na análise da pretensão que se confunde com o próprio mérito da impetração, que é de competência do órgão judicial colegiado, após a completa instrução do *writ*, inclusive com a manifestação ministerial.

Pelo exposto, *indefiro* o pedido de liminar.

I.

Após, à PRR 1ª Região.

Oportunamente, voltem-me conclusos.

Brasília, 20 de janeiro de 2014.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, relator.

### Agravo de Instrumento 0066756-69.2013.4.01.0000/MG

Relatora:	Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante:	Fazenda Nacional
Procuradora:	Dra. Cristina Luísa Hedler
Agravado:	Layff Kosmetic Ltda. – Massa Falida
Advogado:	Dr. Carlos Eduardo Zulzke de Tella
Agravado:	Sogram Indústria e Comércio Ltda.
Advogados:	Dr. Daniel Barros Guazzelli e outros
Agravados:	Armando Riccioppo Júnior e outros
Publicação:	<i>e-DJF1</i> de 30/01/2014, p. 217-218

## Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de antecipação da tutela recursal, pretende a União (Fazenda Nacional) a reforma da decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberaba/MG, que, nos autos da Execução Fiscal 2009.38.02.003667-2, indeferiu o pedido de redirecionamento do feito executivo para as pessoas físicas e jurídicas que manteriam relação de grupo econômico com as sociedades executadas na origem.

A agravante sustenta que o art. 14 da Lei 8.397/1992 deve ser interpretado com razoabilidade e acorde aos princípios da economia e celeridade processuais. O citado dispositivo legal não exige a propositura de uma ação cautelar para cada execução fiscal. A hodierna orientação instrumentalista do processo repudia esse entendimento, que abarrotaria o Judiciário com o ajuizamento e processamento de demandas repetidas (fls. 6-7).

Afirma que a requerida Layff Kosmetic Ltda. possui inúmeras execuções fiscais, em fases processuais distintas, em trâmite nas duas varas federais da Subseção Judiciária de Uberaba/MG, fato que inviabiliza o apensamento de todos os executivos fiscais à cautelar (fl. 10).

Alega que, diante desse contexto, a ora agravante, na petição inicial da ação cautelar fiscal, requereu a distribuição por dependência às Execuções Fiscais 2006.38.02.003144-6 e 2006.38.02.000406-5, por representarem as dívidas de maior monta. Na emenda à inicial (doc. 3), foi requerida a distribuição por dependência, também, aos Autos 2006.38.0.000353-6. Leitura atenta da petição inicial demonstra que em nenhum momento a exequente pretendeu limitar/vincular a cautelar fiscal a apenas três execuções fiscais (fls. 10-11).

Defende que, portanto, não houve vinculação da medida cautelar fiscal apenas às Execuções Fiscais 2006.38.02.003144-6, 2006.38.02.000406-5 e 2006.38.0.000353-6 (fl. 11).

Salienta que não se sustenta a tese de que “a sentença proferida em ação cautelar incidental em execuções fiscais diversas não constitui elemento hábil a comprovar a necessária ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 135, III, do CTN”, sob pena de violação aos princípios da instrumentalidade do processo e do interesse público (fl. 12).

Requer, assim, a antecipação da tutela recursal e o provimento do agravo de instrumento, a fim de determinar o redirecionamento da execução fiscal para os corresponsáveis que indica.

Este agravo de instrumento, protocolado em 04/11/2013, veio-me concluso em 19/11/2013.

Decido.

Recebo o agravo como de instrumento, nos termos do art. 522 do CPC, na redação dada pela Lei 11.187/2005.

O procurador da Fazenda Nacional, exequente nos autos da Execução Fiscal 2009.38.02.003667-2, formulou o pedido de inclusão no polo passivo da lide das pessoas citadas, físicas e jurídicas, na qualidade de corresponsáveis pela dívida exequenda. Relatou, na oportunidade, os seguintes fatos (fl. 42):

[...] conforme se infere da anexa sentença, proferida no bojo da ação cautelar fiscal ajuizada pela União (Fazenda Nacional), autos n. 2009.38.02.004856-0, em trâmite perante a 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberaba/MG, foi reconhecida a existência de grupo econômico entre Layff Kosmetic Ltda., Platina Cosméticos Ltda., Anfíbia Indústria e Comércio de Cosméticos Ltda., Master Line do Brasil Ltda., Sogram Indústria e Comércio Ltda., Oscar José de Castro Lacerda, Armando Riccioppo Júnior, Antônio Fernando Bonisatto, Nadir de Castro Neves e Sérgio Moraes Sampaio, bem como decretada a indisponibilidade de bens dos réus em quantia correspondente à integralidade dos créditos tributários no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – R\$ 120.354.609,44 (pendente de atualização). [...]

Nas CDAs que ampara a execução fiscal originária, consta como devedor apenas a massa falida de Layff Kosmetic Ltda (fls. 19-24).

Tendo em vista que as Certidões de Dívida Ativa não indicam os nomes dos sócios e integrantes do alegado grupo econômico para quem a exequente ora pretende o redirecionamento, constitui seu ônus provar a ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 135, III, do CTN.

No presente caso, a exequente não se desincumbiu do seu ônus comprovar a ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 135, III, do CTN, uma vez que a sentença proferida nos autos da Medida Cautelar Fiscal 2009.38.02.0004856-0, na qual se baseou a agravante para lastrear seu pedido para acolher o redirecionamento, não alcança a execução fiscal de que deriva este recurso, para efeito de autorizar a responsabilização automática dos agravantes.

Idêntico pleito foi analisado nos autos do AI 0019405-37.2012.4.01.0000/MG, da minha relatoria, cujo voto condutor do acórdão assim consignou (fls. 83-91):

[...] Na referida ação cautelar fiscal, a Fazenda Nacional expressamente consignou que a abrangência da medida apenas em relação ao executivo fiscal nº 2006.38.02.003144-6 [...] e ao executivo nº 2006.38.02.000406-5 (apensado à Execução Fiscal nº 2006.38.02.000353-6 [...]).

Na mesma oportunidade, ressaltou: a escolha das referidas Execuções Fiscais se justifica, na medida em que são as ações de maior valor ajuizadas em desfavor da Layff Kosmetics Ltda. (fls. 228-229).

No entanto apresentou, a relação das execuções fiscais nas quais pretendia aplicar a medida cautelar, dentre elas a execução fiscal originária 2006.38.02.004268-9.

Em 16/12/2009, a juíza federal substituta da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Uberaba proferiu despacho e determinou que a então requerente, Fazenda Nacional, indicasse os autos de execução fiscal aos quais se vinculam a medida, uma vez que não é possível o ajuizamento de uma única medida cautelar fiscal para todos os débitos, se as execuções fiscais se encontram em juízos diversos (fl. 287).

A ora agravada ratificou o caráter incidental da ação cautelar fiscal e foi proferida decisão, nos seguintes termos:

[...] O caráter eminentemente acessória da ação cautelar, que deve ser dirigida ao mesmo juízo competente para exame do processo principal, nos termos do art. 5º da Lei 8.397/92, define que o juízo da 2ª Vara apenas possui competência para exame da cautelar no limite dos débitos que são objeto das execuções que se encontram sob a sua jurisdição, além daqueles cuja execução ainda não foi ajuizada, não podendo sequer deferir medidas assecuratórias quanto aos créditos tributários que estejam sendo buscados em execuções distribuídas a outros magistrados, sob pena de usurpação de competência desses.

In casu, sequer se mostra possível o ajuizamento de uma única medida cautelar fiscal para todos os débitos, se as execuções fiscais se encontram em juízos diversos, devendo cada julgador aferir, in concreto, a possibilidade de responsabilização de cada uma das pessoas físicas em relação a cada débito.

Dessa forma, este juízo possui competência para exame da cautelar inominada unicamente no que se limita aos débitos, cujas execuções fiscais se encontram sob a sua jurisdição, bem como aqueles débitos, cujas execuções ainda não tenham sido ajuizadas. [...].

Pois bem, como a requerente informou o caráter incidental da presente medida cautelar, indicando, como ações principais, as execuções fiscais nºs 2006.38.02.003144-6 e 2006.38.02.000406-5, declino da competência em favor da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária, determinando a redistribuição destes autos, observadas as formalidades legais.

Determinada a emenda à inicial, a Fazenda Nacional requereu a distribuição do feito por dependência também à Execução Fiscal 2006.38.02.000353-6, tendo em vista estar apensada à Execução 2006.38.02.000406-5 (fl. 296).

À fl. 325, consta na decisão proferida naqueles autos que a ação cautelar fiscal está vinculada às EFs 2006.38.02.003144-6, 2006.38.02.000406-5 e 2006.38.02.000353-6, e que ante a manifesta relação de acessoriedade (CPC, arts. 108, 109 e 800), esta medida cautelar fiscal refere-se aos débitos cobrados nos três executivos acima citados.

Diante do cenário acima delineado, entendo absolutamente inviável que a sentença proferida nos autos da referida ação cautelar fiscal gere efeitos nesta ação executiva quanto à responsabilidade fiscal, tendo em vista o caráter acessório da cautelar fiscal, a expressa e consolidada limitação do alcance daquela ação em relação aos 3 feitos executivos descritos.

A sentença proferida naqueles autos, em que reconhecida a formação do grupo econômico e a responsabilidade dos agravantes em relação àquelas execuções fiscais, não constitui elemento hábil a comprovar a necessária ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 135, III, do CTN.

Coaduno do entendimento firmado pela douta juíza federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Uberaba, de que deve cada julgador aferir, in concreto, a possibilidade de responsabilização de cada uma das pessoas físicas em relação a cada débito.

No que se refere à prescrição, a própria Fazenda Nacional, na contraminuta, afirma que a citação da massa falida ocorreu em 21/11/2006, fato, portanto, incontroverso.

Embora afirme que a ausência da cópia integral do processo inviabiliza a análise do alegado, verifico que os documentos juntados aos autos são suficientes ao exame da prescrição.

Ademais, a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelos agravantes, nos termos do art. 333, II, CPC, é ônus da agravada, Fazenda Nacional.

A tese jurídica a ser adotada no presente caso é a acatada pela jurisprudência dominante, de que a contagem do quinquênio previsto no art. 174 do CTN tem como termo inicial a citação da pessoa jurídica executada, e a prescrição somente estará consumada quando decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa devedora e a regular citação do seu sócio-gerente.

No caso, como o pedido de citação dos agravantes ocorreu somente em 5/3/2012 (fl. 139).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, essa questão está submetida ao regime dos recursos repetitivos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 544 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA O SÓCIO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. ART. 174 DO CTN. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1.101.708/SP, DJ 23//03/2009. JULGADO SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. Precedentes da Corte: ERESP 174.532/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 20/08/2001; RESP

513.555/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 13/06/2005.

2. O redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40 da Lei n.º 6.830/80 que, além de referir-se ao devedor, e não ao responsável tributário, deve harmonizar-se com as hipóteses previstas no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. Precedentes: REsp 205887, Rel. DJ 01.08.2005; REsp 736030, DJ 20.06.2005; AgRg no REsp 445658, DJ 16.05.2005; AgRg no Ag 541255, DJ 11.04.2005.

3. Desta sorte, não obstante a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, decorridos mais de 05 (cinco) anos após a citação da empresa ocorre a prescrição intercorrente inclusive para os sócios.

4. In casu, verifica-se que a executada principal foi citada em 23.06.1998 e a citação do sócio ocorreu em 15.09.2003. Evidencia-se, portanto, a ocorrência da prescrição.

5. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

6. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no Ag 1157069/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 05/03/2010 — sem grifo no original).

Destaco, ainda, o seguinte precedente quanto ao termo inicial de contagem do prazo prescricional em exame:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO DA EMPRESA. INTERRUÇÃO DO PRAZO.

1. O redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente precisa ocorrer no prazo de cinco anos a contar da citação da sociedade empresária, devendo a situação harmonizar-se com o disposto no art. 174 do CTN para afastar a imprescritibilidade da pretensão de cobrança do débito fiscal. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ.

2. A jurisprudência desta Corte não faz qualquer distinção quanto à causa de redirecionamento, devendo ser aplicada a orientação, inclusive, nos casos de dissolução irregular da pessoa jurídica.

3. Ademais, esse evento é bem posterior a sua citação e o redirecionamento contra o sócio somente foi requerido porque os bens penhorados não lograram a satisfação do crédito. Assim, tratando-se de suposta dissolução irregular tardia, não há como se afastar o reconhecimento da prescrição contra os sócios, sob pena de manter-se indefinidamente em aberto a possibilidade de redirecionamento, contrariando o princípio da segurança jurídica que deve nortear a relação do Fisco com os contribuintes.

4. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp 1163220/MG, rel. Min. Castro Meira, DJ de 26/08/2010.)

O Min. Luiz Fux, no julgamento do EDcl no AgRg no Ag 1272349/SP, DJ de 14/12/2010, ressaltou que: a aplicação da Teoria da Actio Nata requer que o pedido do redirecionamento seja feito dentro do período de 5 anos que sucedem a citação da pessoa jurídica, ainda que não tenha sido caracterizada a inércia da autarquia fazendária (REsp 975.691/RS, rel. Min. Castro Meira, DJ de 26/10/2007, p. 355). [...]

O cenário refletido nesta discussão permanece inalterado, razão pela qual não merece reparos a decisão agravada. A propósito, o douto magistrado apoiou-se nas conclusões mencionadas acima para indeferir o pleito da agravante, ora devolvido à análise deste Tribunal.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, *nego provimento ao agravo de instrumento*.

Comunique-se ao douto juízo prolator da decisão agravada.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se estes autos.

Brasília, 21 de janeiro de 2014.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

## Agravamento de Instrumento 0073849-83.2013.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado)  
Agravante: Leandro Régis Ferreira Magalhães  
Advogados: Dr. Alan Oliveira Dantas de Souza e outro  
Agravada: Fazenda Nacional  
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
Publicação: e-DJF1 de 31/01/2014, p. 1.351-1.354

## Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Leandro Régis Ferreira Magalhães contra decisão proferida pelo MM. juiz federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, que deferiu pedido formulado pela União para reconhecer a existência de grupo econômico formado pelas empresas Engefort Construtora Ltda. e Engeforte Obras Industriais Terraplanagem e Pavimentação Ltda., bem como para redirecionar as execuções aos sócios e administradores.

Sustenta o agravante a ocorrência da preclusão *pro judicato*, tendo em vista o MM. juiz *a quo* ao receber as execuções fiscais determinou a imediata citação da executada Engefort Construtora Ltda., concedendo-lhe o direito de pagar ou indicar bens à penhora. Entretanto, após requerimento da União, contrariando o despacho anteriormente proferido, reconheceu a responsabilidade solidária de terceiros e determinou a indisponibilidade de ativos da agravante.

Assim, entende que houve ofensa ao art. 471 do Código de Processo Civil, que afirma que nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide.

Requer, também, a anulação da decisão sob o argumento de ausência de fundamentação, impugnando ainda o deferimento da penhora sem a citação dos devedores, por entender que houve ofensa ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Aduz que houve ofensa ao devido processo legal, uma vez que a Lei de Execuções Fiscais estabelece em seu art. 8º que, recebida a inicial, o devedor será citado para pagar ou oferecer bens à penhora, termos não obedecidos pela decisão agravada, que determinou a indisponibilidade de créditos da agravante, para a liquidação de supostos créditos tributários, objeto das Execuções Fiscais 8942-75.2013.4.01.3500 e 9057.96.2013.4.01.3500 antes da citação.

Insurge-se, ainda, em razão da ausência de comunicação ao juízo responsável pela recuperação judicial da sociedade Engefort Construtora Ltda., da existência das execuções acima referidas, violando o disposto no art. 6º, § 6º, inciso I, da Lei 11.101/2005.

Alega que pleiteou o reconhecimento da responsabilidade solidária de terceiros em razão da cisão ocorrida na sociedade Engefort Construtora Ltda. e esta matéria não foi debatida no processo administrativo, o que seria de rigor, tendo em vista que a autoridade administrativa deveria ter promovido a apuração da responsabilidade com a notificação dos supostos responsáveis, conforme determina a Portaria 2.284/2010.

Argumenta que na cisão não houve fraude, uma vez que não houve qualquer impugnação no momento oportuno, tornando-a um ato jurídico perfeito, cuja anulação necessita de decisão judicial, não podendo ser proferida no curso de execuções fiscais.

Sustenta também a impossibilidade de redirecionamento da execução, argumentando que o fato de haver pessoas jurídicas que pertençam ao mesmo grupo econômico, por si só, não enseja a responsabilidade solidária na forma prevista no art. 124 do Código Tributário Nacional.

Entende que não houve dissolução irregular da empresa Engefort Construtora Ltda., tendo em vista que ela ainda subsiste e mantém suas atividades normalmente, não havendo que se falar em dissolução parcial irregular pela cisão realizada.

Destaca que o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.101.728/SP, submetido ao regime do recurso repetitivo previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do Código Tributário Nacional.

