

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região



v. 26 n. 7/8 julho/agosto 2014

---

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 26	n. 7/8	p. 1/300	julho/agosto 2014
---------	----------	-------	--------	----------	-------------------

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – Diretor

## Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/Cojud

## Supervisão

Luciana Fernandes Menezes – Supervisora/Serev

## Edição

Ana Clara de Barros Balsalobre

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

## Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Maria Aparecida Guimarães da Cruz Nunes

Maria José de Oliveira Silva

## Editoração eletrônica

José Hugo de Lima Reis – prestador de serviço

Luciana Fernandes Menezes

Matuzalém Braga dos Santos

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: 800 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 Ítalo Mendes  
outubro/2010 – maio/2012

Desembargador Federal João Batista Moreira  
junho/2012 – abril/2014



Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
a partir de maio/2014



**O ideal da democracia racial, as cotas para negros nas universidades públicas e seus reflexos nos inquiridos da Polícia Federal, 11**

Juliana Carleial Mendes Cavaleiro

**Possibilidades e limitações da Fazenda Pública na inscrição em Dívida Ativa de crédito não tributário, 25**

Agélio Novaes de Miranda

Lei 13.019, de 31/07/2014.

Lei 13.021, de 08/08/2014.

Medida Provisória 651, de 09/07/2014.

Medida Provisória 653, de 08/08/2014.

Decreto 8.279, de 30/06/2014.

Decreto 8.280, de 30/06/2014.

Decreto 8.296, de 15/08/2014.

**Corte Especial – Anvisa. Poder de polícia na fiscalização dos produtos fumígenos, derivados do tabaco. Taxa de vigilância e fiscalização sanitária. Incidente de controle difuso de constitucionalidade, 39**

Numeração única: 0034152-31.1999.4.01.3400

Arguição de Inconstitucionalidade 1999.34.00.034204-0/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Souza Prudente

**Corte Especial – Fábrica de cigarros. Registro especial. Cancelamento, 81**

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0077386-87.2013.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Presidente

**Primeira Seção – Honorários advocatícios contratuais. Redução do percentual pactuado entre as partes sobre o valor do benefício previdenciário. Possibilidade, 96**

Mandado de Segurança 0055313-24.2013.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado)

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Primeira Seção – Servidor. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Agravamento da pena sugerida pela comissão processante, 106**

Numeração única: 0037128-98.2005.4.01.3400

Embargos Infringentes 2005.34.00.037672-7/DF

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Relator p/ acórdão: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)

**Segunda Seção – Condição análoga à de escravo. Safra perecível. Serviço temporário. Imprescindibilidade da colheita, 117**

Inquérito Policial 0026823-26.2012.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Ítalo Mendes

Relatora p/ acórdão: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

**Segunda Seção – Crime de inserção de dados falsos nos sistemas informatizados ou banco de dados da Administração Pública, 123**

Embargos Infringentes e de Nulidade 0017052-79.2007.4.01.3304/BA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

**Terceira Seção – Embargos infringentes. Cabimento, 130**

Numeração única: 0004660-47.2006.4.01.3400

Agravo Regimental na Apelação Cível 2006.34.00.004690-9/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Terceira Seção – Serviços de telefonia. Receita de interconexão. Base de cálculo do ônus contratual cobrado das concessionárias, 133**

Numeração única: 0013374-59.2007.4.01.3400

Embargos Infringentes 2007.34.00.013455-4/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal João Batista Moreira

**Quarta Seção – Execução fiscal. Conselho Regional dos Corretores de Imóveis – Creci/BA. Anuidades e cobranças correlatas. Cobrança por ato administrativo. Ausência de amparo legal, 139**

Numeração única: 0007775-51.2007.4.01.3300

Embargos Infringentes 2007.33.00.007776-8/BA

Relator: Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado)

**Quarta Seção – Ação rescisória. Mudança de entendimento posterior. Impossibilidade de rescisão. Segurança jurídica, 144**

Ação Rescisória 0043371-97.2010.4.01.0000/MT

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

**Primeira Turma – Gratificação Eleitoral. Chefes de cartório e escrivães. Poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral. Pagamento da função integral, 149**

Numeração única: 0001954-10.2006.4.01.4300

Apelação Cível 2006.43.00.001954-4/TO

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

**Primeira Turma – Militar. Acidente em serviço. Invalidez permanente. Indenização por dano moral e pagamento do auxílio-invalidez, 157**

Apelação/Reexame Necessário 0052370-24.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

**Segunda Turma – Desaposentação. Utilização de tempo de contribuição em outro benefício, 162**

Apelação Cível 0011521-82.2011.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal Candido Moraes

**Segunda Turma – Integrante da Marinha Mercante. Viagens em zonas passíveis de ataques por submarinos. Ex-combatente. Pensão especial, 166**

Numeração única: 0001654-12.2004.4.01.3300

Apelação Cível 2004.33.00.001654-7/BA

Relator: Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado)

**Terceira Turma – Gestão fraudulenta. Operação de instituição financeira sem autorização. Evasão de divisas, 174**

Numeração única: 0016139-85.2002.4.01.3300

Apelação Criminal 2002.33.00.016123-2/BA

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

**Terceira Turma – Improbidade administrativa. Fiscalização CGU. Medicamentos vencidos e deteriorados, 183**

Numeração única: 0008451-71.2009.4.01.3900

Apelação Cível 2009.39.00.008458-5/PA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

**Quarta Turma – Pedofilia. Armazenamento digital de fotos e divulgação na internet, 189**

Apelação Criminal 0009283-70.2010.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Ítalo Mendes

Relatora: Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada)

**Quarta Turma – Desapropriação agrária. Inserção de colonos no imóvel. Dano ambiental. Inversão do ônus da prova. Custeio pelos ex-proprietários do imóvel, 193**

Agravo de Instrumento 0071511-73.2012.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Quinta Turma – Intervenção de *amicus curiae* em primeiro grau de jurisdição, 195**

Agravo de Instrumento 0074677-16.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Quinta Turma – Frustração de empreendimento. Risco inerente à atividade empresarial. Direito a indenização. Inexistência, 202**

Numeração única: 0013907-39.2003.4.01.3600

Apelação Cível 2003.36.00.013876-7/MT

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

**Sexta Turma – Rondônia. Estado de calamidade pública. Abertura de acesso emergencial e temporário, 205**

Agravo Regimental em Medida Cautelar Inominada 0000022-05.2014.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

**Sexta Turma – Responsabilidade civil. Dano moral e material. Vacinação antirrábica. Efeito colateral. Relevante comprometimento da higidez física e mental do demandante, 219**

Numeração única: 0003256-23.1999.4.01.3200

Apelação/Reexame Necessário 1999.32.00.003260-2/AM

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Sétima Turma – Suspensão de procedimento fiscal. Necessidade de caução. Matéria complexa. Necessidade de dilação probatória. Inviabilidade em agravo de instrumento, 223**

Agravo de Instrumento 0074017-85.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

**Sétima Turma – IRPF. Consultor/especialista. ONU/PNUD. Tributação indevida: isenção por extensão/equiparação com funcionários do organismo internacional, 236**

Apelação Cível 0003687-48.2013.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)

**Oitava Turma – Exercício profissional. Advocacia. Magistrado de primeiro grau. Quarentena, 239**

Apelação Cível 0017722-56.2012.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

**Oitava Turma – Contribuição previdenciária. Empresa tomadora de serviços, 241**

Apelação Cível 0017912-26.2011.4.01.3600/MT

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

**Decisões Monocráticas****245****Multa diária por descumprimento de decisão judicial. Caráter pessoal. Servidor público, 245**

Agravo de Instrumento 0018519-67.2014.4.01.0000/MA

Relatora: Juíza Federal Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas (convocada)

**Fazenda Nacional. Observação do prazo disposto no art. 24 da Lei 11.457/2007, 248**

Medida Cautelar Inominada 0034917-89.2014.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

**Desconstituição de acórdão. Alegada violação a dispositivos da EC 20/1998, 252**

Ação Rescisória 0017824-50.2013.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Cleber José Rocha (convocado)

**Sustação dos efeitos de licença de instalação, expedida pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente – Sema/MT, 254**

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0037123-76.2014.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Presidente

**Suspensão de remessa de verbas a município pela União, 258**

Suspensão de Execução de Sentença 0036289-73.2014.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Presidente

**Exame da Ordem. Determinação de nova avaliação da prova prático-profissional do agravante. Cumprimento da decisão transitada em julgado, 259**

Agravo de Instrumento 0050108-14.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

**Ação de reintegração de posse. Pedido de ingresso da OAB/MT na lide como assistente simples dos autores, 262**

Numeração única: 0003619-85.2010.4.01.3600

Apelação Cível 2010.36.00.002659-0/MT

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Indea. Liberação de agrotóxico. Graves danos ao meio ambiente, 265**

Agravo de Instrumento 0027841-14.2014.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Suspensão dos efeitos da Portaria 455/2012, que dispõe sobre regra de comercialização de energia elétrica. Lesão à ordem e à economia públicas, 266**

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0039756-60.2014.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Presidente

**Analistas de Comércio Exterior. Regime de previdência complementar. Possibilidade de retratação e revogação da opção, 271**

Agravo de Instrumento 0038062-56.2014.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

**Pagamento da Gratificação de Desempenho de Atividade do Ciclo de Gestão (GCG). Legitimidade passiva: Ipea. Personalidade jurídica e orçamento próprios, 273**

Ação Rescisória 0008533-94.2011.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas (convocada)



**Aposentadoria por idade de trabalhador rural. Necessidade de anulação do acórdão. Retorno dos autos à turma recursal de origem, 279**

Numeração única: 0018906-52.2009.4.01.3300

Embargos de Declaração contra Julgamento Colegiado (Cível) 2009.33.00.701880-0

Relator: Juiz Federal Marcelo Honorato

**Gratificação de Atividade Executiva – GAE. Pagamento indevido, 280**

Numeração única: 0037189-26.2009.4.01.3300

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2009.33.00.912174-5

Relator: Juiz Federal Flávio Bittencourt de Souza

**Contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Trabalhador avulso. Verba de natureza indenizatória. Não incidência, 281**

Numeração única: 0043056-97.2009.4.01.3300

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2009.33.00.918190-1

Relator: Juiz Federal José Godinho Filho

Programas de atenção à saúde. Enfermeiros. Prescrição de medicamentos e pedidos de exames. Grave lesão à saúde pública.

Advogados da Caixa Econômica Federal. Pagamento de dívida salarial de sobrejornada. Imposto sobre a Renda. Legitimidade da incidência.

Servidor estadual em gozo de licença sem remuneração. Posse em outro cargo público. Cumulação.

Majoração do teto de benefícios previdenciários.

Condenação TCU. Pena de caráter pessoal. Falecimento do demandado. Transferência aos sucessores. Impossibilidade.

Disputa pelo direito à sobrevivência dos silvícolas. Competência. Justiça Federal.

Cárcere privado. Invasão do prédio do Iphan. Membros de aldeia indígena.

Redução à condição análoga à de escravo. Condições degradantes de trabalho. Denúncia. Recebimento.

Registrar como seu filho de outrem. CP, art. 242. Lei 6.815/1980, art. 125, inciso XIII.

Crime a bordo de aeronave. Porte, sem autorização, de arma de fogo de uso permitido. Transporte em bagagem despachada. Apreensão em solo, após o desembarque. Incompetência da Justiça Federal.

Unimed de Bragança Paulista. Admissão de profissionais. Cláusula de exclusividade. Infração à ordem econômica. Autuação pelo Cade.

Ação civil pública. Pretensão de declaração incidental de inconstitucionalidade. Juízo singular. Possibilidade. Usurpação de competência do STF.

Pedido de ingresso de estrangeiro no Programa Mais Médicos para o Brasil. Requisito não atendido.

Ação de reintegração de posse. Descumprimento de contrato vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial. Pedido de indenização por perdas e danos.

Ação civil pública. Conjunto arquitetônico e paisagístico da cidade de São Luís/MA. Imóvel tombado de propriedade particular com perigo de desabamento. Necessidade de realização de obras emergenciais de restauração e conservação. Corresponsabilidade do Poder Público.

Uso indevido das expressões conselho federal e academia federal por entidade privada de formação de detetives particulares. Profissão não regulamentada.

Importação de pneus da China. *Dumping*.

Cessão de direitos relativa a precatório decorrente de ação trabalhista movida contra o Governo do Distrito Federal. Deságio. Ganho de capital. Quitação do precatório.

Remessa ao exterior de rendimentos decorrentes da exploração de obras audiovisuais no território nacional.

Ordem dos Advogados do Brasil. Atuação de advogado como conciliador no âmbito do juizado especial. Impedimento restrito ao patrocínio de causas no local de atuação.

---

## Repositórios Oficiais de Jurisprudência

297

---

## Instruções Editoriais

299

# O ideal da democracia racial, as cotas para negros nas universidades públicas e seus reflexos nos inqueritos da Polícia Federal

Juliana Carleial Mendes Cavaleiro\*

## Resumo

No presente artigo, pretende-se relacionar o resultado das investigações iniciadas para apuração de divulgação de material de conteúdo preconceituoso ou racista — o arquivamento e desclassificação na Justiça da maioria das investigações desta natureza iniciadas pela Polícia Federal — com a ideologia da democracia racial no Brasil; bem como estabelecer uma relação entre o aumento do número de investigações instauradas ao longo dos últimos anos pela Polícia Federal para apurar a divulgação de material racista e a adoção de políticas públicas de cunho afirmativo pelo Governo Federal, como as cotas nas universidades públicas.

Palavras-chave: Democracia racial. Crime. Racismo. Polícia Federal. Cotas.

## 1 Introdução

Quando Gilberto Freyre,<sup>1</sup> no início do século XX, repensou a maldição brasileira, a maldição de o Brasil ser um país fadado ao fracasso por ser mestiço — formado por uma gente feia e inferior geneticamente, que por isso não *daria certo* — e retomou a mesma mestiçagem positivamente, considerando-a a chave para o sucesso (não fracasso) da colonização portuguesa no Brasil,<sup>2</sup> relendo a opinião dos estrangeiros sobre o Brasil para mostrar que os mestiços feios eram na verdade mestiços doentes,<sup>3</sup> para os quais a doença e não a mestiçagem era o agente incapacitante, enfim, quando ele resgatou o papel do negro como elemento central da colonização do Brasil,<sup>4</sup> pode-se dizer que ele

inaugurou o que mais de uma geração de escritores (a geração dos escritores da década de 1950 e os que se seguiram) chamou de a ideologia da democracia racial no Brasil.

Dando uma resposta ao eurocentrismo da época, Freyre, seguido por outros, estabeleceu o conceito que ainda hoje compartilhamos, mesmo inconscientemente, de que vivemos num país mestiço. A partir desta idéia, construiu-se que, sendo todos mestiços, não existe racismo no Brasil.

De repente, com a ajuda de um ideal inspirado em Freyre, viramos um país moderno, país em que durante todo o tempo em que nos Estados Unidos brancos e negros tinham leis diferentes, enquanto o *apartheid* era a política da África do Sul e enquanto o mundo assistia atônito às barbáries praticadas pelo regime nazista, aqui, dizíamos não fazer diferença entre as pessoas pela cor de suas peles. Valorizando, desta maneira, a mistura descrita por Freyre, criamos nossa identidade nacional, uma autoimagem positiva chamada *democracia racial*.

Poder-se-ia resumir as críticas à ideologia da democracia racial em quatro linhas, tomando-se emprestadas estas da socióloga Levi Sovik:

[...] em um país mestiço, os brancos são irrelevantes, pois a questão é de misturar-se, deixar-se misturar, reconhecer-se como produto da mistura, o que, paradoxalmente, sempre é possível sem deixar de ser branco. Pois ser branco no Brasil é ter a pele relativamente clara, funcionando como uma espécie de senha visual e silenciosa para entrar em lugares de acesso restrito [...].<sup>5</sup>

A partir desta afirmação, seria possível entrar no universo da discussão sobre o racismo no Brasil, suas diferentes formas de manifestação e técnicas para

\* Delegada de Polícia Federal. Professora da Academia Nacional de Polícia. Especialista em Segurança Pública pela École Nationale Supérieure de la Police – ENSP (França) e Universidade Lyon III (França).

<sup>1</sup> Outros autores o acompanharam nesta tendência de repensar a mestiçagem positivamente, tais como Sérgio Buarque de Holanda, Paulo Prado e Oliveira Viana.

<sup>2</sup> FREYRE, Gilberto, 2004, p. 71.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 110.

<sup>4</sup> Como exemplo da escrita de Freyre que tende a exaltar a beleza e o vigor da raça negra que aqui veio se misturar com o português e com o índio para colonizar o Brasil, cito o seguinte trecho de Casa Grande & Senzala: “O escravo negro no Brasil parece-nos ter sido,

com todas as deficiências do seu regime alimentar, o elemento melhor nutrido em nossa sociedade patriarcal, e dele parece que numerosos descendentes conservaram bons hábitos alimentares, explicando-se em grande parte pelo fator dieta – repetimos – serem em geral de ascendência africana muitas das melhores expressões de vigor ou de beleza física em nosso país: as mulatas, as baianas, as crioulas, as quadraronas, as oitavanas, os cabras de engenho, os fuzileiros navais, os capoeiras, os capangas, os atletas, os estivadores no Recife e em Salvador, muitos dos jagunços dos sertões baianos e dos cangaceiros do Nordeste” (FREYRE, Gilberto, 2004, p. 107)

<sup>5</sup> SOVIK, Livi, 2009, p. 13.

abordá-lo. Sem a pretensão de fazê-lo, ela se presta aqui à exposição do mote da discussão contemporânea quanto ao combate ao racismo no Brasil, materializado na instituição das cotas nas universidades públicas (pois são uma forma de *acesso*, eliminando ou estabelecendo outra *senha*), e cujos entusiastas são frontalmente contrários à manutenção de ideais românticos quanto à miscigenação nas decisões políticas brasileiras.

Dentro deste quadro, onde a visão romântica inspirada em Freyre e a abordagem governamental por meio de políticas afirmativas se chocam, pergunta-se se seria possível que o ideal da democracia racial esteja refletido nos números sobre a apuração do crime de prática e divulgação de material preconceituoso e racista no âmbito da Polícia Federal do Brasil – PF.

Questiona-se se esta imagem positiva que fazemos de nós mesmos poderia influenciar os órgãos policiais na apuração de práticas racistas quando criminalizadas, no sentido de não enxergá-las como tal. E, por outro lado, questiona-se se o número crescente de inquéritos instaurados na PF para apuração de tal crime seja reflexo da visibilidade que a política de cotas deu ao racismo no Brasil.

Este artigo não pretende e nem poderia responder exhaustivamente às questões acima, mesmo porque se propusesse respostas definitivas, certamente estas demonstrariam que tanto o ideal romântico quanto as discussões sobre as cotas são apenas dois dos vários fatores que interferem na apuração de um crime de cunho racial, podendo-se citar outros como o nível social e cultural dos policiais, o investimento na formação destes, suas idades, o estado da Federação em que se der o crime etc.

Assim, pretende-se aqui debater a relação entre o resultado das investigações iniciadas para apuração de divulgação de material de conteúdo preconceituoso ou racista — o arquivamento e desclassificação na Justiça da maioria das investigações desta natureza iniciadas pela Polícia Federal, como se verá mais adiante — e a ideologia da democracia racial no Brasil.

Ventila-se também a relação entre o aumento do número de investigações instauradas ao longo dos últimos anos pela Polícia Federal para apurar a citada divulgação de material racista e a adoção de políticas públicas de cunho afirmativo pelo Governo Federal, como as cotas nas universidades públicas.

Quanto ao material utilizado para a elaboração deste artigo, o número de inquéritos policiais – IPLs — instaurados pela Polícia Federal para apuração do crime de divulgação de material de conteúdo racista (art. 20 da Lei 7.716/1989) foi obtido em pesquisa no

Sistema Nacional de Procedimentos – Sinpro (base de dados criada em 1998 e alimentada pela Polícia Federal que, por acordo de cooperação, também é completada pela Justiça Federal, para acompanhamento das investigações e sua recepção pela Justiça). A referida pesquisa foi feita no mês de agosto de 2010.

Convém anotar que todas as investigações instauradas pela PF devem ser registradas no Sinpro, mas como a inserção dos procedimentos neste sistema — tanto pela Polícia Federal quanto pelo Judiciário — é feita manual e individualmente, e não sendo este o único sistema de controle de procedimentos, admite-se que o número registrado pode ser inferior ao número real de procedimentos.

O outro sistema informatizado para registro de procedimentos na Polícia Federal, mais moderno e que permitirá brevemente pesquisas mais detalhadas, chamado Sistema de Informações Cartorárias – Siscart, já está sendo utilizado na maioria das unidades descentralizadas, mas seu banco de dados ainda não permite exame do número de investigações em todo o Brasil, razão pela qual ele não foi consultado para a elaboração deste trabalho.

O tipo penal consultado como representativo genérico do combate ao racismo no âmbito criminal pela Polícia Federal foi o descrito no art. 20 da Lei 7.716/1989 (a qual substituiu a Lei Afonso Arinos e cujo projeto de lei, de autoria do Deputado Alberto Caó, surgiu após a Constituição Federal de 1988 ter tornado imprescritíveis e inafiançáveis os crimes de racismo):

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97). Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97). Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Este crime representa, no âmbito de atuação da PF, a utilização da rede mundial de computadores — internet — para expor material de conteúdo preconceituoso e racista (como, por exemplo, a incitação à violência e a exposição de imagens de

pessoas negras ou índias, em sua maioria, torturadas ou subjugadas, com apreciação sempre positiva por parte do divulgador).

Os inquéritos associados a este artigo na Polícia Federal demonstram que o meio de divulgação atualmente mais utilizado na prática deste crime é a internet, o que permitiu também utilizar as informações sobre *denúncias* (notícias de crime) registradas por usuários da rede mundial de computadores na página da SaferNet,<sup>6</sup> quanto ao mesmo fato. A partir destas duas fontes de informações pretende-se observar tanto o aumento do número de inquéritos policiais quanto o aumento de notícias de crimes únicas (não repetidas) feitas por usuários da internet, tudo vinculado à divulgação do racismo (e do nazismo, que está no mesmo artigo na lei, mas em diferentes campos de pesquisa na página da SaferNet).

A pesquisa nestes termos vai refletir particularmente a atuação da Polícia Federal frente ao racismo; a atuação da PF nestes casos tem por fundamento precípua a Lei 10.446/2002 que a legitimou para a investigação das infrações relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte, sem prejuízo da atuação dos outros órgãos de segurança pública (de fato todo órgão policial poderá e deverá atuar diante do fato criminoso, a lei não admite omissão), como também deverão ser investigados por este órgão os crimes de repercussão interestadual ou internacional e que exijam repressão uniforme, caso no qual se insere grande parte dos crimes praticados por meio da rede mundial de computadores.

A divulgação de material de conteúdo racista foi tópico, dentre outros tratados e convenções internacionais, da Convenção Internacional sobre a

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial que, ratificada pelo Brasil em 27/03/1968, obrigou-o como signatário a

[...] declarar como delitos puníveis por lei qualquer difusão de idéias que estejam fundamentadas na superioridade ou ódio raciais, quaisquer incitamentos à discriminação racial, bem como atos de violência ou provocação destes atos, dirigidos contra qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também a assistência prestada a atividades racistas, incluindo seu financiamento [...].<sup>7</sup>

## 2 O mito, a realidade e o quadro nacional após a política de cotas nas universidades

Primeiramente, cumpre destacar que Gilberto Freyre nunca disse que não existe racismo no Brasil, ele apenas romantizou a miscigenação, falou desta característica brasileira em sua obra com tanto carinho, que sua ênfase no positivo da mistura gerou a imagem interna e externa do país misturado. Esta mensagem foi utilizada como bandeira, até mesmo em discursos oficiais, para louvar a inexistência de preconceito racial no Brasil que justificasse a adoção de políticas públicas afirmativas para negros, como as empreendidas durante muito tempo nos Estados Unidos da América, e para enfatizar que o existente entre nós é distinção entre classes sociais.

Fernando H. Cardoso, por exemplo, enquanto sociólogo e comentarista (no prefácio da mais recente edição) da obra supracitada de Freyre rendeu homenagem à importância do estudo, o qual subsiste apesar de ser constantemente responsabilizado pelo mito da democracia racial e suas consequências práticas negativas para a discussão do racismo na sociedade brasileira. Disse ele:

[...] Gilberto Freyre nos faz fazer as pazes com o que somos. Valorizou o negro. Chamou atenção para a região. Reinterpretou a raça pela cultura e até pelo meio físico. Mostrou, com mais força de que todos, que a mestiçagem, o hibridismo, e mesmo (mistificação à parte) a plasticidade cultural da convivência entre contrários, não são apenas uma característica, mas uma vantagem do Brasil [...].<sup>8</sup>

<sup>6</sup>A SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, sem vinculação político partidária, religiosa ou racial. Fundada em 20 de dezembro de 2005 por um grupo de cientistas da computação, professores, pesquisadores e bacharéis em Direito, a organização surgiu para materializar ações concebidas ao longo de 2004 e 2005, quando os fundadores desenvolveram pesquisas e projetos sociais voltados para o combate à pornografia infantil na Internet brasileira. Naquela época, era urgente a necessidade de oferecer uma resposta eficiente, consistente e permanente no Brasil para os graves problemas relacionados ao uso indevido da Internet para a prática de crimes e violações contra os Direitos Humanos. Aliciamento, produção e difusão em larga escala de imagens de abuso sexual de crianças e adolescentes, racismo, neonazismo, intolerância religiosa, homofobia, apologia e incitação a crimes contra a vida e maus tratos contra animais já eram crimes cibernéticos atentatórios aos Direitos Humanos presentes na rede". (Disponível em: <http://www.safernet.org.br/site/institucional>. Acesso em: 23 ago. 2010).