Requer o deferimento do efeito ativo ao presente agravo, para que seja determinada a imediata suspensão dos Processos Executivos 8942-75.2013.4.01.3500 e 9057-96.2013.4.01.3500.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

Pretende a Fazenda Nacional (fl. 53 desta execução e fl. 308 do apenso) a penhora no rosto dos autos do processo 18596-86-2013.4.01.3500 (consignação em pagamento), em curso Ila Ja Vara desta SJ/GO, onde o devedor tem valores a receber.

Em petição de fls. 57/76, a exequente requer o reconhecimento de grupo econômico entre a executada e a empresa Engeforte Obras Industriais Terraplanagem e Pavimentação Ltda, com a desconsideração da personalidade jurídica delas e a consequente responsabilização dos sócios

pelas dívidas em execução.

Alega que, em 29.06.2012, houve a cisão parcial da executada, que transferiu R\$20.219.272,88 de seu capital social para a referida empresa e um acervo técnico de vinte e duas (22) obras.

Menciona que ambas as sociedades possuem os mesmos sócios (Wenceslau Gonçalves Ramos Neto, Antônio Júlio Cavalcanti Júnior, Leandro Régis Peneira Magalhães e Marcelo André de Magalhães), mesmo domínio na internet, administração comum, objeto social idêntico, mesmo número de telefone e estão estabelecidas em endereços contíguos, sendo que a cindenda funciona em local de propriedade da cindida, o que, segundo entende, caracteriza confusão patrimonial.

Aduz que, logo em seguida ao arquivamento da cisão na Junta Comercial, a executada ajuizou ação de recuperação judicial, em 17.07.2012, na qual informou que suas dívidas com credores com garantia real e quirografários perfazem R\$211.604.770,38 e que possui contratos de obras com o Poder Público no valor de R\$449.423.436,50, bens móveis avaliados em R\$60.132.750,00 e imóveis avaliados em R\$6.350.000,00.

Consigna que a cisão ocorreu com o intuito de esvaziar o patrimônio da empresa executada e continuar participando de licitações de obras públicas, porquanto a devedora é responsável por imenso passivo, enquanto a sociedade que recebeu parte de seu patrimônio não possui dívidas tributárias e previdenciárias.

Afirma que não existe registro de contratação de empregados pela sociedade cindenda até a data da cisão e que, desde o início de suas atividades, apresentou Declaração de Imposto de Renda – Pessoa Jurídica como inativa e, mesmo quando indicou a opção pelo Lucro Presumido, não manteve qualquer movimentação patrimonial, seja receitas ou despesas.

Informa que a cisão da executada implica na responsabilidade solidária da pessoa jurídica cindenda, na qualidade de sucessora pelos tributos devidos até a data do respectivo ato, conforme prevê o art. 132 do Código Tributário Nacional. Sustenta que os sócios das empresas integrantes do grupo econômico devem ser responsabilizados pelos débitos em cobrança,

com fundamento no art. 50 do Código Civil, pois houve desvio de finalidade

(intuito de fraudar credores de boa-fé), ou no art. 135 do CTN, em decorrência de fraude à lei e dissolução irregular da executada.

Indica à penhora bens de propriedade das empresas Engefort Construtora Ltda e Engeforte Obras Industriais Terraplanagem e Pavimentação Ltda.

Pretende a Fazenda Nacional ver reconhecida a existência de um grupo econômico entre as empresas Engefort Construtora Ltda e Engeforte Obras Industriais Terraplanagem e Pavimentação Ltda, de forma que elas respondam de forma solidária pelas dívidas em cobrança, com a penhora dos bens encontrados em nome delas, além do redirecionamento das execuções aos sócios das aludidas empresas.

O entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região é no sentido de que é admissível a responsabilidade solidária por dívida fiscal entre componentes do mesmo grupo econômico, quando existirem provas suficientes de que as empresas integram o referido grupo, ensejando, desta forma, o redirecionamento da execução.

Mediante a Vigésima Alteração e Consolidação do Contrato Social da empresa executada (fls. 129/132), datada de 26.06.2012, o seu capital social foi reduzido em R\$20.219.272,88, remanescendo a quantia de R\$19.908.727,12.

Por meio de Protocolo e Justificação para cisão parcial da Engefort Construtora Ltda (fls. 136/148), houve a integralização de bens móveis da executada (cindida) no valor de R\$20.219.272,88 e de acervos técnicos no patrimônio da empresa Engeforte Obras Industriais Terraplanagem e Pavimentação Ltda (cindenda), cujo capital social passou de R\$110.000.000,00 para R\$30.219.272,88.

Logo em seguida à Cisão, em 17.07.2012, a empresa executada ajuizou ação de recuperação judicial (fls. 178/200), distribuída perante o Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Goiânia/GO, em que expôs as razões de sua crise econômico-

financeira e afirmou que fechou o ano de 2011 com um Endividamento Total (Passivo Circulante + Exigível a Longo Prazo), 110Jlallor total de R\$204 milhões. (original com grifos)

Os documentos que instruem a inicial da referida ação (fls. 2011392), exigidos pelo art. 51 da Lei na 11.101/2005, revelam que a executada possui dívidas com credores com garantia real e quirografários (bancos e fornecedores) no valor total de R\$211.604.770,38, enquanto seus bens móveis e imóveis foram avaliados em R\$66.482.750,00.

Ainda, conforme documentos de fls. 03/13 do anexo I a devedora possui débitos inscritos em Dívida Ativa da União no valor de R\$34.162.385,42, sendo que Somente a dívida em cobrança perfazia a quantia de R\$30.752.137,95 até a data do ajuizamento das presentes execuções (03/2013 e 04/2013).

Outrossim, os dados cadastrais das referidas sociedades no Cadastro Nacional de Empresas – CNE (fls. 15/22) revelam que elas possuem objetivo social idêntico e que, desde 12.05.2012, o quadro societário de ambas passou a ser constituído pelas mesmas pessoas físicas: Wenceslau Gonçalves Ramos Neto, Antônio Júlio Cavalcanti Júnior, Leandro Régis Ferreira Magalhães e Marcelo André de Magalhães .

Nesse contexto, é possível verificar a presença de indícios de formação de um grupo econômico formado pelas empresas Engefort Construtora Ltda e Engeforte Obras Industriais Terraplanagem e Pavimentação Ltda, que, em análise sumária, apresentam-se como empresas autônomas apenas sob o aspecto formal, compondo substancialmente um grupo empresarial com interesses convergentes e o intuito de frustrar o recebimento de créditos pela União.

Isso porque, a sociedade devedora transferiu R\$20.219.272,88 (mais da metade de seu capital social), além de inúmeros acervos técnicos, para outra empresa com o mesmo objetivo social e quadro societário, quando já possuía débitos inscritos em Dívida Ativa da União e passava por uma grave crise econômico-financeira, o que, inclusive, levou ao ajuizamento de ação de recuperação judicial no mês seguinte à cisão.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, muito embora inexistentes regras legais claras acerca da responsabilidade solidária dos grupos empresariais, não é razoável que se admita a coligação de sociedades apenas quando favoreça a sua constituição e, por consequência, o rápido giro comercial e financeiro, desprezando-se esta realidade quando ardua em benefício dos credores de boa-fé.

Por outro lado, para que os bens dos sócios administradores das aludidas empresas respondam pelas dívidas em execução é necessário que os débitos correspondam a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato Social ou estatutos, nos termos do art. 135, I11 do Código Tributário Nacional.

Os argumentos utilizados para o reconhecimento do grupo econômico em questão evidenciam a possibilidade de existência de um grupo empresarial criado com o fim de fraudar credores de boa-fé, configurando, portanto, infração à lei (arts. 186 e 187, Código Civil):

Ademais, a engenharia tributária feita pelo grupo econômico em questão não se reveste dos requisitos do mero planejamento tributário, antes revela meio para se frustrar a execução fiscal, de maneira que a transferência patrimonial nesses casos não pode ser albergada pelo direito, já que serve a atos ilícitos (art. 116, parágrafo único, Código Tributário Nacional).

Dessa maneira, tem-se o redirecionamento das execuções aos sócios das pessoas jurídicas enquanto afastamento individual de cada ato ilícito, pois as execuções frustradas com base na separação artificial de patrimônio o são com fraude à lei (norma anti-elisiva).

Pelo exposto, defiro o pedido da exequente (fls. 57/76) para, de forma acautelatória, reconhecer a existência de um grupo econômico formado pelas empresas Engefort Construtora Ltda e Engeforte Obras Industriais Terraplanagem e Pavimentação Ltda, bem como para redirecionar as presentes execuções a esta última empresa e aos sócios Wenceslau Gonçalves Ramos Neto, Antônio Júlio Cavalcanti Júnior~ Leandro Régis Ferreira Magalhães e Marcelo André de Magalhães. Retifiquem-se os registros.

Citem-se, por mandado. Oficie-se ao Juízo da 3ª Vara desta Seção Judiciária para vincular a estes processos eventual quantia depositada em juízo a favor da sociedade Engefort Construtora Ltda.

Após, será apreciado o pedido de penhora dos bens indicados pela exequente.

É o relatório do essencial. Decido.

Cumprido observar, inicialmente, que, considerada a devolutividade restrita do agravo de instrumento, que exige o exame da matéria efetivamente apreciada pela decisão impugnada, o recurso não merece ser conhecido relativamente aos pontos em que o agravante alega a ausência de comunicação ao juízo responsável pela recuperação judicial acerca das execuções acima referidas, bem como a ausência de decisão no processo administrativo quanto ao pedido de reconhecimento da responsabilidade solidária de terceiros em razão da cisão ocorrida entre as empresas do grupo, sob pena de supressão de instância e afronta ao duplo grau de jurisdição.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE JOGO DE BINGO E DE MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS POSSIBILIDADE.*

1. Havendo indícios concretos da prática de ilícito contra a ordem tributária, em face dos quais se apura eventual prejuízo contra o erário público, pela exploração irregular de jogos de bingo e de exploração de máquinas caça-níqueis, não se apresenta ilegal a quebra dos sigilos fiscal e bancário dos envolvidos, para o aprofundamento das investigações, já que autorizada por decisão judicial fundamentada, na linha do art. 1º, § 4º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001.

2. O âmbito de atuação desta Corte, no exame do agravo de instrumento, tem baliza na extensão do quanto decidido pela decisão recorrida. Eventuais alegações de incompetência, ilegitimidade passiva ou ativa e litispendência, trazidas no agravo, não suscitadas e examinadas pela decisão agravada, não podem ser objeto de exame pelo Tribunal, pois estão além do âmbito de devolutividade do recurso, em ofensa ao princípio do juiz natural.

3. Agravo de instrumento improvido.

(AG 2002.01.00.044864-0/AM, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Terceira Turma, DJ, p. 5, de 23/09/2005.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO. REMOÇÃO DE SERVIDOR MILITAR. TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA.

1. Preliminar de incompetência, que não foi objeto da decisão agravada, não merece o pronunciamento desta Corte em agravo de instrumento, pois está além do âmbito de devolutividade do recurso. Precedente desta Corte.

2. A antecipação dos efeitos da tutela somente poderá ser concedida quando, existindo prova inequívoca, o Juiz se convencer da verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I e II, do CPC).

3. O ato de movimentação de servidor militar tem natureza discricionária, cujo juízo de conveniência e oportunidade só pode ser aferido pela Administração Pública.

4. O Decreto n. 2.040/96 dispõe em seu art. 13, caput e V, que a movimentação do servidor militar tem por objetivo, entre outros, atender à necessidade de afastá-lo de Organização Militar ou localidade na qual a sua permanência seja julgada inconveniente ou incompatível. 5. Agravo de instrumento provido.

AG 2005.01.00.005889-0/DF; Agravo de Instrumento – Rel. Juíza Federal Monica Sifuentes (conv.) – Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: e-DJF1, p.159 de 16/12/2009 – Data da Decisão: 19/11/2009.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL EM VARA FEDERAL – AGRAVO CONTRA ORDEM DE PENHORA QUE JÁ SE EFETIVOU – EMBARGOS À EF OPOSTOS – REGULARIDADE DA EF E DA PENHORA: TEMA DOS EMBARGOS – DISSOCIAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO DO QUE DECIDIDO – SEGUIMENTO NEGADO – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Concretizada a penhora e interpostos Embargos à EF, não há como discutir a regularidade da penhora ou da própria execução fiscal em sede de agravo de instrumento (incidente processual) se a mesma matéria está sendo discutida na via própria dos embargos à EF.

2. Razões de agravo (ilegitimidade da EF, prescrição, pendência de discussão do crédito em ação ordinária) dissociadas da decisão impugnada que não podem ser apreciadas nesta sede, sob pena de supressão de instância.

3. Agravo de regimental não provido.

4. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 29 de novembro de 2011., para publicação do acórdão.

AGA 0048744-12.2010.4.01.0000/PA; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento – Rel. Des. Federal Tolentino Amaral – Órgão Julgador: Sétima Turma, Publicação: e-DJF1, p. 796, de 09/12/2011 – Data da Decisão: 29/11/2011.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação à insurgência de ofensa ao devido processo legal e ofensa ao disposto no art. 8º da Lei 6.830/1980. Com efeito, os fatos que deram ensejo ao redirecionamento da execução ocorreram no curso desta e, portanto, perfeitamente possível a análise do pedido, tendo em vista que foi determinada em prazo inferior a cinco anos, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO DA EMPRESA. INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AOS SÓCIOS. PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA.

Firmou-se na Primeira Seção desta Corte entendimento no sentido de que, ainda que a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, no caso de redirecionamento da execução fiscal, há prescrição se decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação dos sócios, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal.

Agravo regimental improvido.

AgRg no AREsp 88249/SP. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. 2011/0210133-2. Rel. Min. Humberto Martins. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento 08/05/2012. Data da Publicação/Fonte DJe 15/05/2012.

Ademais, o MM. juiz *a quo*, após o redirecionamento da execução, determinou a citação de todos os sócios, que poderão apresentar eventuais impugnações por meio de embargos à execução ou embargos de terceiros, conforme o caso, onde terão oportunidade de discussão ampla quanto aos fatos que ensejaram o redirecionamento.

Também sem razão o agravante quanto à alegação da ocorrência de preclusão *pro judicato* e de ofensa à regra inserta no art. 471 do Código de Processo Civil, uma vez que não houve demonstração em momento algum que houve nova decisão sobre questões já decididas nos autos.

O fato de o juiz ter determinado o redirecionamento da execução após a citação dos devedores originários não configura nova decisão, até porque esta nova decisão teve por fundamento elementos e fatos novos não constantes dos autos quando da citação inicial.

Da mesma forma, não procede a alegação de ausência de fundamentação da decisão agravada e de ofensa ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Com efeito, conforme se pode verificar nos autos, a decisão encontra-se devidamente fundamentada sobre atender seus requisitos formais.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacificado no sentido de que a Constituição exige, no inciso IX, do art. 93, que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento, não se exigindo que a decisão seja amplamente fundamentada, extensamente fundamentada, dado que a decisão com motivação sucinta é decisão motivada. (AI 816457 AgR/MT, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento 14/12/2010, Segunda Turma, DJe 08/02/2011.)

Também não prospera a alegação do agravante de que, não tendo havido impugnação oportuna quanto à decisão, a sua desconstituição somente seria possível em ação judicial própria.

Ora, a decisão agravada em momento algum menciona a desconstituição da decisão entre as empresas do grupo econômico constante dos autos. Houve apenas o reconhecimento de suspeita de fraude à execução, tendo em vista que a sociedade devedora transferiu mais da metade de seu capital social, além de inúmeros acervos técnicos para outra empresa do grupo, quando já possuía débitos inscritos em Dívida Ativa da União e, posteriormente, apresentou pedido de recuperação judicial no juízo próprio.

Cumprido salientar, ainda, que, em hipóteses como a ocorrida nos autos, é perfeitamente possível o redirecionamento da execução quando há suspeita de fraude a credores de boa-fé, conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

*PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. POSSIBILIDADE. PESSOAS FÍSICAS. GRUPO ECONÔMICO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. CITAÇÃO PRÉVIA. NECESSIDADE.*

*1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma Cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos.*

*2. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Não há nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses.*

*3. A extensão da quebra a pessoas físicas que participem desses grupos demanda que se demonstre a efetiva participação de cada um a quem os efeitos da falência serão estendidos.*

*4. Na hipótese em que as pessoas físicas se limitaram à constituição de uma empresa, com sua posterior transferência a sociedades integrantes do grupo econômico falido, sem qualquer ingerência posterior demonstrada, a extensão da quebra demanda prévia citação, possibilitando-se o exercício, pelos destinatários da ordem, de seu direito de defesa.*

*5. Recurso especial conhecido e provido.*

*REsp 1125767/SP Recurso Especial 2009/0093945-0. Rel. Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do Julgamento: 09/08/2011. Data da Publicação/Fonte DJe 25/08/2011.*

Finalmente, necessário frisar que a comprovação da ocorrência, ou não, de fraude na execução demanda dilação probatória, inviável nesta sede recursal e deverá ser aferida em eventuais embargos à execução. Nesse sentido transcrevo:

*PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. BOLSISTA DO CNPQ. AGRAVO RETIDO. JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DO ART. 397 DO CPC. AUSÊNCIA DE AGENTE PÚBLICO NO POLO PASSIVO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. APELAÇÃO PROVIDA PARA DECLARAR EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO COM FULCRO NO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.*

*1. Interpôs o réu o agravo retido de fls. 902/922 contra a decisão que indeferiu as preliminares por ele suscitadas e recebeu a petição inicial (fls. 885/887). Todavia, considerando que não requereu expressamente, nas razões de apelação, sua apreciação*

pele Tribunal, não pode esse recurso ser conhecido por se lhe impor o pressuposto negativo de admissibilidade previsto no art. 523, § 1º do CPC.