<sup>7</sup> Art. 4º, alínea a, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discirraci.htm>. Acesso em: 23 ago. 2010.

<sup>8</sup> FREYRE, Gilberto, op. cit., p. 28.

Como bem chamou a atenção Roberto DaMatta na obra *Carnavais, Malandros e Heróis*, Freyre notou os antagonismos de nossa sociedade misturada, uma sociedade que se sabe misturada, mas que distingue quem é quem do mesmo jeito.

Diz DaMatta, escrevendo sobre o uso da pergunta “você sabe com quem está falando?” (um ritual brasileiro, escondido mas conhecido, para estabelecimento de posições diferentes na sociedade) que Freyre já havia detectado os mecanismos de distinção entre brancos e negros na sociedade brasileira colonial, quando destacou que os símbolos tradicionais de posição social como o uso de fraques, bengalas e bigodes só poderiam ser usados por pessoas realmente brancas pertencentes à classe senhorial.<sup>9</sup> Daí completar Roberto DaMatta explicando que

[...] quando tais símbolos saíram da moda, a expressão sabe com quem está falando? passou a ser mais utilizada, para que os superiores pudessem marcar suas diferenças e continuassem a viver no mundo hierarquizado [...].<sup>10</sup>

Dessa forma, pode-se dizer que o alvo das críticas é a ideologia que tomou emprestado o romantismo de Freyre, qual seja a de que existe uma democracia racial no Brasil e que a discriminação se manifesta no âmbito das classes sociais apenas e não no da cor da pele; a crítica não recai propriamente sobre a obra do referido autor, sempre revisitada quando se pretende conhecer as peculiaridades da formação da sociedade brasileira.

Na explicação de Luís R. Cardoso de Oliveira,

[...] desde os anos de 1950, a Sociologia tem criticado a ideologia da democracia racial no Brasil, chamando a atenção para a incidência de discriminação no país, sem deixar de assinalar especificidades locais, particularmente acentuadas quando contrastadas com os EUA.<sup>11</sup>

Há mais de cinquenta anos, portanto, segundo o autor, a Sociologia se debruça sobre o que foi descrito por Turra e Venturi como “o racismo cordial do Brasil”, aquele que se caracteriza por uma polidez superficial recobrando atitudes discriminatórias, que se expressam em sua maioria nas relações interpessoais, como se vê em piadas e brincadeiras de cunho

racial,<sup>12</sup> comparando-a a discriminação racial nos Estados Unidos, com sua nitidez, sua separação aberta.

Ainda conforme Cardoso de Oliveira, o desdobramento mais importante deste período de reflexão sobre o racismo na área da Sociologia foi a

[...] consolidação da ideia de se que há, de fato, uma mistura entre raça e classe social na questão da discriminação, mas uma condição não explica a outra. Em outras palavras, a ascensão social não elimina a discriminação racial, ainda que possa reduzi-la ou suavizá-la, assim como os pobres não deixam de estar mais sujeitos a atos de discriminação cívica do que os cidadãos de classe média, especialmente por parte da polícia (Kant de Lima, 1995), mesmo quando são classificados como brancos, se tomarmos como referência a cor da pele [...].<sup>13</sup>

Há ainda quem entenda que o respeito pela diferença é sempre anterior à questão da discriminação social, como o também sociólogo José Reinaldo de Lima Lopes quando diz que

[...] a distribuição de riquezas, igualdade material, só é moralmente devida se houver inicialmente uma consideração pela pessoa. O respeito é devido ao outro que se reconhece como sujeito de direitos ou sujeito moral.<sup>14</sup>

De fato, mesmo os pesquisadores da área da Sociologia que se posicionam contra a política afirmativa das cotas,<sup>15</sup> não deixam de reconhecer que existe racismo no Brasil e que ele deve ser combatido. A discordância, neste meio, vai existir apenas quanto à forma pela qual as políticas públicas devem abordá-lo.

O que dificulta qualquer abordagem ao racismo no Brasil é que ele é dissimulado, é o chamado racismo à brasileira, sendo até de difícil identificação para aqueles que sofrem o preconceito. Assim, mesmo o racismo sendo uma prática ilegal, sancionada moral e legalmente, o fato (criminoso ou moral) se perde na falta de reflexão sobre o ocorrido, tanto por parte do agente passivo quanto do ativo.

Em seu estudo sobre as novas formas de expressão do preconceito e do racismo, Marcus Eugênio de Oliveira Lima e Jorge Vala, falando sobre o racismo irrefletido dos brasileiros, que embora se

<sup>9</sup> DaMATTa, Roberto, 1983, p.198.

<sup>10</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Luís R. Cardoso de, 2004, p. 81.

<sup>12</sup> TURRA, C., & VENTURI, G. *Racismo cordial: a mais completa análise sobre preconceito de cor no Brasil*. São Paulo: Ática, 1995. *Apud* LIMA, Marcus Eugênio Oliveira; VALA, Jorge, 2004.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Luís R. Cardoso de, op. cit., p. 81.

<sup>14</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima, 2000.

<sup>15</sup> Ver MAGGIE, Yvonne, 2008.



exponha às vezes em negativas diretas de acesso a direitos (como no caso de se negar às empregadas domésticas o acesso aos elevadores sociais em prédios de apartamento) pode também se refletir em piadas e brincadeiras, disseram que

[...] não obstante essa aparente falta de intenção e sutileza da expressão, o racismo à brasileira nada tem de cordial, pois implica um cenário sinistro de discriminação e exclusão das pessoas negras [...].<sup>16</sup>

O racismo brasileiro ser chamado de “cordial” remete imediatamente ao tipo de “cordialidade” através da qual Sérgio Buarque de Holanda definiu o brasileiro padrão, o “homem cordial”.<sup>17</sup> Essa cordialidade nada tem a ver com educação, trata-se do “cordial” ligado à emoção.

A relutância do brasileiro em aceitar uma organização social supraindividual, do mesmo modo como se processa com a religião, é característica do apego aos valores da personalidade, o doméstico sobrepondo-se ao público. Todas as relações sociais no Brasil tendem ao pessoal (e não à “igualdade perante a lei”), daí Holanda chamar-nos de “cordiais”. Ou seja, o racismo no Brasil ocorre no âmbito desta sociedade que não consegue separar o pessoal do impessoal, o *fulano de tal* do indivíduo, assim como não consegue separar a brincadeira e a piada da ofensa à dignidade do outro.

Com limites tão confusos entre o pessoal e o impessoal (individual), não se admira a dificuldade de identificar na prática o racismo criminoso. Ainda mais quando a lei ao mesmo tempo em que pune com pena de reclusão a prática do racismo e sua divulgação pelos meios de comunicação, oferece outra saída, outra classificação penal para a possível situação de racismo (art. 20 da Lei 7.716/1989), sua capitulação como *injúria racial*<sup>18</sup> (art. 140, § 3º, do Código Penal Brasileiro). A

injúria racial vai atingir *alguém*, delimitado, deixando de ser racismo cuja manifestação atinge toda a sociedade.

Com a promulgação da Lei 12.033/2009, que alterou o crime de injúria racial, condicionando sua persecução criminal, e, portanto, a instauração do inquérito policial, à representação do ofendido, reconhecer que o fato ocorrido foi uma ofensa pessoal e não o crime de racismo é uma saída mais fácil para quem lida com a situação prática (seja o policial, o membro do Ministério Público ou o juiz). Esta saída evitaria o conflito maior (provar que houve uma prática racista), resolvendo o incidente como situação pontual entre duas pessoas (uma que quis ofender a outra e utilizou de palavras racistas, mas sem o dolo de atingir toda a coletividade), e isso se o ofendido quiser representar à polícia pela instauração da investigação (barreira da necessidade de demonstrar interesse na apuração).

Essa situação de possível preferência por entender o fato (criminoso) como um crime *menor*, situação entre indivíduos, e não algo que atinge toda a coletividade (como seria o racismo), se coaduna com outro traço da personalidade do brasileiro, observado por Roberto DaMatta no texto anteriormente citado, qual seja a aversão ao conflito. No Brasil, o conflito, segundo o autor, não é visto como um sintoma de uma crise que deve ser analisada e enfrentada, mas como uma revolta que deve ser reprimida. Daí que se castiga o agente da revolta e mantém-se o sistema.

Dessa forma o racismo seria algo que ocorre entre nós por acaso, sendo dependente apenas de um *sistema* implantado pelos grupos que detêm o poder<sup>19</sup> — a *culpa* é do sistema, mas esse não é repensado através da situação vexatória, esta se resolve com a repressão pontual do indivíduo que expôs o *sistema*. Como se não quiséssemos ver os problemas e preferíssemos achar um culpado mais próximo, imediato, para não ter que enfrentar o maior dos trabalhos — mudar a situação que permite a injustiça observada.

Se os operadores da lei tiverem dificuldade em entender um fato observado como racismo ou, mesmo quando o fizerem, entenderem se tratar de uma situação racista que ocorreu pontualmente entre indivíduos, a lei contra o racismo (Lei 7.716/1989) se

mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.033, de 2009)” (Código Penal Brasileiro).

<sup>19</sup> DaMATTa, Roberto, op. cit., p. 185.

<sup>16</sup> LIMA, Marcus Eugênio Oliveira; VALA, Jorge. 2004.

<sup>17</sup> HOLANDA, Sérgio B. Raízes do Brasil. 1995. p.155.

<sup>18</sup> “Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.[...]

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003) Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

Art. 145 - Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.

Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e

torna instrumento inoperante para a fazer frente ao racismo na sociedade brasileira.

Vale lembrar, entretanto, que a Lei 7.716/1989 é muito criticada por suas penas elevadas, para vários juristas desproporcionais aos crimes nela previstos. Assim, evitar capitular o fato observado criminalmente nos artigos desta lei pode significar não apenas a perpetuação da ideologia da democracia racial ou a preferência do brasileiro por evitar o conflito maior, pode significar, ainda, a discordância com a pena cominada — para se punir alguém por racismo deverá o aplicador da lei fazê-lo por intermédio de penas privativas de liberdade e a situação dos presídios brasileiros, cheios e insalubres, se torna indiscutivelmente ponto a ser considerado por ele.

Por outro lado, mesmo com este confuso quadro para visualização do racismo no Brasil, especialmente para fazê-lo mediante lei penal, a implantação da política governamental afirmativa das cotas para negros e pessoas de baixa renda nas universidades públicas tem incitado a discussão sobre o tema em todos os seguimentos da sociedade.

Cardoso de Oliveira falando a respeito das cotas nas universidades, explica que

[...] o objetivo precípua da medida seria provocar uma mudança nas atitudes dos atores, para que se tornem mais críticos à discriminação e ao filtro da consideração [...].<sup>20</sup>

A ideia é que com a “dramatização periodicamente” do dilema da discriminação racial e sua inaceitabilidade numa sociedade democrática, as pessoas, não o cidadão, mas o sujeito (consigo mesmo) seria forçado a pensar sobre seus próprios sentimentos e seu racismo,

[...] contribuindo para a rearticulação entre esfera e espaço públicos no Brasil, pelo menos no que concerne à crítica a nossas práticas cotidianas de discriminação cívica contra negros e cidadãos desprivilegiados de uma maneira geral [...].<sup>21</sup>

No pensamento do supracitado autor, portanto, as cotas serviriam como um lembrete constante à sociedade brasileira para analisar seu comportamento e pensar no seu racismo, a fim de provocar uma mudança, a aceitação real da diferença e não apenas na aparência.

Outros autores, como Yvonne Maggie, por exemplo, entendem que as cotas, como outras políticas afirmativas baseadas na cor da pele, podem afastar o que há de positivo na ideologia da democracia racial, que é exatamente o fato de as pessoas numa sociedade não precisarem se definir pela cor de suas peles.

Embora não seja o ponto principal deste artigo, vale à pena expor as cotas sob o ponto de vista da supracitada socióloga, porquanto minoritário atualmente, no sentido de que até mesmo nos

[...] Estados Unidos da América, a nação dilacerada pelo ódio racial e pela segregação, as políticas com base na ‘raça’ estão sendo abolidas porque têm o efeito de perpetuar a ‘raça na vida pública’, segundo a maioria da Suprema Corte. Porém aqui no Brasil, alheios ao debate internacional, há quem queira ainda transformar o país em uma nação dividida, por força da lei, em brancos e negros, criando as ‘raças’ [...].<sup>22</sup>

A opinião majoritária da Suprema Corte Americana a que se refere a autora é a de que “políticas que obrigam os indivíduos a se identificarem racialmente têm o efeito de perpetuar o critério ‘raça’ na vida pública americana”.<sup>23</sup> Maggie entende que ainda é muito cedo para o Brasil se render a políticas afirmativas, ainda vale à pena insistir em políticas redistributivas (que mudem na origem o preconceito e racismo brasileiros, como a grande diferença entre as classes sociais).

Fato é que a política afirmativa das cotas para negros, e pessoas de baixa renda, nas universidades públicas é uma realidade no Brasil, após ter sido inicialmente discutida durante o Governo Fernando Henrique, por ocasião das pesquisas para a apresentação do Brasil na III Conferência Mundial das Nações Unidas de Combate ao Racismo (África do Sul, 2001),<sup>24</sup> e implantada pelo Governo Lula.

A política de cotas pode gerar na população brasileira reações explosivas, segundo Lima e Vala, por causa da característica da latência do nosso racismo. Eles propõem que

[...] o preconceito é como se fosse um vírus latente ou adormecido, que corrói os tecidos sociais com violência discreta quando a norma da igualdade está saliente, mas que, quando encontra uma norma social qualquer que justifique a sua expressão mais

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Luís R. Cardoso de, op. cit., p. 88.

<sup>21</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>22</sup> MAGGIE, Yvonne, op. cit., p. 909.

<sup>23</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>24</sup> *Idem, p. 905.*



virulenta, explode em fanatismo nacionalista ou xenóforo [...].<sup>25</sup>

A quebra do estado de latência do preconceito tanto pode gerar atitudes de exagero para o bem quanto para o mal, exemplo de exagero para o bem que os próprios autores citam em seu estudo é o caso de uma apresentadora de programa infantil que, quando lhe colocam no braço várias crianças para afagar, diante da criança negra toma mais tempo e a acaricia com mais intensidade, para mostrar, nesta oportunidade, que não é racista (mas a reação, justamente pelo exagero, por diferir daquela oferecida às outras crianças, expõe o sistema racista). Já a explosão para o mal pode ser exemplificada nas manifestações abertas contra a política de cotas nas universidades públicas, como as realizadas por movimentos neonazistas em frente a

universidades no Estado de São Paulo e no Rio de Janeiro que foram notícia em jornais da época.<sup>26</sup>

A latência é o alvo da política das cotas; ela tem seu objetivo máximo na instigação da sociedade brasileira à reflexão do seu racismo, na opinião já exposta de Cardoso de Oliveira. Como a saída da latência pode se dar por dois caminhos, segundo Lima e Vala, o aumento do número de investigações criminais para apuração de prática de racismo pelos meios de comunicação, como a internet, no âmbito da Polícia Federal (nos últimos anos) pode ser parte da reação tanto para o bem, as pessoas estarem denunciando mais o crime que já existia, quanto para o mal, a separação da população pela cor da pele para efeito de prestar vestibular pode estar incitando o preconceito latente da população declarada branca.

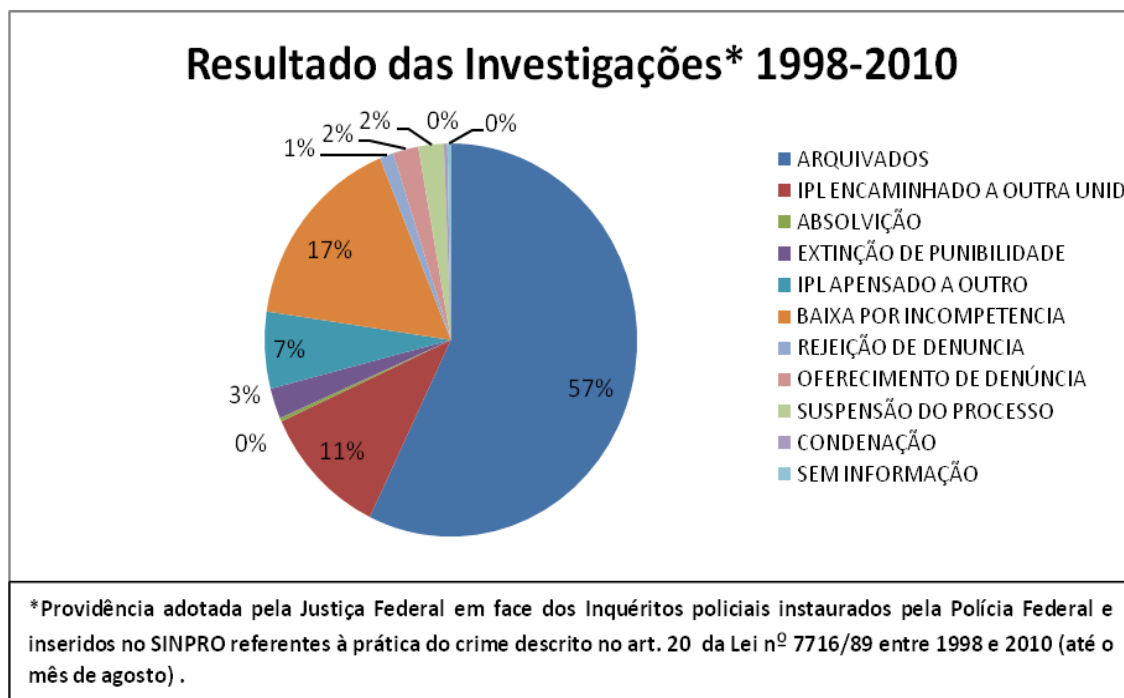
<sup>25</sup> LIMA, Marcus Eugênio Oliveira; VALA, Jorge, op. cit., p. 408.

<sup>26</sup> *Idem, ibidem.*

### 3 Os números

Gráfico 1 - Inquéritos instaurados pela PF e inseridos no Sinpro entre 1998-2010 (art. 20, Lei 7.716/1989)

Fonte: Sinpro/DPF



Os números, apesar de refletirem apenas parcialmente a realidade do racismo sob o enfoque criminal, indicam que (no universo dos inquéritos policiais instaurados pela Polícia Federal, inseridos no Sistema Nacional de Procedimentos e que têm movimentação final registrada pela Justiça Federal) mais da metade dos procedimentos de investigação instaurados para averiguar a divulgação de material racista por meio da internet (discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional) nos últimos anos termina por ser arquivada (57%) e outra parte significativa (17%) é remetida para a Justiça Estadual (neste caso significando que o fato apurado foi reclassificado para crime cuja apuração se dá pela polícia civil dos estados e cuja competência para processar será da Justiça Estadual — a desclassificação é feita normalmente para o tipo penal injúria utilizando elemento de raça, cor, etnia etc).

Às providências mais comuns supracitadas, representativas dos maiores números no gráfico, sucedem a medida de apensamento a outra investigação (7%) e a de extinção da punibilidade

(3%). A primeira significando que foi identificada outra investigação (anterior) para apurar o mesmo fato ou fato conexo (que justifique uma apuração conjunta). A segunda, por sua vez, indica na maioria das vezes, que transcorreu tempo demais entre a ocorrência do fato, sua apuração e o momento de avaliação da situação pela Justiça, extinguindo-se a pretensão punitiva do Estado.

Destaca-se ainda a partir do gráfico que apenas dois por cento das investigações gera o oferecimento de denúncia pelo membro do Ministério Público Federal aceita pela Justiça, sendo que as denúncias que não são aceitas significam cerca de um por cento do total, e menos de um por cento recebe sentença condenatória no primeiro grau de jurisdição.

Para ter uma visão do crime de prática de racismo principalmente pela divulgação na internet que ultrapasse o âmbito de instauração de investigação pela Polícia Federal, vale a pena conferir os gráficos que indicam as notícias de crime registradas por usuários da rede mundial de computadores na página de denúncias da organização SaferNet.

Gráfico 2 – Perfis, Comunidades de Usuários ou sítios com conteúdo racista, 2006 a 2008

Fonte: SaferNet

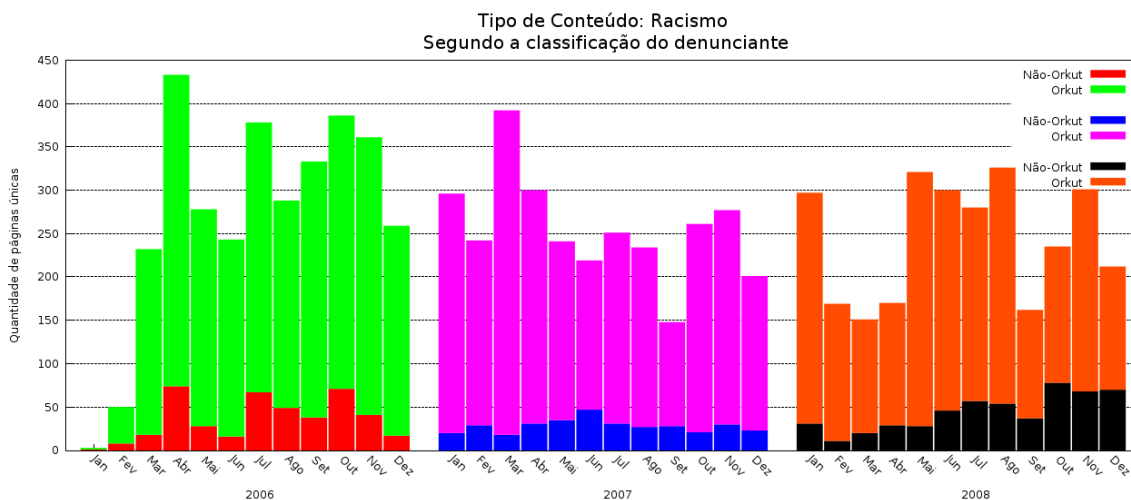


Gráfico 3 - Perfis, comunidades de usuários ou sítios com conteúdo *neonazista*, 2006 a 2008

Fonte: SaferNet

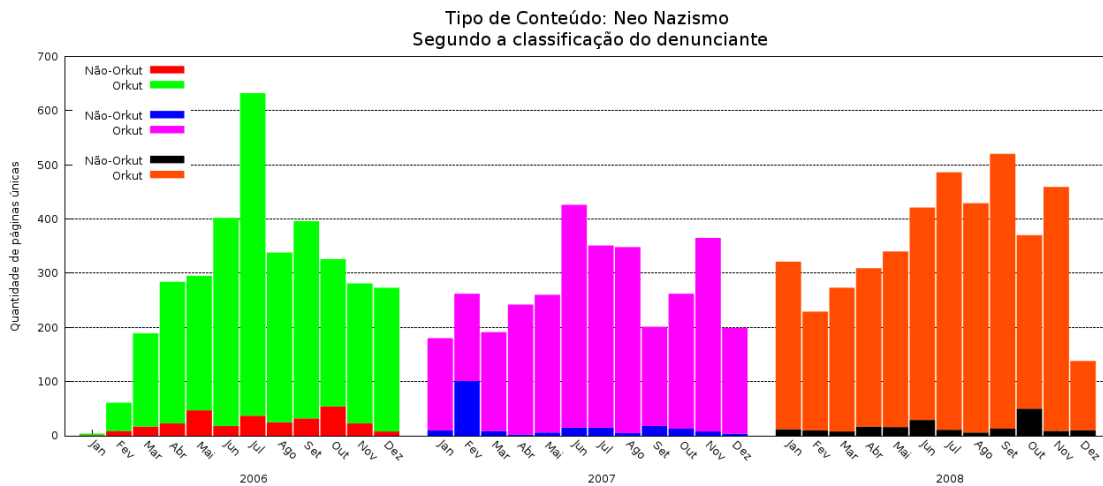


Gráfico 4 – Páginas na internet com conteúdo impróprio (por categoria) denunciadas em 2009

Fonte: SaferNet

**Denúncias de 1 de Janeiro de 2009 a 1 de Julho de 2009 e de 1 de Julho de 2009 a 1 de Janeiro de 2010**

Tipo de conteúdo	Período de 2009-1-1 a 2009-7-1			Período de 2009-7-1 a 2010-1-1			Variação
	Únicas	Domínio	Orkut	Únicas	Domínio	Orkut	
Intolerância Religiosa	4810	3748		1965	1607		-59.1%
Racismo	3583	2399		1519	1009		-57.8%
Neo Nazismo	4645	3812		2348	2159		-49.5%
Tráfico de Pessoas	0	0		0	0		NaN%
Pornografia Infantil	49257	35067		20706	13553		-58.0%
Maus Tratos Contra Animais	2378	1673		687	549		-71.1%
Xenofobia	3761	3161		2838	2717		-24.5%
Apologia e Incitação a crimes contra a Vida	20620	17967		10946	9983		-46.9%
Homofobia	2086	1712		1457	1052		-30.2%
<b>Todos</b>	<b>91140</b>	<b>69539</b>		<b>42466</b>	<b>32629</b>		<b>-53.4%</b>