2. A produção de prova documental, em sede recursal, é excepcional, estando prevista no art. 397 do Código de Processo Civil, que admite somente quando se tratar de documentos novos, referentes a fatos supervenientes à fase instrutória e com repercussão no deslinde da causa, circunstância essa que efetivamente não se configura na hipótese dos autos. Precedente desta Corte Regional Federal.

3. Para que a presente ação se enquadrasse nos ditames da Lei de Improbidade Administrativa seria necessária a inclusão de pelo menos um agente público no pólo passivo da demanda, o que não ocorreu na hipótese. Dessa forma, inexistindo, in casu, agente público no pólo passivo da ação de improbidade administrativa, destinatário do preceito legal que enumera os atos tidos como ímprobos previstos na Lei nº 8.429/92, o réu, ora apelante, não se revela passível de responder por essa ação específica. Precedentes jurisprudenciais do egrégio Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional Federal.

4. Na espécie, não se constitui a ação de improbidade a via adequada para se buscar o ressarcimento dos danos causados por particulares contra o patrimônio público. Assim, deve ser declarado extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

5. Agravo retido de fls. 902/922 não conhecido.

6. Agravo retido de fls. 1.177/1.216 conhecido e improvido.

7. Apelação a que se dá provimento para declarar o processo julgado extinto sem resolução do mérito, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

AC 0002742-76.2004.4.01.3400/DF; Apelação Cível, Rel. Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes Convocado: Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (conv.), Órgão Julgador: Quarta Turma, Publicação: e-DJF1 p. 79 de 17/10/2011, Data da Decisão: 23/08/2011

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. ATIVIDADE URBANA POR CURTO TEMPO. PROVA DOCUMENTAL FASE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. O trabalho urbano hábil a descaracterizar a condição de segurado especial em casos como o dos autos é aquele exercido durante significativo período de tempo, não sendo esta a hipótese dos autos.

2. A produção de prova documental em sede recursal é excepcional e limitada a documentos novos. Precedentes.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

AGRAC 2007.01.99.047205-0/MT; Agravo Regimental Na Apelação Cível, rel. Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Morães (conv.), Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: e-DJF1, p. 454 de 05/10/2010, Data da Decisão: 15/09/2010.

Ante o exposto, conheço em parte do presente agravo e, nesse ponto, nego-lhe provimento, com base no art. 557, caput, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 21 de janeiro de 2014.

Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes, relator convocado.

## Agravo de Instrumento 0004708-40.2014.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)  
 Agravante: Posto Aeroporto Ltda.  
 Advogados: Dr. Arthur Villamil Martins e outros  
 Agravado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade  
 Publicação: e-DJF1 de 07/02/2014, p. 1.102

## Decisão

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por Posto Aeroporto Ltda. em face de decisão da lavra do MM. Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, na Ação Ordinária 74082-65.2013.4.01.3400/DF, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pretendido para suspender o julgamento do Processo Administrativo 08012.008847/2006-17, do Cade, que apura suposta prática de infração à ordem econômica — formação de cartel (fls. 53-56).

2. Entendeu o MM. juízo *a quo* que tanto o art. 85, *caput*, da Lei 12.529/2011 quanto o art. 53 da revogada Legislação Antitruste atribuem ao Cade a faculdade de celebrar Termo de Compromisso de Cessação, motivo pelo qual não haveria ilegalidade no ato administrativo que, com base no juízo de conveniência e de oportunidade, indeferiu o pedido de celebração do TCC.

3. Sustenta o agravante, em síntese, que o juízo de discricionariedade do Cade já teria sido exercido ao demonstrar interesse em receber dos interessados as propostas de TCC, se limitando o impasse às normas aplicáveis, se o regramento anterior, mais benéfico ao administrado, ou o atual, mais gravoso; que na época dos fatos e da instauração do processo administrativo o Regimento Interno do Cade não exigia a confissão e a delação como requisitos para a celebração do TCC; a irretroatividade da norma mais gravosa; que as normas que atribuem o poder discricionário à administração pública devem ser interpretadas de forma restritiva; que o art. 85 da Lei 12.529/2011 outorgou ao Cade o juízo de discricionariedade somente no que tange à definição do cabimento ou não do TCC como instrumento para a composição do litígio e não para fixar os elementos que dele deverão constar, os quais já se encontram previstos nos §§ 1º e 2º do referido art. 85; e a inexistência de *periculum in mora* inverso para a Administração, pois a suspensão do processo administrativo não trará prejuízos ao Cade e não importará em prescrição.

4. Requer o reconhecimento da prevenção do Des. Federal Antônio Souza Prudente, em razão de decisão proferida no AI 616-19.2014.4.01.0000/DF, que trata da mesma matéria.

Autos conclusos. Decido.

5. Afasto, de início, a alegação de prevenção do Des. Federal Antônio Souza Prudente, pois, apesar de terem sido as decisões agravadas proferidas pelo mesmo Juízo, o feito originário não foi distribuído à 1ª Vara/DF por dependência à Ação Ordinária 72957-62.2013.4.01.3400/DF, em que proferida a decisão objeto do AI 616-19.2014.4.01.0000/DF, mas sim à Ação Ordinária 74095-64.2013.4.01.3400/DF, da qual se originou o AI 652-61.2014.4.01.0000/DF, da relatoria do Des. Federal Jirair Aram Meguerian.

6. Quanto ao mérito, tenho que, com efeito, a revogada Lei 8.884/1994 já conferia ao Cade atribuição, com base em juízo de conveniência e oportunidade, de oferecer ao representado a possibilidade de firmar termo de compromisso de cessação, e a Lei 12.529/2011 manteve tal possibilidade, senão vejamos:

6.1. Lei 8.884/1994:

Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007).

6.2. Lei 12.529/2011:

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

7. Assim, o que se verifica, pelo menos em um exame perfunctório, é que a lei não obriga o Cade a firmar o TCC, mas apenas possibilita a ele propor o compromisso, desde que o interesse público assim o recomendar.

8. Portanto, tenho que, em princípio, a norma inserta no Regimento Interno do Cade não extrapolou os limites estabelecidos na legislação de regência, mas apenas veio regulamentar, com base em critérios objetivos, em que situações seria possível a celebração de Termo de Compromisso de Cessação, sendo que, no caso, é condição essencial para tanto o reconhecimento da participação na conduta por parte do compromissário.

9. Por outro lado, mesmo que se entendesse aplicável à penalidade administrativa a regra da irretroatividade da lei mais benéfica, no caso não se trata de aplicação de penalidade, mas tão somente da possibilidade de oferecimento

de acordo, caso em que se revela razoável a disposição regimental, quando afasta tal possibilidade para os casos de investigação de formação de cartel, em razão da gravidade da infração para a ordem econômica.

Pelo exposto, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 3 de fevereiro de 2014.

Juíza Federal *Hind Ghassan Kayath*, relatora convocada.

## Agravo de Instrumento 0003253-40.2014.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Agravante: Carl Zeiss do Brasil Ltda.

Advogados: Dr. Gustavo Stüssi Neves e outros

Agravada: União Federal

Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho

Publicação: e-DJF1 de 31/01/2014, p. 1.275-1.276

### Decisão

Carl Zeiss do Brasil Ltda. interpõe agravo de instrumento em face de decisão proferida pelo Juízo da 20ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos do Mandado de Segurança 149-25.2014.4.01.3400 por ele impetrado, que reconsiderou decisão anterior proferida no plantão judiciário e indeferiu a liminar requerida com o objetivo de suspender licitação da qual participou.

Relata a agravante que o Ministério da Justiça instaurou procedimento licitatório na modalidade pregão eletrônico objetivando a aquisição de microscópios eletrônicos de varredura para reaparelhar os órgãos periciais do Departamento da Polícia Federal.

Sustenta haver sido declarada inabilitada do certame injustificadamente que atende a todas as exigências formuladas.

Pede, ao fim, a concessão de efeito suspensivo ao recurso “obstando o prosseguimento do feito no primeiro grau até a decisão final do presente agravo.” (fl. 14).

É o relatório do essencial. Decido.

A agravante foi inabilitada do certame em virtude de: a) não apresentação de equipamentos com a resolução mínima exigida no edital; b) proposta apresentada em forma de *folder*, não apresentação de atestados comprobatórios das resoluções indicadas e exigidas; c) ausência de o número mínimo de dezesseis atestados de aptidão técnica, que corresponde a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto da licitação; d) apresentação de atestados de equipamentos instalados não condizentes com a necessidade da Administração, e e) não atendimento às solicitações de esclarecimentos e diligências.

Em que pesem as alegações da agravante, a leitura dos autos revela que parte dos motivos para sua inabilitação são eminentemente técnicos, impossíveis de verificação no limitado rito procedimental inerente ao mandado de segurança. Confirmam-se trechos das respostas dadas pelo Departamento de Pesquisa, Análise da Informação e Desenvolvimento de Pessoal – Depaid da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, na Nota Técnica 1.370/2013, na qual responde ao recurso administrativo aviado pela agravante:

[...]

Avaliação Técnica: Conforme acima citado pela própria empresa Carl Zeiss, esta apresentou, como documento e sem o mínimo cuidado em definir exatamente o que estava sendo ofertado, um catálogo de produtos fornecidos, com as especificações de vários equipamentos diferentes, quais sejam: ZEISS EVO MA 10 — ZEISS EVO MA15 — ZEISS EVO MA25 — ZEISS EVO LS10 — ZEISS EVO LS15 — ZEISS EVO L525. Esta área técnica teve que procurar as resoluções referentes ao modelo

ofertado (ZEISS EVO LS-15) na tabela apresentada. Ademais, na referida tabela, além dos vários modelos, ora refere-se a filamento de HO, ora de LaB, ora de W.

Contra-razão ALTMANN: A empresa afirma que os equipamentos indicados pela Recorrente CARL ZEISS das marcas LEICA e LEO, além de antigos e de não terem tecnologia similar ao daqueles que são objeto do certame...

[...]

Discorre também que a Recorrente CARL ZEISS alega que “mesmo que o equipamento DSM 940 da ESALQ tenha sido considerado atualmente inexistente ou sem raio-x (sem qualquer comprovação a esse respeito nos autos do processo administrativo), tais fatos jamais invalidariam a capacidade técnica da Recorrente, em razão da similaridade”. Todavia, essa assertiva não prospera, uma vez que o equipamento em questão não é similar ao objeto da presente licitação, pois contempla tecnologia antiga, sendo que atualmente tal equipamento já foi desmontado e referido modelo sequer é fabricado.

[...]

Adicionalmente, o atestado apresentado referente ao equipamento DSM 940 da ESALQ é atualmente inexistente, pois tal equipamento já foi desmontado e tal modelo já não é mais fabricado.

E o equipamento OSM 940A da IB-USP não apresenta detector raios-X, portanto não apresenta similaridade de objeto. (fls. 1.927-1.941, grifos acrescidos)

Quanto aos equipamentos apresentados pela concorrente Altmann, diz a Administração, dentre outros comentários de ordem técnica que não são passíveis de pronta verificação:

[...]

Da impropriedade da alegação da ausência de softwares para os EDS (itens 1.17 e 1.18 do Anexo 1-A do Edital): Além disso, é inverídica a alegação da Recorrente CARL ZEISS de que “em nenhum ponto da proposta eles mencionam os módulos de software da Bruker que fazem análise quantitativa de linha, busca automática de fases e mapeamento químico por EDS (TODOS estes foram requisitados pelo editaM). 41. Ademais, isso independe do fato da própria FEI possuir seu próprio software para GSR”.

Ora, a análise quantitativa de linha (item 1.17 do Anexo 1-A do Edital), busca automática de fases (item 1.17 do Anexo 1-A do Edital) e mapeamento químico por EDS (item 1.18 do Anexo 1-A do Edital), foram devidamente incluídos na proposta da Recorrida, conforme páginas 6, 7, 8 e 9 de sua proposta.

Novamente, não há qualquer irregularidade na proposta da Recorrida, estando divorciada da realidade a alegação apresentada pela Recorrente.

(fls. 1.927-1.941)

Assim, em um exame perfunctório próprio desta via recursal, não há como deixar de reconhecer que as questões deduzidas na petição inicial demandam dilação probatória, cujo procedimento é incompatível com a via estreita do mandado de segurança, o qual requer prova pré-constituída para sua apreciação, não estando as razões da impetração a demonstrar ilegalidade flagrante na conduta da Administração que justifique o acolhimento da pretensão nos moldes delineados pela impetrante.

Sobre o tema confirmam-se alguns julgados desta Corte:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ATENDIMENTO ÀS ESPECIFICAÇÕES ESTABELECIDAS NO EDITAL. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

I. Não há qualquer ilegalidade no ato que classificou em primeiro lugar empresa, uma vez que ela atendeu a todas as especificações exigidas pelo edital do pregão eletrônico, sendo considerada apta pela fiscalização técnica que a julgou, consoante a documentação acostada aos autos.

II. Eventual inconformismo da apelante, no tocante à avaliação técnica das amostras apresentadas, necessita de dilação probatória, cujo procedimento é incompatível com a via estreita do mandado de segurança, que requer prova pré-constituída para sua apreciação, que no caso sub examine depõe contra a impetrante, item I retro.

III. Apelação da impetrante não provida.

(AMS 0020746-59.2007.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1, p. 170, de 29/07/2011.)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. LICITAÇÃO. ANULAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1. O mandado de segurança, com previsão constitucional e infraconstitucional, objetiva a proteção de direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato ilegal ou abusivo de autoridade, que deve ser comprovado de plano, não se permitindo dilação probatória.

2. Na hipótese, os documentos colacionados não foram capazes de conceder status de liquidez e certeza ao direito alegado pelas impetrantes, sendo insuficientes para sustentar uma concessão de segurança que levaria à anulação de uma licitação.

3. Conclui-se, na espécie, pela necessidade de dilação probatória, o que poderia ser viabilizada por meio de ação sob o rito ordinário, sendo incabível tal pretensão na via estreita do mandamus.

4. Apelação das impetrantes não provida.

(AMS 2000.33.00.031686-6/BA, rel. Des. Federal Selene Almeida, Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (conv.), Quinta Turma, *e-DJF1*, p. 107, de 31/07/2009.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DE EMPRESA CONCORRENTE. SUPORTE FÁTICO NÃO COMPROVADO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

I - Em sede de mandado de segurança, o suposto direito líquido e certo deverá ser comprovado de plano, o que não restou caracterizado, na espécie, autorizando-se a extinção do processo, sem julgamento do mérito, ante a impossibilidade de dilação probatória, no procedimento célere do mandamus.

II - Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(AMS 2006.38.00.003364-0/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, Sexta Turma, *DJ*, p. 105, de 29/10/2007.)

Ante o exposto, nego seguimento ao agravo, uma vez que manifestamente improcedente a pretensão recursal, ainda que por razões diversas das indicadas na decisão recorrida. (art. 557, *caput*, do CPC e art. 29, XXIV, do RITRF 1ª Região).

Comunique-se ao juízo *a quo*. (via *e-mail*)

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos nos moldes regimentais.

Brasília, 23 de janeiro de 2014.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

## Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0004550-82.2014.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro  
 Requerente: União Federal  
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
 Requerido: Juízo Federal da 2ª Vara/PA  
 Autor: Ministério Público Federal  
 Procurador: Dr. Alan Rogério Mansur Silva  
 Publicação: *e-DJF1* de 10/02/2014, p. 7- 8

### Decisão

A União requer a suspensão da antecipação de tutela concedida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Pará, nos autos da Ação Civil Pública 32214-62.2013.4.01.3900/PA, para

[...] determinar a suspensão parcial do exemplar 16 da série ‘Cadernos da Atenção Básica’, em seu ponto de número 15, fl. 52, retirando-se a orientação para reutilização, pelos diabéticos, de seringas descartáveis na aplicação contínua de insulina, garantindo-se o fornecimento de uso único *desses insumos* [...] *garantindo a eficácia da decisão para todo o território nacional (fl. 63)*. [...]

Esclarece a requerente que o ato administrativo reputado ilegal prevê “a possibilidade de reutilização de seringas, por no máximo 8 (oito) vezes e desde que seguidos os devidos procedimentos de segurança, no curso de tratamento com aplicação contínua de insulina pelos pacientes portadores de *diabetes mellitus*” (fl. 4); e que o Ministério Público Federal alegou, em síntese, que esse procedimento não seria o procedimento adequado, razão pela qual estaria acarretando prejuízos aos usuários do SUS, asseverando que, no curso do inquérito civil público,

oficiou diversas associações médicas e de enfermagem, que desaconselharam a reutilização de seringas, e que a Resolução RE 2.605/2006 da Anvisa classifica agulhas e seringas descartáveis como produtos de uso único proibidos de ser reprocessados.