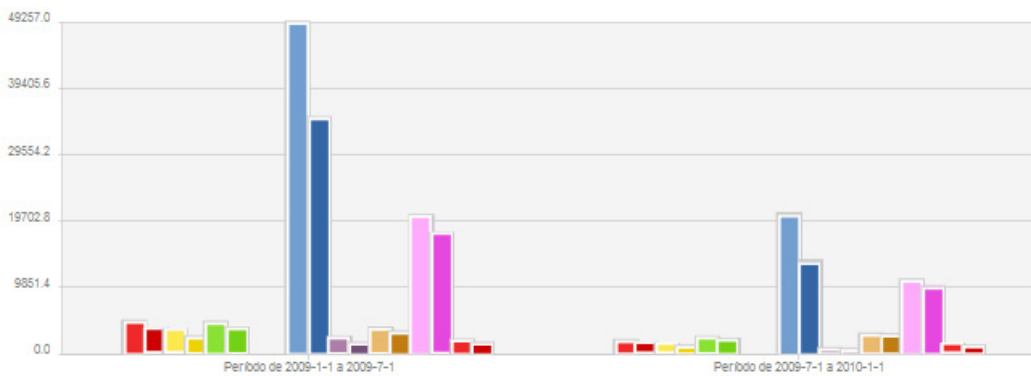
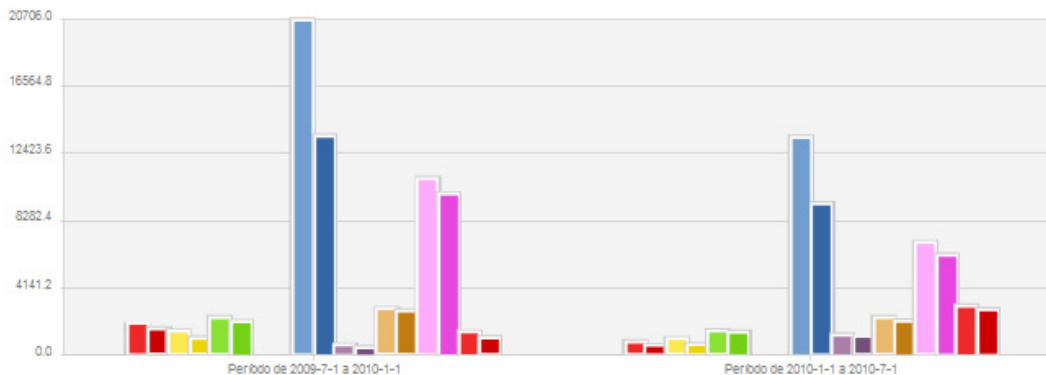


Gráfico 5 – Páginas na internet com conteúdo impróprio (por categoria) denunciadas 2º semestre de 2009 e 1º semestre de 2010

Fonte: SaferNet

Denúncias de 1 de Julho de 2009 a 1 de Janeiro de 2010 e de 1 de Janeiro de 2010 a 1 de Julho de 2010

Tipo de conteúdo	Período de 2009-7-1 a 2010-1-1			Período de 2010-1-1 a 2010-7-1			Variação
	Únicas	Domínio	Orkut	Únicas	Domínio	Orkut	
Intolerância Religiosa	1985	1607		825	639		-58.0%
Racismo	1519	1009		998	677		-34.3%
Neo Nazismo	2348	2159		1531	1438		-34.8%
Tráfico de Pessoas	0	0		88	51		Infinity%
Pornografia Infantil	20708	13553		13472	9376		-34.9%
Maus Tratos Contra Animais	687	549		1287	1147		87.3%
Xenofobia	2838	2717		2348	2193		-17.3%
Apologia e Incitação a crimes contra a Vida	10948	9983		6964	6208		-38.4%
Homofobia	1457	1052		3090	2847		112.1%
<b>Todos</b>	<b>42466</b>	<b>32629</b>		<b>30601</b>	<b>24574</b>		<b>-27.9%</b>



O que se observa dos gráficos da SaferNet é que o número de sítios da internet denunciados a esta organização por apresentarem conteúdo racista ou neonazista, não repetidos, aumentou vertiginosamente a partir de 2006 até 2008. No ano de 2009 os números continuaram altos, mas inferiores ao período anterior. Já em 2010 (primeiro semestre), os números apresentaram uma baixa se comparados tanto ao primeiro quanto ao segundo semestre de 2009.

Da mesma forma como os usuários da internet denunciaram crescentemente páginas na rede com conteúdo racista ou neonazista nos últimos anos, o número de inquéritos instaurados pela Polícia Federal para apurar a prática do racismo pelos meios de comunicação, representada no Gráfico 6 (abaixo), entre 1998 e 2010 (até o mês de agosto), também aumentou; apresentando, como nas estatísticas da SaferNet, uma ligeira queda no primeiro semestre de 2010.

Gráfico 6 – Curva de instauração de inquéritos policiais pela Polícia Federal para apuração do crime de prática de racismo com divulgação por meio de comunicação (art. 20, Lei 7.716/1989) Fonte: Sinpro/DPF



Segundo a pesquisadora Yvonne Maggie (da Universidade Federal do Rio de Janeiro), a partir do ano de 2003, durante o Governo Lula, portanto, com a criação da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir) e outras medidas como a introdução do quesito cor no Censo Escolar, “a engenharia social em que o Estado obriga os cidadãos a se definirem racialmente foi definitivamente introduzida na sociedade brasileira”.<sup>27</sup>

Visualizando a situação descrita cronologicamente, começando com as discussões antes de 2001 para a preparação da apresentação brasileira na III Conferência Mundial das Nações Unidas de Combate ao Racismo, passando pela instituição das primeiras cotas na Universidade Federal do Rio de Janeiro em 2001, depois por 2003 com as medidas governamentais supracitadas, e chegando até os vestibulares de hoje por todo o Brasil, pode-se dizer que o período após a implantação das cotas nacionalmente vai coincidir tanto com o aumento das denúncias recebidas pela organização SaferNet a respeito de divulgação de racismo na internet como também com o crescimento

<sup>27</sup> MAGGIE, Yvonne, op.cit., p. 906.

do número de inquéritos instaurados (PF) para apurar tal fato.

## 4 Conclusão

Somente observando os números, seria leviano concluir que a expressiva quantidade de arquivamentos e desclassificações signifique diretamente a perpetuação do mito da democracia racial ou a opção pelo caminho menos conflituoso da injúria racial, por parte da Polícia Federal e autoridades judiciais no Brasil. Na negativa de ver o crime de racismo nos fatos que se apresentam à análise policial ou judicial, pode-se estar diante de uma situação criminosa em que não foram recolhidas provas suficientes da autoria e materialidade ou em que não houve crime, assim como, no caso da desclassificação, pode-se estar, de fato, diante do crime de menor periculosidade.

Entretanto, também não se ignora que o resultado dos inquéritos instaurados reflete a pouca utilização prática da Lei 7.716/1989, tanto pela Polícia Federal quanto pelos órgãos de persecução criminal judicial; e a pouca utilização desta lei, da lei contra o preconceito racial, como já foi dito, não é resultado de um só fator apenas, mas da influência de vários fatores simultaneamente.

Por outro lado, os números da atuação da Polícia Federal perante a prática do racismo no Brasil (divulgação, especialmente, pela internet) fazem parte do quadro geral, da representação do racismo perante a sociedade brasileira. Eles estão inseridos neste contexto da perpetuação inconsciente da ideologia da democracia racial e se projetam no interior dessa sociedade personalista (onde o apego ao que é pessoal, em detrimento do que é individual, gera situações de desrespeito à dignidade).

O fato mesmo de a Lei 7.716/1989 existir e ser pouco utilizada (para a persecução judicial) reflete, por si só, essa sociedade onde as leis existem, às vezes, para não funcionar, a fim de que se perpetue o próprio personalismo (nas brechas) — a idéia do “para os amigos tudo, para os inimigos a lei”.<sup>28</sup>

Com base no pensamento de Roberto DaMatta, pode-se dizer que, no Brasil, no caso das leis gerais e da repressão, seguimos um código universalizante (leis gerais), igualitárias (sistema burocrático), mas nos

casos concretos, fazemos uso da moralidade pessoal, das relações, da solidariedade como eixo de ação.<sup>29</sup>

Durante a dramatização da situação racista, o policial, como um cidadão comum (com as suas referências pessoais) no exercício da função pública (que o obriga a buscar a imparcialidade), vai interpretar a situação que se apresenta (vai, também, observar quem é a vítima e quem é o agressor, o que, numa sociedade personalista, pode fazer diferença entre entender se houve ou não prática racista). Nesse momento pode-se observar uma aplicação da teoria dos jogos à primeira tipificação penal, à *decisão* do policial.

A Teoria dos Jogos, como explicada por Lopes,<sup>30</sup> propõe modelos de ações coletivas nas quais se presume que cada agente procura maximizar os benefícios individuais da sua ação, sabendo que todos os outros fazem o mesmo. As leis, regras da sociedade, são o limite para a ação dos *jogadores*. Quando a impunidade vigora, torna-se racional, para cada um, individualmente, tentar escapar dos encargos da ação, ou seja, *jogar* fora das regras para obter melhor resultado individual.

Transportando a Teoria dos Jogos para a prática da atuação do policial diante de uma situação que possa subsumir-se aos tipos penais da Lei 7.716/1989, pode-se propor que o policial não inicie nem conclua o inquérito apontando uma situação racista porque talvez esta seja a posição mais *vantajosa* diante dos outros *jogadores* na sociedade.

Além de sua formação pessoal (cheia de referências do ideal da democracia racial), este policial antevê a atuação dos demais *jogadores* na persecução criminal — é possível que o promotor não enxergue a situação como crime de racismo e, pela jurisprudência atual, o juiz talvez não veja no caso discriminação, mas apenas injúria. Desta forma, neste jogo, a posição mais vantajosa (menos conflituosa) será não levar uma pessoa a responder um inquérito por crime de racismo, desclassificando a situação para injúria, ou concluir pela inexistência de crime, como mostram os números.

Por outro lado, enquanto o resultado dos inquéritos instaurados expõe esta tendência a evitar a persecução criminal com base nos crimes da Lei 7.716/1989, os números da SaferNet, indicando o aumento de denúncias de crime de racismo praticado

<sup>28</sup> DaMATTÁ, Roberto, op. cit., p. 218.

<sup>29</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>30</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima, 2000.

por meio da internet, bem como a curva ascendente de inquéritos instaurados pela Polícia Federal, no mesmo período (especialmente entre 2001 a 2009), mostram que mais do que nunca se denunciou e instaurou investigações para apuração de divulgação de material racista no Brasil.

Mesmo que os números ascendentes tenham, como já foi dito, relação com outros fatores (neste caso, por exemplo, com a popularização da internet no Brasil) eles coincidem com o período de aplicação da política de cotas nas universidades públicas no país (primeiro no Rio de Janeiro e depois nos demais estados) e indicam que a sociedade e, por consequência, a polícia (neste caso a federal) estão discutindo e se questionando mais sobre o tema após a implantação deste mecanismo afirmativo.

Para se passar da constatação de uma relação apenas, para a identificação propriamente dos fatores, e dentre eles o do ideal da democracia racial, que levaram ao arquivamento e desclassificação na Justiça da maioria dos inquéritos instaurados pela Polícia Federal para apuração de racismo, faz-se necessária uma pesquisa mais aprofundada, com a análise de cada uma das investigações ou de um número representativo destas, para a identificação de pontos e de lugares comuns relacionados ao ideal romântico baseado em Freyre.

Da mesma forma, os números crescentes de inquéritos instaurados para apuração de racismo e a aplicação da política de cotas nas universidades, que neste ensaio somente puderam ser relacionados pela coincidência temporal, poderiam, com o estudo individual de casos, ser relacionados como causa e consequência dentro de um mesmo procedimento, com maior precisão de datas.

## Referências

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/disciraci.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

Código Penal Brasileiro - Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 27 out. 2009.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 27 out. 2009.

BRASIL. Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L7716.htm>>. Acesso em: 27 dez. 2009.

AGUIAR, Alexandre Magno F. Moreira. Análise Crítica da lei antirracismo. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/artigo/\\_imprime.php?jur\\_id=9080](http://www.ibccrim.org.br/site/artigo/_imprime.php?jur_id=9080)>. Acesso em: 4 set. 2009.

Conteúdo aberto. In: SaferNet Brasil. Protegendo os Direitos Humanos na Internet. Disponível em: <[www.safernet.org.br](http://www.safernet.org.br)>. Acesso em: 23 out. 2010.

DaMATTA, Roberto. Carnavais, Malandros e Heróis – Para uma Sociologia do Dilema Brasileiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. Revista USP, n. 17, 1993.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça na era pós-socialista. In SOUSA, Jessé (Org.) Democracia Hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora UnB, 2001.

FREYRE, Gilberto. Casa Grande & Senzala: Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 49. ed. São Paulo: Global, 2004.

HOLANDA, Sérgio B. Raízes do Brasil. 26ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

LIMA, Marcus Eugênio Oliveira; VALA, Jorge. As novas formas de expressão do preconceito e do racismo. Estud. psicol. (Natal), Natal, v. 9, n. 3, dez. 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-294X2004000300002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2004000300002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 4 ago. 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos humanos e tratamento igualitário*: questões de impunidade, dignidade e liberdade. Rev. bras. Ci. Soc, São Paulo, v. 15, n. 42, 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-6909200000100006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-6909200000100006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 6 ago. 2008.

MAGGIE, Yvonne. Pela igualdade. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 16, n. 3, Dec. 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2008000300011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 4 ago. 2010.

OLIVEIRA, Luís R. Cardoso de. Racismo, direitos e cidadania. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 50, abr. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>.

php?script=sci\_arttext&pid=S010340142004000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 4 ago. 2010.