Alega, inicialmente, que a decisão impugnada, ao atribuir eficácia nacional aos seus termos, viola o art. 16 da Lei 7.347/1985<sup>1</sup> e que o Superior Tribunal de Justiça já sufragou o entendimento de que os efeitos da decisão proferida devem ficar restritos à unidade da federação da competência do juízo prolator da decisão. Assim, o equívoco da tutela concedida, extravazando o território da competência da Seção Judiciária do Pará, evidencia lesão à ordem pública.

Sustenta que a decisão *a quo* invade seara técnica da Administração Pública, afronta o art. 2º da Constituição Federal<sup>2</sup> e desrespeita a Lei 11.347/2006, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capital aos portadores de diabetes inscritos em programas de educação para diabéticos”, mas especificamente o § 1º do art. 1º da referida lei<sup>3</sup>.

Afirma que, sendo uma decisão técnica do Ministério da Saúde, embasada em dados científicos, não pode o Poder Judiciário, sem a produção de provas, determinar a suspensão da orientação e que o Ministério Público Federal, além da *preocupação* de algumas entidades médicas e de enfermagem e de afirmações genéricas desprovidas de fundamentação científica, não comprovou a existência de dano causado pela reutilização das seringas.

Sustenta que a orientação do Ministério Público foi baseado em estudos sérios que apontam a ausência de prejuízo à população decorrente da reutilização de seringas e que a decisão impugnada viola prerrogativas legais e técnicas daquele órgão, acarretando grave lesão à saúde pública, pois o impacto da necessidade de aquisição de insumos para aplicação única de insulina acarretará um grave impacto nas finanças do sistema, prejudicando a performance da saúde pública nacional em outros quesitos, dada a escassez de recursos para atender todas as demandas do setor.

Sustenta, ainda, que a decisão acarreta grave lesão à economia pública, pois, segundo estimativa realizada pelo Ministério Público (Nota Informativa 11/2014), o impacto financeiro em caso de impossibilidade de reutilização das seringas gira em torno de R\$ 3,6 bilhões por ano.

Pois bem, conquanto no âmbito estreito do pedido de suspensão de segurança dispense-se, a princípio, a análise do fundo da controvérsia, bastando a verificação da ocorrência dos pressupostos atinentes ao risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, é quase sempre inevitável um juízo sumário a respeito do mérito da decisão impugnada, na estrita medida necessária à verificação da potencialidade lesiva do ato decisório questionado.

Na hipótese dos autos, a decisão ora impugnada está, em síntese, fundamentada nas seguintes razões:

- a) A Anvisa, por meio da Resolução 2.605/2006, enquadra as seringas plásticas dentre a lista de produtos médicos, como de uso único, proibindo o reprocessamento;
- b) O Ministério Público Federal trouxe informações do Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo, da Associação Nacional de Assistência aos Diabéticos e da Sociedade Brasileira de Diabetes não recomendando a prática de reutilização das seringas;
- c) A recomendação do Ministério da Saúde, chancelando o procedimento adotado pelas Secretarias Municipais de Saúde de limitar o número de fornecimento de seringas descartáveis aos pacientes, obriga os portadores de diabetes a se sujeitarem à prática insegura de reutilização dos instrumentais ou à comprá-los com recursos próprios;

<sup>1</sup> Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

<sup>2</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>3</sup> Art. 1º Os portadores de diabetes receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde – SUS, os medicamentos necessários para o tratamento de sua condição e os materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capital.

§ 1º O Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, selecionará os medicamentos e materiais de que trata o *caput*, com vistas a orientar sua aquisição pelos gestores do SUS.

d) A prática de reutilização das seringas descartáveis não deveria ser estimulada pelo governo, que tem obrigação de distribuí-las gratuitamente e em quantidades compatíveis com as necessidades de aplicações diárias, nos termos da Lei 11.347/2006.

Por sua vez, a Nota Técnica 275/2013, trazida pela requerente, traz as seguintes informações:

a) A Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos (Dimed) no Brasil, por meio da Portaria 3 de 07/02/1986 proíbe qualquer prática de reutilização descartável *em serviço hospitalar público ou privado*, porém nenhuma legislação vigente proíbe essa prática em âmbito doméstico;

b) Um estudo analisou a prática de reutilização de seringas descartáveis em 199 crianças e adolescentes, demonstrando que a maior frequência de reaproveitamento foi de uma a quatro vezes a presença de intercorrências, como nódulos e lipodistrofias, mas não foi estatisticamente diferente no grupo que não reutilizava as seringas<sup>4</sup>.

c) Segundo a *American Diabetes Association*<sup>5</sup> a reutilização das seringas não é uma prática proibida, mas que, quando utilizada, deve seguir alguns cuidados essenciais para evitar complicações, assim como já foi informado em publicações do Ministério da Saúde<sup>6</sup>;

De fato, não se sabe quando a prática de reutilização de seringas descartáveis teve início, mas, segundo pesquisas relacionadas à questão, surgiu provavelmente na década de 1960, quando ainda predominavam as seringas de vidro<sup>7</sup>, como forma de conter os gastos com a insulinoterapia.

Respaldo em estudos científicos, o Ministério da Saúde admite como segura a prática da reutilização de seringas descartáveis por até 8 (oito vezes), sempre na mesma pessoa e desde que seguidos as recomendações estabelecidas em protocolo.

Segundo matéria divulgada pela *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, intitulada “Reutilização de seringas descartáveis no domicílio de crianças com diabetes mellitus”<sup>8</sup>, foi realizado um estudo com 199 crianças e adolescentes diabéticos do Ambulatório do Instituto da Criança de São Paulo, divididas em Grupo A (que reutiliza seringas descartáveis) e Grupo B (que não reutiliza), cuja estratégia comum foi o reencape da agulha sem limpeza prévia, guarda dentro ou fora da geladeira em recipiente fechado, em que se constatou que:

[...]

Os dois grupos (A e B) apresentaram nódulos e lipohipertrofias. A comparação entre os grupos, com relação à frequência de nódulos não evidenciou diferença estatisticamente significativa [...]. A frequência de lipohipertrofias nos dois grupos também não se mostrou associação estatística significativa.

Nenhum dos participantes teve dor, hematoma, hiperemia e lipoatrofia nos locais de aplicação de insulina. As frequências foram tão baixas (<3) em ambos os grupos que impossibilitou qualquer comparação estatística. Em relação a abscessos e prurido, não houve nenhum caso registrado.

Ao associar as alterações mais frequentes nos locais de aplicação de insulina com o tamanho da agulha e número de aplicações de insulina fixa diária pela população e o número de reutilizações no Grupo A, não mostrou associação estatisticamente significativa entre a presença de nódulos e lipohipertrofias com o tamanho da agulha. Não houve associação

<sup>4</sup> Castro ARV, Grossi SAA. Reutilização de seringas descartáveis no domicílio de crianças e adolescentes com diabetes mellitus. *Revista da escola de Enfermagem da USP*. 2007; 41(4):i87-95

<sup>5</sup> *American Diabetes Association. Insulin Administration. Diabetes Care*, volume 27, supplement 1, January 2004.

<sup>6</sup> Caderno de Atenção Básica 36 – estratégias para o Cuidado da Pessoa com Doença Crônica – Diabetes Mellitus:

Apesar de serem descartáveis, as seringas com agulhas acopladas podem ser reutilizadas pela própria pessoa, desde que a agulha e a capa protetora não tenham sido contaminadas;

- o número de reutilizações é variável, de acordo com o fabricante, mas deve ser trocada quando a agulha começar a causar desconforto durante a aplicação (considera-se adequada a reutilização por até oito aplicações, sempre pela mesma pessoa);

- a seringa e a agulha em uso podem ser mantidas em temperatura ambiente;

- após o uso, a seringa deve ser ‘recapada’ pela pessoa;

- não se recomenda higienização da agulha com álcool;

[...]

<sup>7</sup> 5. Castro ARV, Grossi SAA. Reutilização de seringas descartáveis no domicílio de crianças e adolescentes com diabetes mellitus. *Rev Esc Enferm USP*. 2007;41(2):187-95.

<sup>8</sup> “Reutilização de seringas descartáveis para aplicação de insulina: uma prática comum no domicílio de pacientes com diabetes mellitus”. Escola de Enfermagem da Universidade de São Paulo, 2005.

estatisticamente significativa entre a presença de nódulo e lipohipertrofias com a frequência de insulina fixa diária. *Não houve associação estatisticamente significativa entre a presença de nódulos e lipohipertrofias com o número de reaproveitamento das seringas descartáveis.* (Grifei.)

Segundo, ainda, a matéria publicada,

[...]

Em uma *análise bibliográfica de pesquisas publicadas de 1978 a 2004, em diversos países, sobre a reutilização de seringas descartáveis*, os autores *encontraram uma frequência de reutilização de uma a trinta e nove vezes*; sendo que o maior percentual apontou de 4 a 7 vezes. Vale destacar que algumas pesquisas nacionais apontam médias de reutilização similares entre 2 a 4 vezes. Portanto a presente pesquisa corrobora com esses dados, pois a população do estudo apontou entre 1 a 4 reutilizações.

[...]

*Um critério consistente pelos pesquisadores para recomendar a reutilização das seringas descartáveis é a falta de evidências de risco, a exclusividade no uso do material e a presença de aditivos bacteriostáticos na insulina como o metacresol, fenol e glicerol, que inibem o crescimento bacteriano,*

[...] Grifei

De acordo com esses estudos, portanto, a prática de reutilização de seringas descartáveis ocorre há décadas e em vários países e decorre de fatores econômicos, não havendo nenhuma evidência científica de que haja complicações que possam ser atribuídas especificamente à reutilização desses insumos.

Com efeito, nem mesmo os subsídios trazidos pelo Ministério Público Federal, em sua petição inicial, revelam evidências técnico-científicas de que a prática pode, de fato, ocasionar riscos à saúde dos diabéticos. Suas alegações estão respaldadas pelo Parecer Coren-SP CAT 1/2010, em que o Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo afirma que a reutilização de seringas e agulhas descartáveis *“não é o procedimento adequado e, portanto, não recomendado”* (fl. 32), pela afirmação da Associação Nacional de Assistência ao Diabético de que “[...] a reutilização de seringas para a aplicação de insulina pode causar danos ao diabético, por *impactar diretamente em seu controle glicêmico* [...]” (fl. 32 - grifei); e pela Sociedade Brasileira de Diabetes, que não recomendou a reutilização de agulhas e seringas descartáveis de insulina [...], pelo fato de que são *“produtos de uso único, cujo reuso não deve ser recomendado por profissionais de saúde”* (fls. 32-33 - grifei), afirmando que *“não há embasamento científico suficiente a assegurar que não haverá danos ao tratamento”* e concluindo que a prática não *“deve ser estimulada pelos profissionais de saúde [...]”* (fl. 33 - grifei).

Cumprе consignar, ademais, que o Caderno da Atenção Básica, segundo o Ministério da Saúde, traz o protocolo atualizado baseado em evidências científicas mundiais, dirigido aos profissionais de saúde da Atenção Básica [...], que poderão educar e preparar portadores e famílias a terem autonomia no autocuidado”. Em relação à Diabetes *Mellitus*, o ponto 15 do Caderno de Atenção Básica 16<sup>9</sup>, questionado pelo Ministério Público Federal, cuida da reutilização das seringas, onde consta à fl. 52, destaque:

Reutilização de seringas descartáveis

De acordo com a orientação dos fabricantes, as seringas/agulhas descartáveis para a aplicação de insulina não devem ser reutilizadas.

Na prática, entretanto, a bibliografia internacional sobre o assunto considera como segura a reutilização limitada do conjunto seringa/agulha, desde que respeitadas as orientações sobre armazenamento em geladeira ou em lugar adequado,

<sup>9</sup> O Ministério Público editou em 2013 um novo Caderno, o de 36, que cuida da Diabetes *mellitus*, mudando a redação, relativamente à reutilização de seringas, nos seguintes termos:

Seringas e agulhas:

- apesar de serem descartáveis, as seringas com agulhas acopladas podem ser reutilizadas pela própria pessoa, desde que a agulha e a capa protetora não tenham sido contaminadas;
- o número de reutilizações é variável, de acordo com o fabricante, mas deve ser trocada quando a agulha começar a causar desconforto durante a aplicação (considera-se adequada a reutilização por até oito aplicações, sempre pela mesma pessoa);
- a seringa e a agulha em uso podem ser mantidas em temperatura ambiente;
- após o uso, a seringa deve ser “recapada” pela pessoa;
- não se recomenda higienização da agulha com álcool;
- o descarte da seringa com agulha acoplada deve ser realizado em recipiente próprio para material perfurocortante, fornecido pela Unidade Básica de Saúde (UBS), ou em recipiente rígido resistente, como frasco de amaciante. Não é recomendado o descarte do material em garrafa PET devido a sua fragilidade. Quando o recipiente estiver cheio, a pessoa deve entregar o material na UBS para que a mesma faça o descarte adequado.

com a devida proteção da agulha por sua capa protetora plástica. A higiene das mãos e dos locais de aplicação é fundamental para proporcionar a necessária segurança quanto à reutilização do conjunto seringa/agulha. Com base nessas considerações, consideramos adequada sua *reutilização por até 08 aplicações*, sempre pela mesma pessoa. (Grifos no original).

Optando-se pela reutilização, a seringa deve ser retampada e guardada, em temperatura ambiente ou sob refrigeração (na gaveta ou porta da geladeira). Para a reutilização, devem ainda ser considerados os seguintes aspectos:

- ausência de ferida aberta nas mãos e de infecções de pele no local de aplicação;
- o diabético deve ter destreza manual, ausência de tremores e boa acuidade visual, sendo capaz de reencapar a agulha com segurança.

A limpeza da agulha não deve ser feita com álcool, porque é capaz de remover o silicone que a reveste, tornando a aplicação mais dolorosa. As seringas reutilizadas devem ser descartadas quando a agulha se torna romba, curva ou entra em contato com alguma superfície diferente da pele e logo que a aplicação se torne muito mais dolorosa.

Frente a esse cenário, em que *não há evidência concreta de prejuízo à saúde dos diabéticos* relacionada à *reutilização do insumo*, bem como por se tratar de prática que vem sendo utilizada há décadas, a decisão ora questionada, com eficácia em todo o território nacional, acarreta grave lesão à economia pública, haja vista que, segundo dados trazidos pela requerente, representa um incremento nos gastos do Sistema Único de Saúde na ordem de R\$ 447.884.494,20 (quatrocentos e quarenta e sete milhões, oitocentos e oitenta e quatro mil, quatrocentos e noventa e quatro reais e vinte centavos) *por mês*.

Isso posto, defiro o pedido, para suspender a execução da antecipação de tutela concedida nos autos da Ação Civil Pública 32214-62.2013.4.01.3900/PA.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se. Publique-se.

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

Brasília, 3 de fevereiro de 2014.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

## Agravo de Instrumento 0063367-76.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Ney Bello  
 Agravante: União Federal  
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
 Agravado: Dr. Paulo Rodrigues Vieira  
 Advogados: Alexandre de Moraes e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 11/02/2014, p. 256-257

### Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União contra decisão do Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal que, em mandado de segurança, deferiu o pedido de liminar para assegurar ao impetrante Paulo Rodrigues Vieira, ora agravado, o direito de ser ouvido, como testemunha, em processo administrativo, depois da realização de interrogatório em sede de ação penal, na qual ele figura como réu, ao fundamento, em síntese, de que os fatos objeto de seu depoimento, na condição de testemunha, podem ser utilizados contra ele na seara criminal, maculando, assim, o primado do *nemo tenetur se detegere*.

Alega o agravante, em síntese, que, ao contrário do consignado no *decisum* agravado, o princípio que veda a autoincriminação (art. 5º, inciso LXIII, da CF/1988), antes de impedir a colheita do testemunho do impetrante/ agravado no PAD, como por ele pretendido, deve, em verdade, ser encarado como instrumento de garantia de sua realização, o que não implica no malferimento ao seu direito de defesa, enquanto réu em uma ação penal.

Diz, ainda, que a manutenção do quanto disposto na sentença implica em inaceitável ofensa ao princípio da independência entre as esferas penal e administrativa, porquanto representa evidente sujeição da apuração dos fatos na esfera administrativa à sua prévia averiguação na seara criminal.

Assim, requer a antecipação da tutela recursal, a fim de que seja afastado o obstáculo imposto pela decisão impugnada, possibilitando, assim, a oitiva do impetrante, ora agravado, no bojo do PAD 03495.000006/2013-83.

Decido.

Compulsando os autos, à luz da Carta Magna e da jurisprudência do eg. STJ, deve-se conferir relevância jurídica à pretensão do ora agravante, razão pela qual se afiguram incorretos os fundamentos da decisão, e, por conseguinte, urge prover o presente agravo.

O entendimento jurisprudencial dominante, e com o qual acedo *in totum*, trafega no sentido de que o ilícito administrativo independente do ilícito penal.

Por oportuno, trago à baila conhecidos precedentes, que *mutatis mutandis*, sufragam essa assertiva, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PENA DE DEMISSÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR CAPITULADA COMO CRIME. CONDENAÇÃO E ABSOLVIÇÃO NA ESFERA CRIMINAL. REPERCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. ART. 95 DA LEI ESTADUAL 7.366/80. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. *É firme o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que as esferas criminal e administrativa são independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal que negar a existência ou a autoria do crime. [Destaque nosso.]*

Omissis.

(STJ, ROMS 15.585, Quinta Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU, I, de 03/04/2006, p. 367.)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MÉRITO ADMINISTRATIVO. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA.

1. A atuação do Poder Judiciário no controle do processo administrativo circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato atacado, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo. [Destaque nosso.]

2. *É firme o entendimento neste Tribunal Superior que o ilícito administrativo independente do ilícito penal. A sentença criminal somente afastará a punição administrativa se reconhecer a não-ocorrência do fato ou a negativa de autoria, hipóteses inexistentes na espécie. Além do mais, resalto que já houve o trânsito em julgado do processo criminal que condenou a Impetrante como incurso nas penas do art. 121, § 2.º, inciso IV, c.c art. 29 do Código Penal. [Destaque nosso.]*

3. Nos termos das normais estaduais aplicáveis ao caso, não há necessidade de instituição de comissão processante, bem como não há falar em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, pois foi a Impetrante cientificada de todos os atos processuais, exerceu sua defesa, assistida por defensores particulares, legalmente habilitados, consoante se verifica da contestação apresentada e de seu depoimento pessoal.

4. A portaria inaugural tem como principal objetivo dar início ao processo administrativo disciplinar, conferindo apenas publicidade à constituição da comissão processante. É, tão-somente, na fase seguinte - o termo de indiciamento - que se faz necessário especificar detalhadamente a descrição e a apuração dos fatos.

5. Recurso desprovido.

(STJ, ROMS 22.128, Quinta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJU, II, de 10/09/2007, p. 246.)

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. PENA DE DEMISSÃO. REINTEGRAÇÃO AO SERVIÇO PÚBLICO. MODIFICAÇÃO DO PEDIDO APÓS CITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE (CPC, ART. 264). PROCESSO DISCIPLINAR. ABSOLVIÇÃO EM AÇÃO PENAL NOS TERMOS DO ART. 386, III DO CPP (FATO NÃO CONSTITUI CRIME). INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

Omissis.

8. *Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso independente de julgamento na esfera criminal ou em sede de ação civil. [destaques nosso.]*

Omissis.

(TRF1. Numeração única: 0022713-47.2004.4.01.3400; AC 2004.34.00. 022774-9/DF; Terceira Turma Suplementar, e-DJF1 de 20/04/2012, p. 746.)

PENAL E PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. VALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. CRIMES CONTRA A LEI DE LICITAÇÕES. CORRUPÇÃO ATIVA. QUADRILHA. COMPROVAÇÃO.

12. *A ausência de constatação de irregularidade em seara administrativa não tem o condão de vincular a esfera penal, face à autonomia e independência entre as duas esferas. É curial a idéia de que são relativamente independentes as esferas*

*administrativa, cível e penal. A superposição de círculos de ilicitude, por si só, já demonstra esta assertiva, na medida em que todo ilícito penal será um ilícito civil e administrativo, gerando repercussões nesses dois âmbitos, em termos de indenizações e medidas disciplinares, assim como fará coisa julgada no cível a sentença penal que reconheça causas de exclusão da antijuridicidade (arts. 63 e 65 do CPP). Mas as questões voltadas ao campo da ilicitude penal serão mais bem avaliadas na seara do processo penal, onde vigoram princípios mais amplos de proteção ao indivíduo e de apuração do fato delituoso através da busca da verdade real.*

*Omissis.*

(TRF2, ACR 2005.51.01523708-0, Primeira Turma Especializada, rel. Des. Federal Abel Gomes, *E-DJF2R* de 25/02/2011, p. 21-23 – destaques nossos.)

Como se observa, a decisão agravada está em manifesto confronto com a jurisprudência dominante de Tribunal Superior e desta Corte.

Logo, não merece guarida a pretensão do impetrante/agravado de, em última análise, suspender o prosseguimento das apurações levadas a efeito no indigitado PAD, em face da não colheita de seu testemunho, até que haja seu depoimento em paralela ação de natureza penal, haja vista o procedimento administrativo ser independente do criminal.

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo*, com apoio no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 29, inciso XXV, do Regimento Interno deste Tribunal, para reformar a decisão agravada, e, por conseguinte, determinar o regular prosseguimento do PAD 03495.000006/2013-83, com a realização da audiência para colheita do testemunho do impetrante, ora agravado, Sr. Paulo Rodrigues Vieira.

Comunique-se o teor desta decisão ao MM. juiz *a quo*.

Publique-se.

Intimem-se.

No momento oportuno, dê-se baixa.

Brasília, 29 de janeiro de 2014.

Desembargador Federal *Ney Bello*, relator.

## Agravo de Instrumento 0013271-57.2013.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão  
 Agravante: Helena Cândida Santana  
 Advogada: Dra. Adriana Freitas Barbosa de Oliveira  
 Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
 Publicação: *e-DJF1* de 11/02/2014, p. 191-193

## Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal, interposto por Helena Cândida Santana contra a decisão proferida pelo juiz de direito da Comarca de Rio Paranaíba/MG que, nos autos da Execução 0555.09.009220-9, deferiu o destacamento de apenas 20% (vinte por cento) do montante da condenação a título de honorários advocatícios contratuais, quando da expedição da RPV, nos termos do disposto no art. 5º, § 2º, da Resolução 115/2010, do Conselho da Justiça Federal.

A agravante alega, em síntese, que a decisão agravada contraria o contrato celebrado entre as partes, a Lei 8.906/1994 e a Resolução 115/2010 do CJF.

O Código de Processo Civil, em seu art. 557, *caput*, possibilita ao relator, mediante decisão monocrática, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Já o § 1º do mesmo artigo legal possibilita, lado outro, o provimento do apelo, caso a decisão recorrida esteja em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior. Confira:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º - A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Estas prerrogativas concedidas ao relator visam, justamente, a atender aos princípios da economia e celeridade processual. Assim, cabe a esta magistrada antecipar a análise do recurso, sem a necessidade de levá-lo à apreciação dos demais componentes da Turma, quando presentes os requisitos do art. 557 do CPC.

Preliminarmente, apesar de discutível a interposição deste recurso em nome da exequente, Helena Cândida Santana, quando o interesse é de sua procuradora e não da própria parte, pelo contrário, considerando o princípio da economia e celeridade processuais, aprecio o presente agravo de instrumento.

Às fls. 13-16, destacou a decisão hostilizada:

*Observo que foi acostado o contrato de honorários advocatícios às ff. 105-106, com a seguinte cláusula:*

*“IV - O contratante, além de ficar obrigado e responsável pelo pagamento de todas as despesas necessárias ao andamento do processo, compromete-se a pagar ao contratado, a título de honorários advocatícios, 50% do montante apurado a título de precatório, bem como os 05 salários intercalados quando do início do recebimento do benefício”. (sic) (gn)*

*Da análise da aludida cláusula percebe que a Sra. Helena Cândida Santana está obrigada ao pagamento de:*

- 1) todas as despesas necessárias ao andamento do processo;*
- 2) 05 salários mínimos;*
- 3) 50% (cinquenta por cento) do montante apurado na execução, a título de honorários.*

Sabe-se que o direito aos honorários contratados não é ilimitado. Há limites postos pela ética e pela razoabilidade que não podem ser ultrapassados. Acerca dos honorários contratuais, o Código de Ética e Disciplina da OAB determina que os honorários sejam fixados com moderação, atendidos os elementos previstos no artigo 36 do citado código.

*De acordo com a tabela de honorários da OAB/MG, os processos judiciais envolvendo advocacia previdenciária, em ações pelo procedimento ordinário ou sumário, devem ser fixados entre 10% a 20% sobre o valor da causa.*

*Ainda, acerca da abusividade dos honorários advocatícios, há diversos julgados do Conselho Federal, os quais salientam que constitui violação disciplinar punível com pena de suspensão o advogado que fixa honorários em valores inadequados aos preceitos éticos que devem pautar a conduta dos advogados, in verbis:*

*“Constitui violação disciplinar punível com pena de suspensão o advogado que, em Contrato escrito para recebimento de seguro via alvará, fixa seus honorários em 50% do valor do seguro”. (Recurso no 008/2004/SCA-MG, Rel. José de Albuquerque Rocha (CE), Ementa 034/2004/SCA, J: 05/04/2004, unânime, DJ 12/05/2004, p. 544, 51). (gn)*

*“Comete infração disciplinar o advogado que cobra de cliente, em reclamação trabalhista, honorários equivalentes a 43% (quarenta e três por cento) do valor da condenação. Não cabe à Ordem dos Advogados do Brasil apreciar, em processo disciplinar, a validade de contratos de honorários, mas apenas a sua adequação aos preceitos éticos que devem pautar a conduta dos advogados. A cobrança abusiva de honorários advocatícios configura violação ao artigo 36 do Código de Ética e Disciplina da OAB. Recurso conhecido e parcialmente provido”. (Recurso nº 0022/2003/SCA-SP, Rel. Ulisses César Martins de Sousa (MA), Ementa 047/2004/SCA, J: 08/03/2004, unânime, DJ 16/06/2004, p.295, 51). (gn)*

*Conclui-se, assim, que é injustificável que o cliente destine ao advogado mais de 20% (vinte por cento) do valor obtido na demanda, notadamente quando ele, advogado, é beneficiado pela sucumbência.*

*Portanto, no caso dos autos, verifico que a contratante arcará com despesas muito além de 50% (cinquenta por cento) do benefício auferido pela mesma. Desta forma, revelam-se abusivos os honorários advocatícios contratuais estabelecidos além de 20% (vinte por cento) do benefício auferido pela cliente na demanda, quando inclusive, a contratante tem que arcar com as despesas totais para a execução do serviço, até porque, os honorários da sucumbência são revertidos, também, à advogada contratada, independentemente dos honorários pactuados.*

*Assim, considerando os percentuais indicados na tabela de honorários advocatícios, norteado por princípios de consciência profissional e tendo em vista os limites éticos que devem nortear a contratação de serviços advocatícios, defiro, tão somente, o destacamento de 20% (vinte por cento) dos honorários contratuais, quando da expedição do RPV ou precatório.*

*Neste sentido também é a jurisprudência:*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. HONORÁRIOS FIXADOS CONTRATUALMENTE. 30% SOBRE O VALOR BRUTO RECEBIDO PELOS AUTORES. DESTACAMENTO DA QUANTIA NOS OFÍCIOS REQUISITÓRIOS. POSSIBILIDADE.**

*- O art. 22, parágrafo 4º, da Lei 8.906/94, admite a reserva de honorários advocatícios estabelecidos entre o mandante e o mandatário, advogado, por meio de contrato de prestação de serviços celebrado entre os mesmos.*

- *O artigo 5º, da Resolução n. 55/09, do Conselho da Justiça Federal, que regulamenta os procedimentos relativos à expedição de requisições de pagamento, autoriza seja destacado do montante da condenação, caso requeira o advogado, o que lhe couber por força de honorários, desde que junte aos autos respectivo contrato, antes da expedição da requisição.*

- [...]

- *Considerando-se os percentuais indicados na tabela de honorários e os limites éticos que devem nortear a contratação de serviços advocatícios, revelam-se abusivos os honorários advocatícios estabelecidos além de 30% (trinta por cento do benefício auferido pelo autor, em demandas previdenciárias [...]) (TRF 3ª Região, A. I. nº 0009048-75.2011.4.03.0000/SP, rel. Des. Federal Vera Jucovsky, DJE: 18/08/2011).*

O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) estabelece a possibilidade de retenção dos honorários advocatícios fixados entre o mandante e o mandatário, por meio de contrato de prestação de serviços, por ocasião da expedição do mandado de levantamento de precatório. É o que se extrai da redação de seu art. 22, § 4º:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

[...]

§ 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.

Por sua vez, o Conselho da Justiça Federal – CJF, ao editar a Resolução 168/2011 para regulamentar os procedimentos relativos à expedição de requisições de pagamento, previu a possibilidade de o advogado, mediante junta aos autos do respectivo contrato de prestação de serviços profissionais, destacar do montante da condenação o que lhe couber por força de honorários contratuais.

Todavia, a essa regra deve ser aplicada com temperamento pelo magistrado, em especial quando for possível aferir, de plano, a abusividade da cláusula *quota litis* pactuada entre o constituinte e seu patrono. E, com mais razão, a cobrança exagerada de honorários contratuais deve ser reprimida quando se tratar de ações previdenciárias cujos litigantes são pessoas de baixo grau de instrução, e que, em sua maioria, não possuem discernimento necessário para avaliar a abusividade e desproporcionalidade da contraprestação a que se obrigam ao assinar o contrato para serviços advocatícios.

Ao apreciar caso semelhante, a Primeira Seção desta Corte, por unanimidade, em 16/10/2012, denegou a ordem nos autos do Mandado de Segurança 22178-55.2012.4.01.0000, julgando prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto por mim proferido, cujos seguintes trechos ora destaco:

*Entretanto, no presente caso concreto, é de se destacar o disposto no Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil:*

*Art. 36. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:*

*I – a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;*

*II – o trabalho e o tempo necessários;*

*III – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;*

*IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional;*

*V – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente;*

*VI – o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado;*

*VII – a competência e o renome do profissional;*

*VIII – a praxe do foro sobre trabalhos análogos.*

[...]

Art. 38. Na hipótese da adoção de cláusula *quota litis*, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos de honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte ou do cliente.

*Parágrafo único. A participação do advogado em bens particulares de cliente, comprovadamente sem condições pecuniárias, só é tolerada em caráter excepcional, e desde que contratada por escrito. (Grifei)*

*Importa, ainda, ao deslinde da questão ora em análise, a apreciação dos termos da Lei nº 8.213/1991, na parte que conta com norma expressa sobre a impossibilidade de cessão de valores relativos ao benefício previdenciário. Nesse ponto, confira-se:*

*Art. 114. Salvo quanto a valor devido à Previdência Social e a desconto autorizado por esta Lei, ou derivado da obrigação de prestar alimentos reconhecida em sentença judicial, o benefício não pode ser objeto de penhora, arresto ou sequestro, sendo*

nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento. (Grifei)

*Compulsando os autos, verifico que os honorários contratuais em referência, conforme fls. 174/175, foram fixados nos seguintes termos:*

[...]

*CLÁUSULA SEGUNDA – Em pagamento pelos serviços prestados, o contratante se compromete a pagar-lhe, a título de honorários advocatícios o montante equivalente a um salário-mínimo, mensalmente, durante o período compreendido entre a propositura da ação e o final do processo, considerando-se como final do processo o dia do recebimento dos respectivos atrasados ou o dia do início do pagamento do benefício previdenciário pretendido, que, não sendo coincidente, prevalece a última data, autorizando, desde [sic.], por este instrumento, a contratada a pessoalmente receber da fonte pagadora do benefício objeto da ação ou através de saque em conta-corrente bancária, por alvará de levantamento ou ainda por qualquer outro meio capaz de viabilizar o pagamento do referido valor, nomeando-a, para este fim, sua bastante procuradora, podendo, em seu nome, receber ou dar quitação, abrir contas-correntes bancárias, emitir cheques, receber alvará e RPV e praticar, enfim, todos os atos necessários àqueles fim e execução deste mandato. A remuneração estipulada será paga por ocasião do pagamento das prestações do benefício previdenciário, vencidas e/ou vincendas, atualizando-se na época, o valor dos honorários acima fixados. [...]* (Grifei)

*Versando os autos sobre aposentadoria rural por idade, verifica-se que os honorários advocatícios pactuados correspondem à totalidade do benefício devido à parte autora, configurando, portanto, valor excessivo, em evidente afronta à boa-fé do contratante, aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e, ainda, à ética que deve permear a conduta do profissional.*

Nesse sentido, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

*DIREITO CIVIL. CONTRATO DE HONORÁRIOS QUOTA LITIS. REMUNERAÇÃO AD EXITUM FIXADA EM 50% SOBRE O BENEFÍCIO ECONÔMICO. LESÃO.*

[...]

*3. Consubstancia lesão a desproporção existente entre as prestações de um contrato no momento da realização do negócio, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido decorrente da situação de inferioridade da outra parte.*

*4. O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante.*

*5. Ocorre lesão na hipótese em que um advogado, valendo-se de situação de desespero da parte, firma contrato quota litis no qual fixa sua remuneração ad exitum em 50% do benefício econômico gerado pela causa.*

*6. Recurso especial conhecido e provido, revisando-se a cláusula contratual que fixou os honorários advocatícios para o fim de reduzi-los ao patamar de 30% da condenação obtida.*

(REsp 1155200/DF, rel. Min. Massami Uyeda, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 22/02/2011, DJe 02/03/2011)

Na hipótese em apreço, a cópia do contrato de prestação de serviços profissionais juntada aos autos pela causídica revela que a parte-autora se comprometeu ao pagamento de (a) todas as despesas necessárias ao andamento do processo; (b) 5 (cinco) salários-mínimos; e (c) 50% (cinquenta por cento) do montante apurado na execução, a título de honorários.