RIBEIRO, Marcus Vinícius. Direitos Humanos e Fundamentais. Russel Editores. Campinas/SP, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Racismo. Dezembro, 2001. AIDP – Brasil. Disponível em: <[http://www.aidp-brasil.org.br/p\\_shecai.htm](http://www.aidp-brasil.org.br/p_shecai.htm)>. Acesso em: 3 set. 2009.

SOVIK, L. *Por que tenho razão: branquitude, estudos culturais e a vontade de verdade acadêmica*. Contemporânea - Revista de Comunicação e Cultura, América do Norte, 3, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/contemporanea-poscom/article/view/3464/2529>>. Acesso em: 23 ago. 2010.



# Possibilidades e limitações da Fazenda Pública na inscrição em dívida ativa de crédito não tributário

Agélio Novaes de Miranda\*

## Resumo

O presente artigo aborda as possibilidades e limitações da Fazenda Pública na constituição do crédito não tributário com foco nas indenizações e alcances dos responsáveis por atos lesivos ao Erário. Situa o dever-poder de agir da Administração à luz do controle interno e sua relação com o controle externo analisando as providências prévias, dentre elas a própria constituição do crédito, relativas ao dever de instaurar a Tomada de Contas Especial para ressarcimento. O alcance do conceito de crédito não tributário é objeto de verificação à luz da doutrina, bem como da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Indica-se, por fim, restrições e possibilidades de inscrição *self-executing*, consoante aos paradigmas do devido processo e da reserva de jurisdição.

Palavras-chave: Possibilidades. Limitações. Constituição. Crédito não tributário. Controle. Contas. Responsáveis. Danos. Ressarcimento. Reserva. Jurisdição.

## 1 Introdução

A Fazenda Pública possui a prerrogativa de apurar e inscrever em dívida ativa créditos tributários e não tributários, formando título executivo apto a viabilizar a execução com suporte na Lei 6.830/1980.

Constitui dívida ativa não tributária, dentre outras, os créditos da Fazenda Pública, tais como, indenizações, reposições, restituições e alcances dos responsáveis definitivamente julgados (art. 39, § 2º, da Lei 4.320, de 17 de março de 1964).

Assim, considerando que o primeiro contato com o ato causador de lesão ao Erário dá-se, normalmente, no âmbito interno da própria Administração, é natural que a esta caibam as primeiras providências para apuração e ressarcimento, mercê de seu dever-poder de agir independentemente da atuação dos órgãos de controle externo ou mesmo de providências judiciais.

Nesse contexto, a inscrição de crédito não tributário relativo a indenizações e alcance de

responsáveis por danos ao Erário é objeto de análise com apresentação de possibilidades e restrições quanto à referida prerrogativa do ente público.

Busca-se ainda contextualizar a possibilidade de inscrição do crédito, bem como o momento de fazê-lo, quando os mesmos fatos também impõem a instauração da Tomada de Contas Especial – TCE, cujo procedimento é iniciado na seara administrativa, mas processado e julgado pelo Tribunal de Contas que, se decidir pela irregularidade das contas, pode imputar débito constituindo, igualmente, título executivo (CF, art. 71, § 3º).

Ressalte-se, por fim, que o objetivo é oferecer um indicativo de atuação minimamente segura quanto ao exercício da legítima prerrogativa da Administração de constituição do crédito não tributário, sem perder de vista as garantias fundamentais do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição.

## 2 Providências administrativas e a busca por instrumentos eficazes de ressarcimento

O primeiro contato com o ato causador de dano ou desfalque ao Erário dá-se, normalmente, no âmbito interno da própria Administração. É natural que a esta caibam as primeiras providências para apuração e instauração de mecanismos de ressarcimento, mercê de seu dever-poder de agir independentemente da atuação dos órgãos de controle externo.

Em que pese, a independência de atuação dos órgãos que desempenham o controle interno e externo, há diretriz constitucional que impõe ao controle interno de cada um dos Poderes da República a finalidade de apoiar o controle externo em sua missão institucional (art. 74, VI c/c § 1º, da CF). Essa diretriz é representada, em boa medida, pelo instrumento da Tomada de Contas Especial – TCE.

A tomada de contas especiais é extraída da Constituição Federal (art.71, inciso II), mas tem sua sistemática disciplinada na Lei 8.443/1992 cujo art. 8º assim dispõe:

Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, *da ocorrência de*

\* Procurador Federal (AGU); pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB; graduado pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL.

*desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. [grifo nosso]*

O primeiro aspecto de destaque, é que a Tomada de Contas Especial, por suas características, apresenta-se como mecanismo de ligação entre o controle interno e externo no cumprimento da diretriz constitucional que impõe àquele apoiar este último em sua missão institucional.

Nesse passo, impende ressaltar que a TCE “apresenta no curso de seu desenvolvimento duas naturezas jurídicas distintas, que se subsumem à mesma nomenclatura.” (FERNANDES, 2009, p. 29.) Tal constatação decorre das diferentes feições que o instituto se reveste em seu desenvolvimento.

Porquanto, a TCE possui, nitidamente, duas fases: uma interna, onde a Administração *spont propria* ou por determinação do TCU, verifica a regularidade na guarda e aplicação dos recursos públicos, possuindo, assim, natureza verificadora e investigatória, que confirmará ou não a existência do prejuízo ao Erário, o valor correspondente e os indícios de autoria (assemelhando-se, numa comparação com o Direito Processual Penal, ao inquérito); e outra fase externa, em que se constitui em verdadeiro processo com o objetivo de julgamento (exclusivamente pelo TCU) da regularidade das contas e da responsabilidade dos agentes na aplicação dos recursos públicos, mediante a observância dos princípios do devido processo legal e ampla defesa.

Atento a esta característica da Tomada de Contas Especial e cioso da necessidade de formular uma definição do instituto que revele o movimento e a mudança que ele experimenta, FERNANDES (2009, p. 30) apresenta-nos um conceito dinâmico da TCE que merece transcrição, *verbis*:

Tomada de Contas Especial, é, na fase interna, um procedimento de caráter excepcional que visa determinar a regularidade na guarda e aplicação de recursos públicos e, diante da irregularidade, na fase externa, um processo para julgamento da conduta dos agentes públicos.

A tomada de contas é instaurada, em regra, por um agente do próprio órgão administrativo ou superior hierarquicamente àquele em que se deu a omissão na prestação de contas, as irregularidades ou

o dano ao Erário. Nesta fase, como dito, é prescindível a observância do contraditório que, contudo, far-se-á presente quando do julgamento, já não pela autoridade instauradora, mas sim pelo TCU.

A Lei 8.443/1992 em seu art.15, prescreve que o Tribunal de Contas ao julgar as contas decidirá se estas são *regulares, regulares com ressalva, ou irregulares*, trazendo, assim, três modalidades de julgamento de contas. Em seguida, o próprio diploma legal se encarrega de definir cada uma das modalidades de julgamento, *verbis*:

Art. 16. As contas serão julgadas:

I - *regulares*, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II - *regulares com ressalva*, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;

III - *irregulares*, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

- a) omissão no dever de prestar contas;
- b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos. [sem grifo no original]

A decisão definitiva do TCU que julgar pela irregularidade das contas e imputar débito ou multa, constituirá título executivo bastante para cobrança judicial, permitindo o ressarcimento do débito por meio da execução forçada (CF, art. 71, § 3º).

Os acórdãos do TCU que julgarem as contas irregulares, ademais, devem ser encaminhados ao Ministério Público e às Procuradorias das entidades onde ocorrido o desvio ou desfalque para as providências devidas. Ao *Parquet*, cabendo a promoção de medidas com vistas à responsabilização civil e criminal. Às procuradorias para a cobrança judicial, bem como, em concorrência com o próprio Ministério Público, promover o eventual ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa.

Impende registrar que, embora o art. 8º da Lei 8.443/1992 estabeleça que diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos, da ocorrência de desfalque ou desvios de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa

competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da Tomada de Contas Especial, resoluções do próprio TCU mitigaram a imposição legal de instauração imediata da TCE.<sup>1</sup>

Tem-se, portanto, nos termos do art. 1º da IN –TCU 56/2007, que a autoridade administrativa federal competente deve adotar providências para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis, quantificação do dano e obtenção do ressarcimento, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias. Findo o qual, sem resultado, deve ser instaurada, de pronto, a TCE,<sup>2</sup> acarretando grave violação da norma legal a omissão em não o fazer, uma vez que sujeita o agente omissor à responsabilidade solidária e às demais sanções legais cabíveis.

Cumprido frisar que, em se tratando de convênio, o marco temporal para que a Administração obtenha algum sucesso na tentativa de sanar as irregularidades encontradas, antes da instauração da TCE, é de 30 (trinta dias). É que, *in casu*, há norma especial — trata-se da IN/STN 1/1997 — que se mostra, ademais, em maior consonância com a regra do art. 116, § 6º, da Lei 8.666/1993. Nesse sentido, é o escólio de J.U. Jacoby Fernandes (2009, p. 240) que por cautela recomenda: “que, em matéria de convênio, dê-se primazia à norma específica, instaurando TCE em 30 dias.”

Nesse contexto, as providências administrativas prévias à instauração da TCE têm, inicialmente, o intuito de proporcionar a resolução de irregularidades, bem como a recomposição do Erário sem o dispêndio de energia que mecanismos complexos e excepcionais como a tomada de contas demandariam.

É neste sentido, que se reconhece o caráter excepcional da tomada de contas especial. (AGUIAR, *et al.* 2004, p. 61)

Com isso, prestigia-se ainda o princípio da razão suficiente ab-rogável<sup>3</sup> que significa a observância do postulado de que a atuação afastando do mundo jurídico a causa da TCE conseqüentemente torna

dispensável a instauração dela. Tais providências também contribuem para evitar perda de escala na atuação da Corte de Contas, em casos de fácil recomposição, ante uma atuação administrativa diligente ou mesmo para os casos de irregularidades formais e boa-fé dos responsáveis.

Visto que a Administração tem o dever-poder de agir previamente à instauração da tomada de contas especial, é de se indagar quais instrumentos pode ela se valer, já nesta fase, para recompor o patrimônio lesado?

### 3 Da apuração, inscrição e execução do crédito antes do processamento e julgamento da tomada de contas especial

Inicialmente, deve-se reconhecer que a Administração pode contar com a boa-fé do agente indicado como autor de irregularidades passíveis de gerar uma tomada de contas. E se este, uma vez notificado, corrigir as irregularidades apontadas e recompor o patrimônio público lesionado sem que sua conduta anterior caracterize ato indisciplinar, ímprobo ou criminoso estará resolvida a questão. Com efeito, neste caso, é também dispensada, desde logo, a instauração da tomada de contas seja pelo seu caráter excepcional seja pelo princípio da razão suficiente ab-rogável.

O fato, contudo, deve ser comunicado à Corte de Contas quando da prestação de contas ordinária, nos termos do art. 197, § 3º, do Regimento Interno do TCU aprovado pela Resolução 155, de 4 de dezembro de 2002.

Pois bem, visto que o dever de instauração da tomada de contas não afasta a prerrogativa administrativa de adotar providências outras para assegurar o ressarcimento. Reconhecido como legítimo até mesmo um atuar prévio à própria instauração da TCE, necessário perquirir sobre a possibilidade de formalização, já nessa fase, de um título executivo extrajudicial pela inscrição do débito em dívida ativa e o respectivo manejo de execução forçada com base na Lei 6.830/1980 quando não factível a recomposição voluntária acima referida.

A tomada de contas, indiscutivelmente, não constitui instrumento exclusivo a ser utilizado pela autoridade administrativa que toma conhecimento de qualquer irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário.

Os acontecimentos que ensejam a instauração da tomada de contas especial também são suportes

<sup>1</sup>Primeiro, a IN-TCU 13, de 4 de dezembro de 1996; atualmente a IN-TCU 56, de 5 de dezembro de 2007, que substituiu a anterior e dispõe sobre instauração e organização do processo de tomada de contas especial e dá outras providências.

<sup>2</sup>Observe-se que há limite de alçada na resolução predita (art. 5º) para instauração e encaminhamento da TCE à Corte de Contas.

<sup>3</sup>Para maior aprofundamento sobre o princípio consulte-se: FERNANDES, J. U. Jacoby. Tomada de contas especiais: Processo e procedimento na Administração Pública e nos tribunais de contas. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88-89.

fáticos autorizadores de outras medidas visando à restauração do patrimônio público lesado.

Vislumbra-se, de pronto, a possibilidade de utilização por parte da Administração de uma ação ordinária de cobrança, do manejo da ação civil de improbidade (mercê de seu viés também ressarcitório) e, por fim, da formalização imediata de título executivo extrajudicial com a inscrição do débito em dívida ativa, sem embargos das medidas cautelares que podem acompanhar cada uma dessas medidas.

Oportuno ressaltar que sequer há impeço à utilização concomitante desses instrumentos quando já em curso a tomada de contas especial no Tribunal de Contas, como já deixou assentado o STF no seguinte julgado, *verbis*:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N. 8.112/90. NÃO OCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA. 1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92]. 2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n. 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 04.03.2005]. 3. Não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos artigos 148 a 182 da Lei n. 8.112/90, já que o procedimento da tomada de contas especial está disciplinado na Lei n. 8.443/92. 4. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal. 5. A comprovação da efetiva prestação de serviços de assessoria jurídica durante o período em que a impetrante ocupou cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região exige dilação probatória incompatível com o rito mandamental. Precedente [MS n. 23.625, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 27.03.2003]. 6.