Ora, a estipulação dessa verba honorária se mostra flagrantemente abusiva, uma vez que a advogada teria direito a mais da metade do benefício econômico obtido pela parte-autora na ação previdenciária.

Destarte, a decisão agravada, acima transcrita, está em conformidade com o entendimento da Corte Superior no sentido da proteção aos hipossuficientes.

A diferença entre o valor pactuado entre a causídica e parte-autora, a título de honorários contratuais, e o valor objeto do destaque, deve ser discutido em ação própria, com observância do juízo competente.

Isso posto, *nego seguimento* ao agravo, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, mantendo a decisão agravada.

Publique-se.

Intime-se.

Não havendo recurso, remetam-se os autos à vara de origem.

Brasília, 31 de janeiro de 2014.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

## Agravo de Instrumento 0006225-80.2014.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)  
Agravante: Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq  
Procuradora: Dra. Flávia Oliveira Tavares  
Agravada: Supergasbras Energia Ltda.  
Advogados: Dr. Joaquim Fernando Marques de Oliveira e outros  
Publicação: e-DJF1 de 25/02/2014, p. 240

### Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq contra decisão proferida pelo Juízo da 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que deferiu pedido de antecipação de tutela para: a) impedir que a área ocupada pela agravada no Terminal Petroquímico de Miramar/PA seja incluída em processo licitatório, até ulterior deliberação, b) determinar à Companhia Docas do Pará que apresente cópia integral do respectivo processo administrativo e c) garantir a prorrogação do contrato administrativo da agravada até decisão final no processo originário.

Afirma não haver qualquer ato abusivo de sua parte e que há perigo de lesão irreparável à Administração e à implantação da política pública de licitação dos arrendamentos portuários.

Pede, ao fim, a atribuição de efeito suspensivo ao presente agravo.

A agravada, Supergasbras Energia Ltda., se adiantou à respectiva intimação e apresentou suas contrarrazões recursais, nas quais argui preliminares de “impossibilidade de aferição da tempestividade do recurso” e de “ausência de peças essenciais à compreensão da controvérsia (CPC, art. 525, II).

É o relatório do essencial.

Decido.

De início, sustenta a agravada que a intimação da Antaq acerca da decisão impugnada não restou comprovada, uma vez que só consta nos autos originários o mandado de intimação da União, à fl. 463.

A leitura do referido mandado, no entanto, revela que embora tenha sido destinado à União, o documento foi corretamente recebido pelo Dr. Antônio Yuhichi Yotoko, Procurador Federal da Procuradoria Regional Federal da 1ª Região, órgão que representa judicialmente mais de cem órgãos públicos e dentre eles, a Antaq.

Ausente a alegada nulidade.

Igualmente não caracterizada a alegada falta de peças essenciais. O dispositivo legal mencionado (CPC, art. 525, II) dispõe a respeito das peças que o agravante entender úteis, não inquinando de nulidade sua ausência por se tratarem peças facultativas.

Quanto ao pedido de antecipação da tutela recursal, observo que não se revela razoável, em juízo perfunctório, reformar a decisão impugnada.

A agravada, após vencer processo licitatório em janeiro de 1999, celebrou contrato com a Companhia Docas do Pará para exploração, pelo prazo de quinze anos, de área no Terminal Petroquímico de Miramar/PA, prorrogáveis por mais quinze anos.

Em 2012, mesmo estando avançadas as tratativas para a prorrogação do contrato, foi editada a Medida Provisória 595/2012, posteriormente convertida na Lei 12.815/2013, que estabeleceu o novo marco regulatório dos portos brasileiros, transferindo as decisões a respeito das concessões e arrendamentos para a Secretaria Especial de Portos – SEP.

Correto o juízo *a quo* ao ponderar que o edital da concorrência que foi vencida pela agravada previa, expressamente, a possibilidade de prorrogação contratual e a Administração já havia manifestado, expressamente, seu interesse em renovar o contrato. Da bem lançada decisão, transcrevo ainda:

[...]

Para os contratos de arrendamento em vigor na data da publicação da MP, o art. 49, § 2º, estabeleceu que a sua prorrogação seria possível, desde que prevista expressamente, e seria condicionada 'à revisão dos valores do contrato e ao estabelecimento de novas obrigações de movimentação mínima e investimentos'.

Veja que a referida MP, em momento algum, impediu a prorrogação dos contratos em vigor, até porque, se assim o fizesse, afrontaria ato jurídico perfeito.

Por outro lado, a Lei 12.815/2013, em que se converteu a MP 595, foi ainda mais benéfica, prevendo, em seu art. 57 e parágrafos, o seguinte:

Art. 57. Os contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei nº 8.530, de 25 de fevereiro de 1993, que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada, poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente.

[...]

Diante desse cenário, não pode a Administração, antes de finalizar o processo administrativo que avalia a possibilidade de renovação contratual das antigas arrendatárias, como é o caso da autora, promover a licitação de área portuária por elas ocupadas.

Também não pode a Administração protelar, por prazo indeterminado, as decisões dos processos administrativos relativos às prorrogações da área portuárias, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica.

Além disso, o alegado "perigo de lesão irreparável à Administração e à implantação da política pública de licitação dos arrendamentos portuários" não se encontra caracterizado, mormente diante de empresa que já detém legitimamente a exploração da área há quinze anos, passíveis, a princípio, de renovação.

Nesse contexto, a decisão recorrida não merece reparos.

A antecipação de tutela ou a correção de uma situação jurídica constitui uma excepcionalidade consistente em entregar antes do trânsito em julgado da sentença o objeto da demanda àquele que demonstra possuir o melhor direito, o que evidentemente, por não representar a solução de mérito, comporta a demonstração pela parte contrária da inexistência de direito a tutelar ou alguma eventual alteração no entendimento inicialmente firmado.

No caso examinado, contudo, em que pesem as ponderações lançadas na petição recursal, a decisão agravada não merece reforma, inexistindo no recurso elementos que justifiquem o deferimento da medida antecipatória requerida ou que justifiquem modificar a decisão recorrida.

A decisão impugnada não contém traços de irreversibilidade ou passível de causar dano de difícil ou incerta reparação, sendo possível e prudente aguardar o exame do mérito da demanda sem que exista prejuízo para o exame ou a satisfação do direito material discutido.

Assim, a decisão deve ser mantida, até que o juízo *a quo*, a seu critério, se pronuncie sobre o mérito da controvérsia originária.

Pelo exposto, *indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal*.

Dê-se conhecimento do inteiro teor desta decisão ao juízo recorrido (via *e-mail*), sem necessidade de informações.

Intimem-se.

Publique-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2014.

Juiz Federal *Márcio Barbosa Maia*, relator convocado.

## Agravo de Instrumento 0061058-82.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente  
Agravante: Sierra do Brasil Ltda.  
Advogado: Dr. Walter José Faiad de Moura  
Agravada: Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq  
Procuradora: Dra. Carolina Garcia Pacheco  
Agravada: Chibatão Navegação e Comércio Ltda.  
Advogado: Dr. Wesley Ricardo Bento da Silva  
Advogado: Dr. Eduardo Muniz Machado Cavalcanti  
Publicação: e-DJF1 de 25/02/2014, p. 227-228

### Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida pelo douto Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação ajuizada por Sierra do Brasil Ltda. contra a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq e Chibatão Navegação e Comércio Ltda., em que se questiona a legitimidade da cobrança, por parte da segunda promovida, da denominada tarifa de armazenagem de mercadorias submetidas ao regime de trânsito aduaneiro, independentemente da utilização de tais serviços. O juízo monocrático reservou-se para apreciar o pedido de antecipação da tutela formulado nos aludidos autos, no sentido de sobrestar-se a cobrança da referida tarifa de armazenagem, após a resposta da Agência Nacional de Transportes Aquaviários– Antaq.

Examinando o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, deferi, em parte, o aludido pleito,

[...] para determinar à empresa Chibatão Navegação e Comércio Ltda. que se abstenha de condicionar o desembarque de mercadorias submetidas ao Regime de Trânsito Aduaneiro em suas instalações ao pagamento da denominada “tarifa de armazenagem de 15 dias”, facultando-se-lhe, contudo, a sua cobrança, *pro rata tempore*, correspondente ao período de efetiva armazenagem, em relação àquelas cujo proprietário optar pela prestação de seus serviços, cabendo à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq fiscalizar o integral cumprimento desta decisão.

Regularmente instruídos os autos, noticiou a agravante o suposto descumprimento da decisão em referência, ao argumento de que a agravada estaria a insistir na realização de “cobrança proporcional, *pro rata die*, do período no qual a mercadoria está simplesmente alocada em seu pátio”, destacando que, durante esse período, limitado a 48 (quarenta e oito) horas, inexistiria efetiva armazenagem, a autorizar a cobrança em referência.

Examinando o aludido pleito, durante as minhas férias regulamentares, o eminente Juiz Federal convocado Carlos Eduardo Castro Martins ordenou a intimação da agravada, a fim de que cumprisse integralmente a decisão inicialmente proferida, sob pena de multa pecuniária, sobrevindo, contudo, embargos de declaração, cumulado com pedido de reconsideração, veiculado pela recorrida Chibatão Navegação e Comércio Ltda., sustentando, em resumo, que, diferentemente do que noticiou a recorrente, inexistente, na espécie, qualquer descumprimento do *decisum* em referência, eis que, após a sua prolação, a cobrança questionada encontra-se restrita ao período em que a mercadoria desembarcada permanece em seu pátio, nos exatos termos em que restou ordenado por esta Relatoria, não mais sendo cobrada a taxa de permanência de 15 (quinze) dias, objeto da controvérsia instaurada nos autos de origem.

Assim posta a questão e não obstante as razões deduzidas pela recorrente, a cobrança da “taxa de Serviços DTA nas 48 horas”, perpetrada pela recorrida Chibatão Navegação e Comércio Ltda. não configura descumprimento da decisão inicialmente proferida nestes autos, ante o comando mandamental daquele *decisum*, no sentido de que a mesma se “abstenha de condicionar o desembarque de mercadorias submetidas ao regime de trânsito aduaneiro em suas instalações ao pagamento da denominada “tarifa de armazenagem de 15 dias”, facultando-se-lhe, contudo, a sua cobrança, *pro rata tempore*, correspondente ao período de efetiva armazenagem, em relação àquelas cujo proprietário optar pela prestação de seus serviços, afigurando-se legítima, em princípio, a cobrança da referida

taxa, pelo período em que as mercadorias desembarcadas permanecem em seu pátio, independentemente da definição conceitual constante em atos normativos da Receita Federal, para fins de administração e atuação fiscal, considerando que, na espécie, não se cuida de administração fiscal-tributária a submeter-se a regramentos do Fisco alfandegário.

Com estas considerações, indefiro o pedido formulado pela agravante, no sentido de que seja fixada multa à recorrida, eis que a cobrança da mencionada “*taxa de Serviços DTA nas 48 horas*” não caracteriza, por si só, descumprimento da decisão inicial proferida nestes autos.

A todo modo, faculta-se, cautelarmente, à empresa agravante efetuar o depósito judicial da quantia cobrada, a título da referida “*taxa de Serviços DTA nas 48 horas*” de depósito de suas mercadorias, na dimensão *pro rata tempore*, como restou, aqui, decidido, até julgamento final do mérito.

Publique-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2014.

Desembargador Federal Souza Prudente, relator.

### Medida Cautelar Inominada 0005804-90.2014.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
Requerente: MRS Logística S/A  
Advogados: Dra. Raquel Bellini de Oliveira Salles e outros  
Requerido: Ministério Público Federal  
Publicação: e-DJF1 de 20/02/2014, p. 70-71

## Decisão

MRS Logística S/A requer medida cautelar inominada em face do Ministério Público Federal (MPF), com pedido de liminar, a fim de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial por ele interposto, nos autos do Agravo de Instrumento 2005.01.00.024637-2/MG.

Consta da petição inicial que, nos autos de ação civil pública ajuizada pelo MPF, foi deferida a antecipação da tutela, para que a ora requerente procedesse ao inventário de bens que lhe foram arrendados pela Rede Ferroviária Federal S/A e destinados ao serviço de transporte ferroviário de cargas, sob pena de imposição de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Interposto agravo de instrumento, o relator deferiu o efeito suspensivo. O colegiado, todavia, ao julgar em definitivo o agravo de instrumento, negou-lhe provimento.

A requerente alega que a manutenção dos efeitos do acórdão recorrido pode ensejar graves e irreparáveis danos, na medida em que fica sujeita à imposição de multa.

Assevera que a determinação contida na decisão de primeiro grau perdeu seu objeto, na medida em que já fora realizada perícia, cujo objeto é mais abrangente do que o inventário determinado em sede de antecipação da tutela.

Pugna, pois, pelo deferimento da medida liminar, *inaudita altera parte*, para que se suspendam os efeitos do acórdão impugnado.

Decido.

A concessão de medida liminar em ação cautelar pressupõe a satisfação simultânea dos requisitos específicos, quais sejam, o *fumus boni iuris*, representado pela plausibilidade jurídica da tese defendida pela requerente, e o *periculum in mora*, decorrente da possibilidade de um dano irreparável ou de difícil reparação, antes do julgamento da causa.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou o entendimento de que, enquanto pendente de admissibilidade o recurso especial e o recurso extraordinário, cabe ao tribunal de origem decidir as medidas

cautelares com o fim de atribuir efeito suspensivo a eventual recurso excepcional interposto nos autos, conforme se verifica do enunciado da Súmula 635, *in verbis*: “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”.

Na hipótese dos autos, verifica-se, primeiramente, que a requerente não colacionou cópia da petição do recurso que interpôs, peça necessária à compreensão da controvérsia e aferição da plausibilidade do direito alegado.

Além disso, em consulta ao sistema processual deste Tribunal (Juris), constata-se que o recurso especial foi interposto após o trânsito em julgado do acórdão proferido no julgamento do agravo de instrumento, pelo que não se vislumbra a possibilidade de admissão do recurso excepcional.

E, mesmo que não se constatassem tais óbices, e se considerassem, apenas, as afirmações do requerente, ainda assim não se vislumbra o preenchimento dos requisitos para o deferimento da presente medida cautelar, por não se antever, ao menos nesta oportunidade, a viabilidade do recurso especial. É que, conforme afirmado pela requerente, o recurso especial foi interposto de acórdão que negou pedido de antecipação de tutela. Quanto ao ponto, em recentes julgados, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) passou a decidir de acordo com o seguinte entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REVISÃO NO STJ. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 735/STF. SÚMULA 7/STJ.

1. O STJ, em sintonia com o disposto no enunciado da Súmula 735 do STF, entende que, via de regra, não é cabível recurso especial para reexaminar decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, em razão da natureza precária da decisão, sujeita à modificação a qualquer tempo, devendo ser confirmada ou revogada pela sentença de mérito. Apenas violação direta ao dispositivo legal que disciplina o deferimento da medida autorizaria o cabimento do recurso especial, no qual não é possível decidir a respeito da interpretação dos preceitos legais que dizem respeito ao mérito da causa. Precedentes.

2. Ainda que cabível, em tese, o recurso especial, seria imprescindível o reexame do contexto fático e probatório dos autos para a verificação dos pressupostos ensejadores da tutela antecipada, providência inviável nesta instância em face da Súmula 7/STJ, conforme a jurisprudência pacífica desta Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 261.912/MG – Ministra Maria Isabel Gallotti – DJe de 26/02/2013.)

No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.263.677/RS, Min. Antônio Carlos Ferreira, DJe de 24/04/2013, AgRg no AREsp 233.015/RS, Min. Humberto Martins, DJe de 25/10/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.219.394/RS, Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 28/09/2012; AgRg no REsp 1.157.502/SC, Min. Og Fernandes, DJe de 24/09/2012.

Por outro lado, o entendimento consolidado no STJ é de que as medidas cautelares propostas com o objetivo de atribuir efeito suspensivo a recurso especial (também aplicável ao recurso extraordinário) têm natureza jurídico-processual de mero incidente, ainda que processadas em autos apartados, não havendo que se falar em autonomia desse expediente, o qual se esgota no deferimento ou indeferimento da liminar.

Ante o exposto, *indefiro a petição inicial* e declaro extinto o processo, com fulcro nos arts. 267 e 295 do Código de Processo Civil.

Junte-se cópia desta decisão ao processo principal.

Publique-se.

Intimem-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

Brasília, 14 de fevereiro de 2014.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Vice-Presidente.



## Pedilef 5005463-03.2012.4.04.7101

Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves  
Requerente: União Federal  
Requerido: Leandro Martins Acosta  
Publicação: DOU de 17/01/2014, p. 153

### Ementa-Voto

*Administrativo. Incorporação de quintos. Pretensão de recebimento de valores. Contagem do prazo prescricional para a cobrança. Portaria de dezembro de 2004 declarando o direito. Interrupção da prescrição. Não reinício da contagem. Interpretação do art. 9º do Decreto 20.910/1932. Entendimento do STJ em processo representativo de controvérsia (REsp 1.270.439/MG). Pedido de uniformização em parte conhecido e, nessa parte, desprovido.*

I. A União pretende a modificação do acórdão que fixou o prazo prescricional de cinco anos, após a interrupção do prazo prescricional, para o pagamento de valores atrasados referentes à incorporação de parcelas remuneratórias, chamadas de quintos. Alega a recorrente que as parcelas supostamente devidas já estariam prescritas, tendo em vista que a prescrição é contada pela metade após a ocorrência de qualquer causa de interrupção. No caso, a interrupção teria ocorrido pelo reconhecimento do direito pela Administração Pública, com a edição da Portaria 1.379, de 28/12/2004, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Aponta os acórdãos paradigmas proferidos por esta Turma no Pedilef 2006.84.00.507627-8 e pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg no REsp 1.116.080/SP. O incidente foi sobrestado por este Colegiado na sessão de 12 de junho de 2013.

II. Nos termos do art. 14 da Lei 10.259/2001, o pedido de uniformização de jurisprudência é cabível quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material. O Pedilef 2006.84.00.507627-8, de que foi relator o Sr. Juiz Otávio Port, reconheceu a contagem de novo prazo de cinco anos após a interrupção da prescrição, no mesmo sentido da decisão recorrida. Dessa forma, não havendo divergência, mas identidade, é imprestável a essa finalidade o referido acórdão paradigma.

III. No que tange ao aresto remanescente, oriundo do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se configurada a divergência exigida pelo art. 14, § 2º, da Lei 10.259/2001.

IV. Quanto ao mérito, sem razão a recorrente. A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial repetitivo (REsp 1.270.439/PR, DJ 26/06/2013), consolidou o entendimento de que o ato administrativo de reconhecimento do direito à incorporação de quintos aos servidores da Justiça Federal — decisão do ministro presidente do Conselho da Justiça Federal, de 17/12/2004, exarada no Processo Administrativo 2004.164940 — configura causa interruptiva da prescrição.

V. Na ocasião, referida Corte reafirmou a tese de que: (i) o prazo prescricional, interrompido pelo reconhecimento administrativo do direito à incorporação dos quintos, fica suspenso enquanto não realizado, integralmente, o direito já reconhecido. Inteligência do art. 4º do Decreto 20.910/1932; (ii) a prescrição somente volta a fluir, pela metade, quando a Administração pratica algum ato que revele o seu desinteresse no pagamento da dívida.

VI. No caso dos autos, a Medida Provisória 2.225-45, de 04/09/2001, reconheceu aos servidores o direito à incorporação das antigas parcelas de quintos, depois transformadas em décimos, a título de VPNI. Portanto, foi a partir desta data que teve início o prazo prescricional quinquenal estabelecido pelo art. 1º do Decreto 20.910/1932. O Conselho da Justiça Federal determinou a incorporação para todos os servidores da Justiça Federal no País e, em 28/12/2004, a Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, órgão a que vinculado o recorrido, baixou a Portaria 1.379, deferindo-lhe o direito e efetuando o pagamento parcial da quantia. Assim, dito ato administrativo levou à interrupção da prescrição, mas a contagem do prazo prescricional não se reiniciou ainda, porque não houve quitação do débito integralmente ou recusa posterior quanto ao seu pagamento.

VII. Julgamento de acordo com o art. 46 da Lei 9.099/1995.

VIII. Pedido de uniformização em parte conhecido e, nessa parte, desprovido.

## Acórdão

Decide a Turma conhecer em parte do incidente e, nessa parte, negar-lhe provimento.

Turma Nacional de Uniformização Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais – 12/12/2013.

Juiz Federal *Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves*, relator.

### Pedilef 0507679-12.2007.4.05.8200

Relatora: Juíza Federal Marisa Cláudia Gonçalves Cúcio

Requerente: INSS

Requerida: Maria Nazaré da Silva

Publicação: DOU 10/01/2014, p. 125

### Ementa-voto

*Pedido de uniformização nacional interposto pela autarquia-ré. Cancelamento do desconto efetuado sobre a aposentadoria por idade. Sentença de procedência mantida pela turma recursal. Erro da Administração. Valores recebidos de boa-fé. Devolução dos valores recebidos. Irrepetibilidade. Incidência da Súmula 51 da Turma Nacional de Uniformização. Incidente não conhecido. Questão de ordem 13.*

I. Ação proposta em face do INSS com pedido de cancelamento do desconto de 10% incidente sobre a aposentadoria por idade que a parte-autora percebe.

II. A parte-autora foi beneficiária de aposentadoria por idade, posteriormente cancelado pelo INSS, sob o argumento de que fora concedido indevidamente. Atualmente é titular de aposentadoria por idade rural, sob a qual incide um desconto relativo ao ressarcimento do outro benefício cancelado.

III. Sentença de procedência do pedido, determinando que o INSS se abstenha do desconto sobre o benefício do requerente, em face do valor mínimo do mesmo e de sua natureza alimentar.

IV. Autarquia-ré apresentou recurso inominado que teve seu provimento negado, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

V. Incidente de uniformização de jurisprudência manejado pelo INSS, com fundamento no art. 14 da Lei 10.259/2001. Arguição, em síntese, da possibilidade do ressarcimento ao Erário dos valores pagos, ante o novo entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça.

VI. Cotejo analítico entre o acórdão vergastado e os paradigmas. Imprestabilidade dos julgados dos Tribunais Regionais Federais. Por sua vez, inexistente dissídio jurisprudencial instaurado em face dos julgados do STJ: Recurso Especial 98.8171/RS e Recurso Especial 57.1988/RS.

VII. No RE 98.8171/RS, o STJ manteve o julgado que autorizou o desconto das parcelas recebidas por decisão antecipatória de tutela, em face da prova da má-fé. Por sua vez, o RE 57.1988/RS trata somente da questão da limitação de descontos, sem manifestação se a devolução é decorrente de decisão judicial, administrativa, se houve recebimento indevido, de boa-fé, ou mediante a prova da má-fé.

VIII. A despeito de recente julgado da Corte Cidadã, alterando seu entendimento, adotando a tese de que os valores percebidos pelo segurado indevidamente deverão ser devolvidos independentemente da boa-fé, é entendimento desta Turma Nacional que os valores recebidos em demanda previdenciária são irrepetíveis em razão da natureza alimentar desses valores e da boa-fé no seu recebimento consoante a Súmula 51: "Os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos da tutela posteriormente revogadas em demanda previdenciária são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento."

IX. Outrossim, impende salientar, que ficou demonstrado nos autos que houve um erro da Administração quanto ao pagamento do benefício previdenciário. Os valores recebidos, neste caso, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar desses valores e da boa-fé no seu recebimento. Precedente Pedilef 00793098720054036301.

X. Aplicação das Questões de Ordem 13: “Não cabe pedido de uniformização, quando a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido.”

XI. Pedido de uniformização jurisprudencial não conhecido.

### Acórdão

Decide a Turma conhecer em parte do incidente e, nessa parte, negar-lhe provimento.

Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais – 09/10/2013.

Juíza Federal *Marisa Cláudia Gonçalves Cúcio*, relatora.

---



## Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.jus.br/jurisprudencia/inteiro teor](http://www.trf1.jus.br/jurisprudencia/inteiro%20teor))

*Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público federal. Demissão. Acareação. Testemunhas. Devido processo legal. Observância.*

I. O procedimento administrativo disciplinar que culminou na demissão do impetrante processou-se regularmente, tendo observado todas as formalidades exigidas pela legislação regente, não havendo falar em ofensa ao princípio do devido processo legal.

II. O fato de a comissão processante não ter se utilizado da faculdade do § 2º do art. 158 da Lei 8.112/1990, no que se refere à acareação de testemunhas, em nada afeta a legalidade do processo administrativo disciplinar em questão, uma vez que o juízo sobre a necessidade da acareação é exclusivo da autoridade responsável pela direção do inquérito disciplinar (MS 23187, relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2010, DJe 145, divulg. 05/08/2010, public. 06/08/2010, ement. v. 02409-03, p. 534).

III. Segurança denegada.

Mandado de Segurança 0040534-64.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro – Corte Especial

Publicação: e-DJF1 de 13/02/2014, p. 64

*Suspensão de liminar. Indeferimento. Agravo regimental. Reintegração de posse. Esbulho recente. Tupinambás de Olivença. Agravo improvido.*

I. As alegações da agravante de que os indígenas utilizam as terras das referidas fazendas para a pecuária e a agricultura de subsistência e que não têm para onde ser transferidos, ou que o cumprimento da decisão pode acirrar os conflitos, não impressionam. Há indicação de que a ocupação faz parte de várias outras invasões de propriedades supostamente localizadas em áreas indígenas, perpetradas por pessoas que se declaram índios Tupinambás.

II. Se de um lado a Constituição Federal previu, em seu art. 231, a proteção às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, de outro, também conferiu, em seu art. 5º, inciso XXII, proteção ao direito de propriedade. O Poder Judiciário não pode convalidar operações de extrusão de particulares por indígenas, objetivando exercer pressões para finalizar procedimentos demarcatórios.

III. Não há nenhuma demonstração de que a manutenção dos efeitos da decisão proferida pelo MM. juiz *a quo*, que pretendeu restabelecer o *status quo ante*, pode agravar o clima de tensão estabelecido na região sul da Bahia. Ao revés, a suspensão da decisão ora impugnada poderá incentivar novas ocupações e, portanto, novos confrontos entre índios e não índios.

IV. Agravo regimental desprovido.

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0075038-96.2013.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Corte Especial

Publicação: e-DJF1 de 07/02/2014, p. 588

*Medida cautelar. Justificação. Preparatória de ação rescisória. Improbidade administrativa. Inquirição de testemunhas. Arts. 861 e seguintes do CPC.*

I. A justificação judicial é um processo autônomo, de jurisdição voluntária, caracterizando-se como o meio jurídico hábil para se conhecer da existência de algum fato, circunstância ou relação jurídica de interesse do demandante, seja para simples documentação, seja para servir de prova em processo futuro, *ex vi* dos arts. 861 a 866 do Código de Processo Civil.

II. Inquiridas as testemunhas arroladas pelo requerente, com observância das formalidades legais, homologa-se a justificação e se determina a entrega dos autos ao requerente, independentemente de traslado, decorridas 48 (quarenta e oito) horas da decisão.

Medida Cautelar Inominada 0036927-43.2013.4.01.0000/RR

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro – 2ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 13/02/2014, p. 66

*Processual Civil. Mandado de segurança contra ato de juiz federal. Portador de necessidades especiais. Patologia na coluna vertebral não caracterizada como deficiência física. Decreto 3.298/1999. Segurança denegada.*

I. Mandado de segurança impetrado contra ato da juíza federal diretora do Foro da Seção Judiciária de Tocantins, que manteve o entendimento de junta médica no sentido de não considerar o impetrante portador de necessidades especiais.

II. Considerou-se que o impetrante padece de patologia na coluna vertebral, todavia, tal condição não permite seu enquadramento como portador de deficiência física, nos termos do art. 4º, I, do Decreto 3.298/1999.

III. "O candidato excluído de concurso público em exame médico deve produzir prova pericial médica para infirmar a decisão administrativa e comprovar sua aptidão física para o exercício do cargo público. (CPC, art. 333, I). Não tendo sido produzida a prova hábil a desconstituir o laudo oficial deve prevalecer a decisão de exclusão que considerou o candidato inapto por ser portador de deficiência física incompatível com as atividades a serem exercidas pelo ocupante do cargo público." (AC 0004692-91.2002.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado), Sexta Turma, e-DJF1, p. 320, de 31/08/2009.)

IV. Ausência de direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança.

V. Agravo regimental prejudicado.

VI. Segurança denegada.

Mandado de Segurança 0033279-55.2013.4.01.0000/TO

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 3ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 27/01/2014, p. 308

*Processual Civil. Embargos de declaração. Decisão individual do relator. Não admissibilidade. Conhecimento como agravo regimental. Mandado de segurança julgado prejudicado, por perda de objeto, tendo em vista a prolação de sentença substitutiva da liminar impugnada, posteriormente reformada em virtude do provimento de recurso de apelação contra ela interposto, e da remessa oficial, com a consequente denegação da ordem.*

I. Orientação jurisprudencial da Corte Especial, na esteira do entendimento firmado pela Suprema Corte, no sentido de não serem admissíveis embargos de declaração contra decisão individual de relator, devendo o recurso ser examinado como agravo regimental, quando, como se verifica na hipótese em causa, contiver pretensão infringente.

II. Não derivando deste mandado de segurança, senão reflexamente, qualquer providência relativa à posse do impetrante junto ao Hospital das Forças Armadas, porque a liminar nele concedida, e apenas em parte, se fez tão só para afastar, quanto a ele, os efeitos de medida liminar deferida no Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal em outra ação mandamental, e porque não tem autoridade administrativa legitimidade para figurar no polo passivo de impetração originária no Tribunal, nem mesmo na posição de litisconsorte, porque não defende, na hipótese em causa, ato próprio, se encontrando tão só sujeito aos efeitos, enquanto perdurarem, da medida liminar impugnada, nada há a ser examinado em relação a mérito, no particular.

III. Igual situação se verifica em relação ao Edital 5/2009, editado em cumprimento ao comando liminar concedido na outra ação de segurança e que sequer subsiste hoje, porque substituído com a prolação de sentença concessiva da ordem, reformada em virtude do provimento ao recurso de apelação contra ela interposto e à remessa oficial.

IV. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, negando-se provimento a este.

Embargos de Declaração no Mandado de Segurança 0047633-27.2009.4.01.0000 (2009.01.00.049826-7)/DF

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – 3ª Seção  
Publicação: *e-DJF1* de 13/01/2014, p. 32

*Previdenciário. Auxílio-doença. Falecimento da parte-autora no curso do processo. Habilitação e direitos dos herdeiros aos créditos pretéritos. Laudo pericial. Incapacidade laborativa parcial. Honorários advocatícios. Custas. Atualização monetária.*

I. Dispõe o art. 112 da Lei 8.213/1991 que “O valor não recebido em vida pelo segurado só será pago aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos seus sucessores na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento” (art. 112 da Lei 8.213/1991). Apesar de o direito da aposentadoria não se transmitir aos herdeiros, persiste, entretanto, o interesse quanto aos créditos pretéritos, retroativos a data do requerimento administrativo até a concessão do benefício pelo INSS. (TRF 1ª Região – AC 0010630-57.2007.4.01.9199/MG, rel. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada), Segunda Turma, *e-DJF1*, p. 465, de 19/11/2010). Habilitação dos herdeiros deferida.

II. Constatada em laudo médico pericial, completo e esclarecedor, a incapacidade laborativa parcial e temporária da autora originária, deve ser mantida a sentença que concedeu-lhe o benefício da auxílio-doença, a partir do requerimento administrativo, já que igualmente demonstrada a condição de segurada e o cumprimento do período de carência, observada, no caso, a perda de objeto parcial do pedido pelo superveniente falecimento.

III. Devem ser pagas aos herdeiros as diferenças relativas às parcelas em atraso, contadas do requerimento administrativo até a data da implantação do benefício.

IV. A correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, devendo-se, contudo, aplicar-se o IPCA-E após a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, tendo em vista a imprestabilidade da TR — atualmente usada na remuneração das cadernetas de poupança — como índice de correção monetária de débitos judiciais, conforme assentado pelo STF no julgamento da ADI 493/DF. Os juros moratórios são devidos no percentual de 1% (um por cento) do valor de cada parcela vencida incidindo essa taxa até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir de quando devem ser reduzidos para 0,5% (meio por cento) ao mês, tendo em vista que esses são os juros aplicados nas cadernetas de poupança, até a apuração definitiva dos cálculos de liquidação.

V. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre as prestações em atraso até a data da prolação da sentença, atendendo ao enunciado da Súmula 111/STJ.

VI. Nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (§ 3º do art. 109 da CF/1988), o INSS está isento das custas somente quando lei estadual específica prevê a isenção, o que ocorre nos Estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia e Mato Grosso. Em se tratando de causas ajuizadas perante a Justiça Federal, o INSS está isento de custas por força do art. 4º, inciso I, da Lei 9.289/1996, abrangendo, inclusive, as despesas com oficial de justiça.

VII. Remessa oficial parcialmente provida.

Numeração única: 0018198-22.2010.4.01.9199

Reexame Necessário 0018198-22.2010.4.01.9199/RO

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado) – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 22/01/2014, p. 102

*Penal. Processual Penal. Delitos de registro de filho alheio como próprio (art. 242 do CPB) e declaração falsa em processo de alteração de visto de estrangeiro (art. 125, XIII, da Lei 6.815). Concurso material. Autoria e materialidade demonstradas. Manutenção da pena.*

I. Materialidade e a autoria devidamente comprovadas pela prática do delito tipificado no art. 242 do Código Penal (registro de filho alheio como próprio) e art. 125, XIII, da Lei 6.815/1980 (declaração falsa em processo de transformação de visto).

II. Não há que se falar em incorreção na dosimetria da pena, tendo sido observado o sistema trifásico, tal como previsto no art. 68 do Código Penal, não merecendo prosperar o recurso do Ministério Público Federal.