Segurança denegada, cassando-se a medida liminar anteriormente concedida, ressalvado à impetrante o uso das vias ordinárias.<sup>4</sup>

Nesse sentido, antes mesmo da própria instauração da TCE, a Administração possui a prerrogativa de por um processo administrativo, obviamente com as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, apurar a liquidez e certeza do crédito e inscrevê-lo em dívida ativa, desde que observado o que dispõe a Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964, *verbis*:

Art. 39. [...]

§ 1º - Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título. (Parágrafo incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 20.12.1979)

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. (Parágrafo incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 20.12.1979). [sem grifo no original]

Nesse passo, o art. 2º da Lei 6.830/1980 dispõe que constitui dívida ativa da Fazenda Pública, apta a instrumentalizar a execução fiscal mediante a extração da certidão de dívida ativa, aquela definida como tributária ou não tributária pelo dispositivo legal acima transcrito.

Ora, em face de tais prerrogativas, e considerando que a autoridade administrativa diante de fatos ensejadores de tomada de contas especial deve adotar medidas para o pronto ressarcimento ao Erário, é fácil concluir que deve ser dada preferência à inscrição do débito como dívida ativa não tributária, formalizando-se o título executivo extrajudicial apto a dar ensejo diretamente ao processo satisfativo da execução forçada, nos termos da Lei de Execução Fiscal.

<sup>4</sup>STF. MS 25880/DF. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 07/02/2007. Órgão julgador: Tribunal Pleno.



Com efeito, tal medida — por encurtar o caminho que seria percorrido com as ações de conhecimento (ordinárias de cobrança ou cível de improbidade) e com a própria TCE (dado seu caráter de acerto com feição judicialiforme, quando da fase de julgamento pelo TCU) — revela-se instrumento mais vantajoso e célere para a implementação da tutela ressarcitória.

Impende registrar que há, no âmbito da Advocacia-Geral da União, mais especificamente da Procuradoria-Geral Federal, parecer<sup>5</sup> em caso envolvendo irregularidades em convênio para transferência voluntária de recursos, onde se indica expressamente a possibilidade de apuração e formalização do crédito independentemente de tomada de contas especiais realizada pelo Tribunal de Contas da União, mediante a aplicação dos princípios da autotutela e do devido processo legal administrativo.

Nessa mesma manifestação, é apresentada posição do Tribunal de Contas da União reconhecendo possível a formalização e inscrição pela Administração sem prejuízo da tomada de contas especial a ser eventualmente instaurada. Vale transcrever o excerto do TCU, *verbis*:

8.2 – responder ao consulente que, com o advento da Lei nº 9784, de 29/01/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, não haveria óbice, uma vez presentes indícios de malversação, desvios ou aplicação irregular de recursos do SUS, a que a autoridade competente instaurasse processo administrativo com o objetivo de apurar a liquidez e certeza do crédito de natureza não tributária e, após conclusão dos trabalhos, adotasse as providências para a inscrição em dívida ativa da União, desde que tal procedimento não suprimisse a concomitante instauração de Tomada de Contas Especial, cuja competência para julgamento cabe a este Tribunal, ante o que dispõe a Lei nº 8.443/92 e a IN/TCU nº 13/96; – [sem grifo no original].

Mais recentemente o entendimento foi reafirmado,<sup>6</sup> o que revela que, para além da tese fixada, constitui providência real para a Administração constituir o crédito não tributário na fase anterior à própria

instauração da tomada de contas especial, desde que se observe o devido processo legal administrativo, como expressamente ressalvado nas manifestações aqui citadas.

Essa possibilidade de inscrição e cobrança executiva, prévia ou até paralelamente à tomada de contas especiais, não é, contudo, irrestrita, havendo algumas limitações à prerrogativa estatal, como passaremos a demonstrar.

#### 4 Limitações e possibilidades para a constituição de crédito não tributário referente a indenizações e alcances dos responsáveis por danos ao Erário

Pois bem, primeiramente, há de se considerar que só deve haver inscrição daqueles créditos definidos em lei como de origem tributária ou não tributária. Cuida-se aqui de analisar a inscrição do crédito de natureza não tributária.

Dispõe o § 2º do art. 39 da Lei 4.320/1964 que constitui dívida ativa não tributária os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

Para os que interpretam que o § 2º do art. 39 da Lei 4.320/1964 não contempla no conceito de dívida ativa não tributária os valores decorrentes de indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis *não* definitivamente julgados, haveria óbice à inscrição nas situações de danos, desfalque, malversação, não prestações de contas, etc, que somente seria possível com a decisão definitiva do Tribunal de Contas ou por formação de título judicial.

Nesse sentido, vale trazer à colação a posição de Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (2010, p. 3) sobre o tema:

Colime-se que o § 2º, do artigo 39, da lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando se refere aos créditos *não tributários*

<sup>5</sup>BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Parecer CGCOB/Dicon 20/2008. Ressarcimento decorrente de descumprimento de convênio. LOPES, Paulo Cesar. Brasília: Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal.

<sup>6</sup>BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Parecer 16/2011/DIGEAP/CGCOB/PGF/AGU. Tomada de Contas Especial – Inscrição em Dívida Ativa – Divergência entre execução fiscal ajuizada e acórdão do Tribunal de Contas da União. Teresa Cristina de Souza. Brasília: Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal.

passíveis de inscrição em dívida ativa, *excetua os valores decorrentes de indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis não definitivamente julgados.*

*A ação executiva do débito e da multa, antes da decisão definitiva do Tribunal de Contas, só poderia suceder, na hipótese, com a criação de título executivo judicial, após a obtenção de decisão judicial condenatória transitada em julgado, com a adoção do rito do Código de Processo Civil.* [Sem grifo no original].

Tal ponderação tem sua razão de ser no fato de que as fontes de receita da Fazenda Pública para configurar crédito exequível, na forma da Lei 6.830/1980, devem se revestir, dentre outros, do atributo de certeza.

Ora, o procedimento de inscrição como dívida ativa não tributária de créditos cujas causas decorram de situações ilícitas relativas a práticas lesivas ao patrimônio público (malversação, dano, corrupção, desfalque, etc) cuja quantificação, identificação, e responsabilização do agente, não decorrem de vinculação específica a contrato, convênio ou determinado ato previamente firmado, deve ser objeto de ação judicial.

A ressalva, quanto a não possibilidade de inscrição em dívida ativa não tributária em situações em que irrazoável o exercício de tal prerrogativa pela Fazenda Pública, é encontrada ainda em escólio de José da Silva Pacheco (2002, p. 78), *verbis*:

*A dívida ativa não tributária será a resultante de qualquer outro crédito da Fazenda Pública, inscrito na repartição administrativa competente, após a apuração: a) da sua procedência; b) do seu exato valor; c) do sujeito passivo; d) da falta de pagamento no vencimento, no prazo ou no ato, determinados em lei, em regulamento, no contrato, no respectivo título ou em decisão final irrecorrível na esfera administrativa. Vê-se, pois, que nem sempre seria possível fazer a inscrição de tal dívida, principalmente quando não pudesse o órgão encarregado do controle constatar, com exatidão, a certeza ou a liquidez do crédito, por não ficarem claramente caracterizado os quatro elementos assinalados sob as alíneas a, b, c, d, supra. Nessas hipóteses, o poder público tinha de propor ação adequada, cujo processo seguiria as normas pertinentes do CPC.* [Sem grifo no original.]

No mesmo sentido é a posição de Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 16) que, sem excetuar expressamente da definição de dívida ativa não tributária os valores decorrentes de indenizações, reposições, restituições e alcances dos responsáveis *não definitivamente julgados*, reconhece como possível de inscrição e execução, tal como disciplinado na

Lei 6.830/1980, apenas o crédito oriundo de ato ou contrato administrativo, vejamos:

Para cobrar-se executivamente, segundo os moldes da Lei nº 6.830, a dívida ativa deve proceder de obrigação tributaria ou não tributaria, desde, porém, que esteja prevista em lei, regulamento ou contrato. É preciso que a origem do crédito fazendário seja ato ou contrato administrativo típico. *Nessa categoria, não se inclui o débito decorrente de dano ao patrimônio da pessoa jurídica de direito público, que se rege pelas normas comuns de responsabilidade civil disciplinada pelo direito privado [...]* [grifamos]

Nessa linha, pensamos que a melhor leitura do § 2º do art. 39 da Lei 4.320/1964 não deve excluir, de chofre, a possibilidade de constituição do crédito não tributário nos casos de indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis não definitivamente julgados. Mas, possibilitá-las, apenas nas situações em que as indenizações, reposições, restituições e alcances sustentam-se em vínculo administrativo traduzido em contrato, convênio, ato específico, ou mesmo em imposição legal de efeitos concretos.

Não é diferente a posição do STJ sobre a matéria. Impende sublinhar, contudo, que o e. Tribunal apenas tangencia a questão da interpretação do § 2º do art. 39 da Lei 4.320, de 17 de março de 1964 quanto à visão excludente do conceito de dívida ativa não tributária das indenizações, reposições, restituições e alcances dos responsáveis não definitivamente julgados.

De toda sorte, resta evidente a posição do Tribunal de que não é possível a constituição e formalização do crédito em situações que não decorram de um ato ou contrato administrativo típico ou que não haja um vínculo estatutário formalizado com o ente público. Para retratar a posição da Corte Superior, segue alguns julgados:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE CONTRA O INSS. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. 'TOMADA DE CONTAS ESPECIAL'. CRÉDITO QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE DÍVIDA ATIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. APURAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL PRÓPRIO, ASSEGURADOS O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA.

1. Recurso Especial contra v. Acórdão que, apreciando execução fiscal, *fundada em inquérito administrativo*, movida pelo ora recorrente, lastreada em pretensa dívida ativa não tributária, *relativa à indenização por desvio de valores apurados unilateralmente*, considerou que a responsabilidade do embargado/recorrido deve ser apurada pela via

ordinária, sob o fundamento de que o crédito não se enquadra no conceito de dívida ativa.

2. O INSS tem, sem sombra de dúvidas, o direito de ser ressarcido por danos materiais sofridos em razão de concessão de aposentadoria fraudulenta, devendo o beneficiário responder, solidariamente, pela reparação dos referidos danos.

3. O conceito de dívida ativa não tributária, embora amplo, não autoriza a Fazenda Pública a tornar-se credora de todo e qualquer débito. A dívida cobrada há de ter relação com a atividade própria da pessoa jurídica de direito público.

4. In casu, pretende o INSS cobrar, por meio de execução fiscal, prejuízo causado ao seu patrimônio, apurados em 'tomada de contas especial'.

5. A apuração de tais fatos devem ser devidamente apurados em processo judicial próprio, assegurado o contraditório e a ampla defesa. Inexistência de discussão se a Lei nº 4.320/64 excetua ou inclui como dívida ativa não tributária os valores decorrentes de indenizações e restituições.

6. Recurso não provido. (REsp 439.565/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11.11.2002, pág. 160).

PROCESSUAL – EXECUÇÃO FISCAL – DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA – TÍTULO EXECUTIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – CRIAÇÃO UNILATERAL DO TÍTULO – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE PROCESSO JUDICIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO – RECEBIMENTO.

1. A dívida tributária já nasce certa e líquida, porque o lançamento gera presunção de certeza e liquidez. Isso não ocorre com os créditos oriundos de responsabilidade civil que somente recebem tais atributos, após acerto amigável ou judicial.

2. Os créditos incertos e ilíquidos não integram a dívida ativa, suscetível de cobrança executivo-fiscal. É que o conceito de dívida ativa não tributária, a que se refere a Lei de Execuções Fiscais, envolve apenas os créditos assentados em títulos executivos. Há créditos carentes de certeza e liquidez necessárias ao aparelhamento de execução.

3. Crédito proveniente de responsabilidade civil não reconhecida pelo suposto responsável não integra a chamada dívida ativa, nem autoriza execução fiscal. O Estado, em tal caso, deve exercer, contra o suposto responsável civil, ação condenatória, em que poderá obter o título executivo.

4. É nula a execução fiscal por dívida proveniente de responsabilidade civil, aparelhada assentada em títulos. (REsp 440.540/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 1º.12.2003, pág. 262)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO FISCAL - DÍVIDA ATIVA - DNER - INDENIZAÇÃO POR DANOS AO PATRIMÔNIO DECORRENTES DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO - DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA - IMPROPRIEDADE

- EXERCÍCIO EXORBITANTE DE COMPETÊNCIA - VIA PROCESSUAL INADEQUADA.

I - Dívida Ativa da Fazenda Pública, definida como não tributária, é a que resulta qualquer outro crédito da Fazenda Pública, inscrita no setor administrativo competente, após apuração na forma prevista na legislação de regência; decorre do exercício do poder de império, exercido na modalidade do poder de polícia, e da atividade legalmente conferida à autoridade de direito público.