III. Compensação da atenuante da confissão (art. 65, III, *d*) e da agravante do art. 62, I (promover ou organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos demais agentes), mantendo as penas-base nos patamares anteriormente fixados pela sentença, eis que, “[...] *Havendo concurso entre as circunstâncias legais do art. 65, III, d (confissão) e do art. 62, I - CP (quando o agente promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais), pode o julgador dar pela preponderância da confissão, em face do seu caráter subjetivo (art. 67 - CP), ou pela compensação das duas circunstâncias, posto que se opõem nos seus efeitos [...]*” (ACR 0114741-88.2000.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Olindo Menezes, Terceira Turma, DJ, p. 31, de 14/01/2005).

IV. Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, impõe-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

V. Apelação do Ministério Público Federal não provida.

Numeração única: 0005230-22.2004.4.01.3200

Apelação Criminal 2004.32.00.005234-2/AM

Relator: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes - 3ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 10/01/2014, p. 257

*Penal e Processual Penal. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (CP: art. 273, §§ 1º e 1º-B, I e V). Cominação legal. Desproporcionalidade. Inconstitucionalidade incidenter tantum decretada pelo juiz de primeiro grau. Aplicação da cominação prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006. Trânsito em julgado para a acusação. Regime de cumprimento de pena. Abrandamento apelação parcialmente provida.*

I. Configura o delito previsto no art. 273, § 1º-B, incisos I e V, do CP, quem, dolosamente, importa, vende, expõe à venda, tem um depósito para vender, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado ou, sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente ou, ainda, de procedência ignorada.

II. A sentença transitou em julgado para a acusação.

III. Mantida a aplicação da cominação legal do art. 33 da Lei de Drogas, em virtude do reconhecimento da inconstitucionalidade incidenter tantum, da cominação legal prevista no art. 273 do Código Penal, decretada pelo juiz sentenciante em razão da desproporcionalidade.

IV. Aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, para efeito de cálculo da pena, no seu patamar máximo de 2/3 (dois terços).

V. Regime inicial aberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *c*, do Código Penal.

VI. O Plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97256/RS, rel. Min. Ayres Britto, entendeu pela inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no art. 44 do mesmo diploma legal, deixando a cargo do juiz da causa a análise sobre se o condenado preenche ou não os requisitos para ter sua pena privativa de liberdade convertida em pena restritivas de direitos.

VII. Substituição da pena privativa de liberdade imposta ao réu, por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juiz da Execução Penal.

VIII. Apelação provida.

Apelação Criminal 0011468-63.2010.4.01.4100/RO

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 05/02/2014, p. 43

*Direito Constitucional e Processual Civil. Propriedade particular, com título formalmente regular e efetiva exploração econômica. Ocupação recente por indígenas da etnia Xakriabá. Precipitação. Posse imemorial. Probabilidade. Reconhecimento. Devido processo legal. Necessidade. Reintegração de posse. Deferimento de liminar. Confirmação.*

I. A disciplina constitucional e a interpretação que se construiu em torno do indigenato e da terra indígena é um notável avanço que não se pode banalizar, sob pena de retrocesso ou, no mínimo, da perda de prestígio.

II. A Constituição garante o direito de propriedade, atendida sua função social (art. 5º, XXII e XXIII), e que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV).

III. Consoante reconhece o próprio Ministério Público Federal, ainda não está concluído o processo em que se pretende ampliação da terra indígena Xakriabá e nem há certeza (há apenas a probabilidade) de futura confirmação da posse imemorial desses índios sobre a área pretendida.

IV. De acordo com memorial apresentado pela Funai, “os estudos de identificação encontram-se em estágio avançado e aguardam aprovação”. Diz mais que “os estudos de revisão de limites ainda estão em andamento” e que “existem robustos indícios no sentido de que a (área) litigiosa é tradicionalmente ocupada pela Comunidade Xacriabá”.

V. Nessas circunstâncias, o simples fato da ocupação, recente, pelos índios não inverte o ônus da prova (de que não há posse imemorial), a qual, além de tudo, seria uma prova negativa, cujo ônus só excepcionalmente ocorre.

VI. Não cabe aos detentores de títulos formalmente legítimos fazer a prova de que a terra não fora, há mais de século, ocupada por indígenas, mas, aos índios, por meio de suas entidades representativas e do Ministério Público, fazer a demonstração positiva da posse imemorial, isto, dentro do processo legalmente previsto para esse fim.

VII. Não há grande risco, no caso, de graves incidentes na reintegração de posse — possibilidade que motivou o deferimento de antecipação de tutela recursal —, uma vez esclarecido que a área pretendida é contígua a extensas terras (mais de 50.000 hectares) já ocupadas pelos índios Xakriabá.

VIII. Negado provimento ao agravo de instrumento. Fixado prazo de 30 (trinta) dias para que os indígenas desocupem voluntariamente a área, após o qual a desocupação será coativa.

Agravo de Instrumento 0060621-41.2013.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 29/01/2013, p. 450

*Responsabilidade civil. Danos morais e materiais. Responsabilidade objetiva do Estado. Verba reconhecida em reclamação trabalhista. Apropriação indevida por advogado desabilitado nos autos. Valor não repassado aos sucessores legais do trabalhador falecido. Legitimidade ativa dos pais. Dever de indenizar. Possibilidade de ajuizamento de ação regressiva de cobrança pela União contra o advogado litisdenunciado.*

I. A legitimidade do inventariante para responder ativa e passivamente nas ações em que o espólio figure como autor, réu ou interessado, não afasta a legitimidade de herdeiro para propor ações em busca do reconhecimento ou da defesa de bens e direitos do espólio. Precedentes do STF (MS 24110/DF, relator Min. Moreira Alves) e STJ (REsp 36.700, relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira), o que se reconhece com fundamento no parágrafo único do art. 1.791 do Código Civil.

II. A responsabilidade da Administração Pública é objetiva, na medida em que prescinde da demonstração de culpa ou dolo do ente estatal. Deve estar evidenciada a conduta da Administração, o dano e o nexo de causalidade. Provados os três elementos, emerge para o Estado o dever de indenizar.

III. Hipótese em que restou demonstrado que os autores deixaram de se habilitar nos autos da reclamação trabalhista, após a morte do filho, em razão da inobservância do juiz e servidores da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento do TRT no Estado do Maranhão das disposições da legislação civil e processual civil pertinentes, porquanto tal fato fora levado ao conhecimento do juízo. Em razão do descumprimento do CPC, art. 265, e do Código Civil de 1916, art. 1.316 (atual art. 682 do CC de 2002), o advogado constituído pelo *de cujus* continuou a atuar nos autos sem a devida habilitação e teve expedido a seu favor alvará judicial que resultou na apropriação indevida da verba trabalhista.

IV. A hipótese não se enquadra nas situações em que se exclui do Estado a responsabilidade por atos judiciais, porque o prejuízo financeiro causado ao espólio e a situação de angústia e apreensão experimentados pelos pais do trabalhador não se assemelham às situações de mero percalços que se sujeitam os que dependem da prestação

jurisdicional. Cuidando-se de responsabilidade civil objetiva, à vítima cabe provar o dano e o nexo causal com a ação administrativa, o que restou provado na espécie dos autos. Cumpria à União, por seu turno, provar a culpa concorrente ou exclusiva do particular, que não restou provada.

V. “Os danos morais indenizáveis devem assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de sopesar a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrável à luz da proporcionalidade da ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade” (AC 0002168-79.2006.4.01.3304 / BA, rel. Des. Federal Selene Almeida, Quinta Turma, *e-DJF1*, p. 106, de 17/10/2011). Redução da verba de R\$ 50.000,00 para R\$ 20.000,00. Mantidos, por outro lado, os danos materiais fixados na sentença, correspondentes ao valor da importância levantada pelo advogado.

VI. Mantida a verba honorária fixada no percentual mínimo de 10% (dez por cento) do valor da condenação. Hipótese em que o arbitramento atende às prescrições das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do art. 20 do CPC. A União, por outro lado, é isenta do pagamento de custas na Justiça Federal (Lei 9.289/1996, art. 4º, inciso I), devendo arcar tão somente com as custas em ressarcimento.

VII. Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas para reduzir o valor da condenação por danos morais e afastar o pagamento de custas.

Numeração única: 0003872-79.2001.4.01.3700

Apelação/Reexame Necessário 2001.37.00.003890-1/MA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 29/01/2014, p. 443

*Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Propaganda de medicamentos. Art. 220, § 4º, da Constituição Federal. Exigência de lei federal. Auto de infração. Infração prevista em resolução. Aplicação de penalidade: impossibilidade. Cerceamento de defesa na esfera administrativa não configurado.*

I. O só fato de a autoridade administrativa responsável pelo julgamento de impugnação a auto de infração sanitária acrescentar penalidade originariamente não prevista na autuação questionada não configura cerceamento de defesa, seja porque, no caso concreto, decorrente da mesma situação fática que ensejou a atuação administrativa, seja porque o administrado pôde se defender por meio da interposição de recurso administrativo, sem que maiores prejuízos lhe tenham sido causados.

II. A teor do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, “a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”. O inciso II do § 3º do art. 220 do diploma constitucional, por seu turno, dispõe que “compete à lei federal estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de propagandas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

III. Em razão da previsão de que a propaganda de medicamentos seja regida por lei federal, foi editada em 1996 a Lei 9.294, de cujo art. 7º não consta a necessidade, tampouco qualifica como infração a omissão, de que seja informado “o número de registro do medicamento na Anvisa” e a “contraindicação principal do produto”, infrações nas quais incorreu a impetrante e que apenas estão previstas na Resolução RDC 102/2000 (arts. 3º, I, e 12, *a*, respectivamente).

IV. Ineficaz para conferir validade à atuação administrativa o fato de ter constado do auto de infração sanitária que a conduta imputada à impetrante seria contrária ao art. 94, § 1º, II, do Decreto 79.094/1977, que disciplina o padrão dos dizeres da rotulagem e das bulas dos medicamentos e que determina a exigência de que deles constem o número de registro do produto na Anvisa, hipótese diversa dos autos, e ao art. 10, V, da Lei 6.437/1977, que apenas afirma constituir infração sanitária a propaganda de produtos que contrarie a respectiva legislação, propaganda essa que é disciplinada pela Lei 9.294/1996 e que não tipifica como infração as condutas imputadas à impetrante.

V. Não constando da Lei 9.294/1996 a previsão de que na propaganda de medicamentos deverá haver referência ao “número de registro do produto na Anvisa” e à “contraindicação principal do produto”, exigência apenas contida na Resolução RDC 102/2000, não há porque subsistir, diante da ausência de amparo legal, o auto de infração questionado. Prejudicialidade da tese de inexistência de responsabilidade do veículo de comunicação.

VI. Não analisada a alegação da impetrante, veiculada por meio de petição após a conclusão do processo para relatório/voto, de que sobre a matéria controvertida a Anvisa já teria se manifestado em processo judicial distinto, trazendo aos autos cópia da respectiva peça processual, desnecessária a intimação da agência reguladora para sobre ela se manifestar.

VII. Recurso de apelação interposto pela impetrante provido e concessão da segurança vindicada (item V). Ressarcimento das custas processuais pela Anvisa. Sem honorários de sucumbência em razão das Súmulas 105/STJ e 512/STF.

Apelação Cível 0058163-07.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 28/01/2014, p. 599

*Processual Civil. Agravo de Instrumento. Direito Internacional. Menor. Repatriação. Transação. Vício de consentimento. Alegação. Homologação. Postergação do exame. Possibilidade. Medidas cautelares. Deferimento parcial.*

I. “É pacífico o entendimento desta Corte de que, uma vez assinado o termo, fica constituído o ato jurídico, sendo este perfeitamente válido entre as partes transatoras, desde que firmado com todos os requisitos e pressupostos de validade. Qualquer vício que eventualmente tenha contaminado a transação deverá ser suscitado e comprovado em ação própria destinada à anulação da manifestação volitiva capaz de tornar ineficaz o ato jurídico praticado” (AC 0009534-69.2002.4.01.3900/PA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, *e-DJF1*, p. 53, de 29/10/2012).

II. Caso em que não houve recusa da magistrada em homologar o acordo formalizado entre a mãe, ré no feito originário, e o pai do menor, estabelecendo condições para a sua restituição de maneira amistosa, visando a por fim à demanda, mas simplesmente uma postergação em razão da notícia de coação na sua formalização, caso em que se revela mais prudente aguardar a iniciativa da genitora, que noticiou a ocorrência de vício no consentimento, em adotar as medidas judiciais que entender cabíveis.

III. Apesar dos termos do acordo celebrado quando da celebração do divórcio do casal em Portugal, segundo o qual a guarda do menor ficaria a cargo do pai, a sua genitora, ré no feito originário, trouxe o filho para o Brasil sem autorização de seu pai.

IV. Genitora do menor que teria se ocultado como forma de impedir a realização da citação, obrigando a realização de sua citação por hora certa, na forma do art. 229 do CPC e na pessoa de sua irmã, o que recomenda o deferimento das demais medidas cautelares requeridas, como forma de resguardar os interesses do menor e de possibilitar o cumprimento dos termos do acordo, em caso de não comprovação da ocorrência de coação, ou de assegurar o resultado útil da sentença a ser proferida na ação de busca e apreensão.

V. Apreensão do passaporte da genitora, comunicação ao DPF para que impeça a emissão de 2ª via e proibição de se ausentar, juntamente com seu filho, do Município de Goiânia sem autorização judicial determinada.

VI. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento.

Agravo de Instrumento 0059974-46.2013.4.01.0000/GO

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada) – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 04/02/2014, p. 604

*Processual Civil. Tributário. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Fraude à execução. Alienação de bens imóveis. Citação. Lei Complementar 118/2005. Vigência.*

I. A alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC 18/2005 (09/06/2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente a 09/06/2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa (STJ, REsp 1.141.990/PR, Min. Luiz Fux, Primeira Seção, *DJe* de 19/11/2010).

II. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Agravo de Instrumento 0019359-19.2010.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 21/02/2014, p. 767



- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: *Revista Fórum Administrativo*;
- ★ Editora Forense: *Revista Forense*;
- ★ Editora LTR: *Revista de Previdência Social – RPS*;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: *Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas*;
- ★ Editora Dialética: *Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual*;
- ★ Editora Nota Dez: *Revista Jurídica e Revista Interesse Público*;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*;
- ★ Editora Plenum: *Revista Juris Plenum*;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: *Revista de Direito Tributário da APET*;
- ★ Editora IOB: *Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB, IOB Direito Administrativo, Direito Público e CD Juris Síntese, Revista Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público, Revista Síntese Responsabilidade Pública, Revista Síntese Licitações, Contratos e Convênios, Revista Síntese Direito Ambiental, Revista Síntese Direito Previdenciário, Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário.*

\*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.



# Instruções Editoriais

- A Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem como objetivo divulgar acórdãos e decisões monocráticas dos órgãos julgadores e dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região, bem como publicar artigos especializados de autores do meio jurídico, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

## Elaboração dos trabalhos

- Os artigos doutrinários devem ser apresentados da seguinte forma: fonte *Times New Roman*, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e configurados em folha A4, títulos e subtítulos destacados do corpo do texto; nome completo do autor logo abaixo do título e sua qualificação e títulos em nota de rodapé da primeira página; utilização somente de itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado. Devem conter necessariamente um tópico de introdução e outro de conclusão; resumo e palavras-chave na língua do texto; e no mínimo três e no máximo trinta laudas. As referências e citações devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, NBR 6023 e 10520.
- A Revista do TRF 1ª Região não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos originais, reservando-se o direito de corrigir erros tipográficos evidentes e proceder à padronização conforme projeto editorial próprio. A revisão textual é realizada quando autorizada pelo autor, responsável pelo conteúdo do trabalho.
- As exceções serão analisadas pela autoridade competente.
- Ao autor serão fornecidos três exemplares da Revista.
- Eventuais dúvidas poderão ser dirimidas por meio dos telefones 3410-3574 e 3410-3571 ou pelo *e-mail* [cojud-revista@trf1.jus.br](mailto:cojud-revista@trf1.jus.br).

## Submissão e encaminhamento de artigos

- Os trabalhos devem ser preferencialmente inéditos (exceto os publicados somente por meio eletrônico). Esses não devem infringir norma ética, respeitando as normas gerais que regem os direitos do autor.
- A remessa ou publicação dos trabalhos não implica remuneração de seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorre de juízo de oportunidade da Revista do TRF 1ª Região.
- As opiniões emitidas, assim como a exatidão, a adequação e a procedência das referências e das citações bibliográficas são de exclusiva responsabilidade dos autores. A Revista não publica trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional, nem material que possa ser considerado ofensivo ou difamatório.
- Os trabalhos devem ser encaminhados ao *e-mail* [cojud-revista@trf1.jus.br](mailto:cojud-revista@trf1.jus.br) ou ao endereço: TRF 1ª Região – Seção de Apoio ao Gabinete da Revista/Cojud – SAS Sul, Quadra 1, Bloco C, Ed. Anexo I, Sala 110 – CEP 70.096-900 – Brasília/DF. A folha de rosto deve ser identificada com título do artigo em português (preferencialmente até oito palavras) e nome completo, titularidade, endereço, telefone e *e-mail* do autor.