II - Não é cabível a utilização da via de inscrição da dívida ativa no DNER, para propositura do executivo fiscal visando obter ressarcimento de dano causado ao patrimônio da autarquia em virtude de acidente automobilístico.

III - A competência da Procuradoria-Geral do DNER para apurar liquidação e certeza de créditos de qualquer natureza, para inscrevê-los em dívida ativa e cobrá-los, é restrita àqueles (créditos) inerentes às atividades da autarquia.

IV - Recurso improvido. (REsp 330.703/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 19.11.2001, pág. 242) [sem grifo no original]

Encontram-se, ainda, dentre outros, os seguintes precedentes em ambas as Turmas do STJ: REsp 867.718 -PR, Primeira Turma, rel. Teori Albino Zavascki, DJe 04/02/2009 e REsp 1.125.508-GO, Segunda Turma, rel. Mauro Campbell Marques, unânime, DJe 24/08/2010.

Do exposto, decorrem algumas implicações quanto à apuração e formalização do crédito por meio da inscrição e cobrança executiva decorrente de providências administrativas para apuração e busca do pronto ressarcimento.

Inicialmente, impende rememorar que a tomada de contas na fase interna constitui procedimento de natureza verificadora e investigatória desprovida das características da ampla defesa, daí ser afastada de plano, enquanto presentes essas características, sua utilização como suporte para eventual constituição do crédito.

A Administração, como visto, poderá instaurar processo administrativo com os atributos do contraditório e ampla defesa para constituição do crédito não tributário até mesmo previamente ao início da fase interna da TCE.

Com efeito, para essas situações, apenas as obrigações com espeque em contrato ou convênio, vínculo regulamentar ou lei de efeito concreto — sem embargos das atividades decorrentes do poder de polícia do órgão — podem ser inscritas em dívida ativa, entendimento que prestigia o art. 52 da Lei 4.320, de 17 de março de 1964, *verbis*:

Art. 52. São objeto de lançamento os impostos diretos e quaisquer outras rendas com vencimento determinado em lei, regulamento ou contrato. [grifo nosso]

Estreme de dúvidas que o conceito de dívida ativa envolve apenas os créditos certos e líquidos. Assim, tanto a dívida ativa tributária como a não tributária requer o preenchimento desses requisitos.

Alguns créditos não tributários — como os provenientes de multas de polícia — transformam-se em dívida ativa, após procedimento administrativo. Nesses créditos, assim como nos tributários, a própria Administração cria o título executivo.

Isso não ocorre, entretanto, com os créditos oriundos de responsabilidade civil por ato ilícito apurado unilateralmente. Para que tais créditos se revistam do atributo de títulos executivos, é necessário o acertamento capaz de superar discussões que podem dizer respeito ao objeto, aos sujeitos e ao próprio *quantum* devido. Isso é conseguido mediante processo judicial, transigência, ou reconhecimento.

Tais casos são aqueles em que a origem da dívida não é o exercício do poder de polícia, nem o contrato, ou o convênio administrativos, ou o regulamento, ou mesmo a imposição legal específica de uma determinada obrigação com vencimento certo (lei de efeito concreto).

Por tal razão, é que o entendimento do STJ e de respeitável segmento doutrinário, quanto à vedação de constituição do crédito não tributário, não alcança relação tipicamente administrativa e instrumentalizada por ato jurídico formal.

Bons exemplos são os convênios para transferência voluntária de recursos, com destinação previamente acertada e onde há sujeito e objeto previamente definidos, em que, constatadas as irregularidades, abre-se as vias da constituição do crédito não tributário e do ressarcimento por meio da execução estribada no título formado pela Fazenda Pública prejudicada.

Note-se, que os gestores de recursos federais transferidos mediante convênio, desde a formalização do termo de repasse de recursos, vinculam-se aos procedimentos concernentes à correta aplicação e devida prestação de contas dos recursos transferidos.

Não é demais afirmar que o termo de avença constitui “a fonte primeira de todas as regras básicas ajustadas para a execução do objeto pactuado e para a apresentação da prestação de contas.” (AGUIAR, *et al.* 2004, p. 22.) Trata-se, ademais, de instrumento

tipicamente administrativo a ser manejado numa federação cooperativa como a nossa.

Nesse passo, verificada a não prestação de contas, o desfalque, a malversação ou qualquer outra irregularidade danosa em detrimento das verbas repassadas, dispõe a Administração repassadora, nos termos do próprio convênio pactuado, de todos os fundamentos para, após processo administrativo, proceder à inscrição do crédito como dívida ativa não tributária.

Porquanto, no próprio termo de ajuste já consta a procedência do crédito, o exato valor dele, o sujeito passivo, as faltas ensejadoras de eventual ressarcimento, etc.

Enfim, conquanto seja objeto de inúmeras tomadas de contas e ações de improbidade, as irregularidades que gravitam em torno deste valioso instrumento podem encontrar na pronta inscrição dos valores em dívida ativa não tributária um importante esteio de recuperação dos créditos, já na fase de atuação inicial da Administração na fiscalização do cumprimento do ajuste.

Não se pode dizer o mesmo, como visto, quanto às demais situações ilícitas que causam prejuízo ao Erário. Nesses casos, para caracterizar a responsabilidade de âmbito civil e obter o ressarcimento, há necessidade de provimento judicial, ante a impossibilidade de pronta apuração e inscrição do crédito como dívida ativa não tributária.

Com efeito, cumpre asseverar que a situação idealizada não comportaria, mesmo após o regular processo administrativo, a inscrição do débito em dívida ativa não tributária. É que, a conduta ilícita geradora da obrigação de ressarcir não estribada em contrato ou vínculo administrativo específico é insuscetível, pela incerteza e iliquidez, de pronta inscrição. Nessas hipóteses, a pretensão ressarcitória há de ser buscada na via judicial.

Assim, se a Administração pode e deve agir numa seara prévia à tomada de contas, deverá fazê-lo ciente das restrições que envolvem a prerrogativa de constituição do crédito. O Estado não pode inscrever *self-executing*, sem acesso à justiça, *quantum* indenizatório decorrente de responsabilidade por ilícito por ele apurado unilateralmente, posto ser imprescindível ação de cognição, em obediência ao devido processo legal e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nas hipóteses em que vedada a inscrição, considerando as peculiaridades do caso concreto, cabe à Administração lesada, contudo, valer-se das ações



judiciais cabíveis, a exemplo da ação ressarcitória, da ação de improbidade e respectivas cautelares. Pode ainda optar por executar o acórdão do TCU que julgando a TCE tenha imputado débito e/ou multa, mercê de sua qualificação constitucional como título executivo.

## 5 Conclusão

Cumpra ao ente estatal as primeiras providências para apuração e instauração de mecanismos de ressarcimento, mercê de seu dever-poder de agir, independentemente da atuação dos órgãos de controle externo. Essa possibilidade de agir da Administração, revela-se desejável até mesmo em providências prévias à instauração da tomada de contas especiais, quando os fatos subjacentes também ensejem esta medida.

Dentre os instrumentos à disposição do poder público está a prerrogativa de apurar e inscrever, em dívida ativa, créditos não tributários relativos a indenizações, reposições, restituições e alcances dos responsáveis (§ 2º do art. 39 da Lei 4.320/1964), formando título executivo apto a viabilizar a execução com suporte na Lei 6.830/1980.

Nessa linha, pensamos que a melhor leitura do § 2º do art. 39 da Lei 4.320/1964 não deve excluir, de chofre, a possibilidade de constituição do crédito não tributário nos casos de indenizações, reposições, restituições e alcances dos responsáveis não definitivamente julgados. Mas, possibilitá-las nas situações em que as indenizações, reposições, restituições e alcances sustentam-se em vínculo administrativo traduzido em ato jurídico formal, como contrato, convênio, ou mesmo em imposição decorrente de vínculo regulamentar ou legal específico.

Destarte, a vedação de constituição do crédito não tributário não alcança relação tipicamente administrativa e traduzida em instrumento jurídico formal, uma vez que os atributos de certeza e liquidez são facilmente identificáveis, a exemplo do que ocorre com os casos de dano ao Erário envolvendo os convênios para transferências voluntárias de recursos.

Essa prerrogativa encontra restrição, contudo, quanto aos créditos oriundos de responsabilidade civil por ato ilícito apurado unilateralmente. Para que tais créditos sejam qualificados com o atributo de títulos executivos, é necessário o acertamento capaz de superar discussões, que podem dizer respeito ao objeto, aos sujeitos e ao próprio *quantum* devido. O que constitui reserva de jurisdição.

Por fim, nas hipóteses em que vedada a inscrição poderá a Administração, considerando as peculiaridades do caso concreto, valer-se das ações judiciais cabíveis, a exemplo da ação ressarcitória ou de cobrança, bem como da ação de improbidade. Pode ainda optar por executar o acórdão do TCU que, julgando a tomada de contas especiais, tenha imputado débito e/ou multa, mercê de sua qualificação — constitucional — como título executivo.

## Referências

AGUIAR, Ubiratan et al. Convênio e tomada de contas especiais: manual prático. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

BALLEIRO, Aliomar. O tribunal de contas e o controle de execução orçamentária. São Paulo: *Revista de Direito Administrativo*, 1953.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Parecer CGCOB/DICON 20/2008. Ressarcimento decorrente de descumprimento de convênio. LOPES, Paulo Cesar. Brasília: Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução 155, dez. 2002. Aprova o regimento interno do Tribunal de Contas da União. Brasília: ano x l n. 1, 13 fev. 2007.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Celebração de Convênios. Instrução Normativa 01, de 15 de janeiro de 1997. Brasília: Diário Oficial da União, 31 jan. 1997.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Dispõe sobre instauração e organização de processo de tomada de contas especial e dá outras providências. Instrução Normativa 56, de 5 de dezembro de 2007. Brasília: Diário Oficial da União, 21 set. 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, ano 05, n. 47, jan. 2005. Disponível em em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=5954>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

BUENO, Cássio Sscarpinella. *Execução provisória e antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. A nova etapa da reforma do código de processo civil. v.1. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARREIRA ALVIM, J. E. Nova execução de título extrajudicial. Comentários à Lei 11.382/2006. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

CRETELA, Júnior. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. São Paulo: RT, 1988.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003.

DARCIE, Jonathan Doering. As decisões do Tribunal de Contas e seu controle judicial. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/BID/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=57791>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tomada de contas especiais: Processo de procedimento na administração pública e nos Tribunais de Contas. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das Leis. Brasília: Cead/UnB, 2009. Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/9/biblioteca/textos-complementarpdf>>. Acesso em: 5 mar. 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Biblioteca Digital Fórum de contratação e gestão pública – FCGP, ano 7, n. 82, out. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow?idConteudo=55272>>. Acesso em: 4 abr. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio

cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 11. ed. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. Sobre as execuções preferidas pelo Tribunal de Contas especialmente a legitimação. Disponível em: <<http://www.revistasrtonline.com.br/portalt/temple.htm?view=main>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Delso Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.

MILANO, Célio Lucas. (Im)prescritibilidade das pretensões da Fazenda Pública de ressarcimento ao erário decorrente de atos ilícitos. (Comentários a Acórdão do Supremo Tribunal Federal). Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49387>>. Acesso em: 6 jun. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. n. 6. Brasília: Notícia do Direito Brasileiro, 1998.

PACHECO, José da Silva. *Comentários à lei de execução fiscal: (Lei nº 6.830, de 22-9-1980)*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2008.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Decisões do TCU resultantes de débito ou multa por alcance: Alguns pontos polêmicos. Belo Horizonte, Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, ano 10, n. 109, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=65898>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Dívida ativa da Fazenda Pública. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1315>>. Acesso em: 9 ago. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentário e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.



Presidência da República  
Casa Civil  
Subchefia para Assuntos Jurídicos

**Lei 13.019, de 31/07/2014.**

Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999.

Publicada no *DOU* de 1º/08/2014.

**Lei 13.021, de 08/08/2014.**

Dispõe sobre o exercício e a fiscalização das atividades farmacêuticas.

Publicada no *DOU* de 11/08/2014.

**Medida Provisória 651, de 09/07/2014.**

Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa, sob a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros; sobre a tributação das operações de empréstimos de ativos financeiros; sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de ações de empresas pequenas e médias; prorroga o prazo de que trata a Lei 12.431, de 24 de junho de 2011; e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 10/07/2014.

**Medida Provisória 653, de 08/08/2014.**

Altera a Lei 13.021, de 8 de agosto de 2014, que dispõe sobre o exercício e a fiscalização das atividades farmacêuticas.

Publicada no *DOU* de 11/08/2014.

**Decreto 8.279, de 30/06/2014.**

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

Publicado no *DOU* de 1º/07/2014.

**Decreto 8.280, de 30/06/2014.**

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

Publicado no *DOU* de 1º/07/2014.

Decreto 8.296, de 15/08/2014.

Altera o Decreto 5.988, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre o art. 31 da Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, que instituiu depreciação acelerada incentivada e desconto da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, no prazo de doze meses, para aquisições de bens de capital efetuadas por pessoas jurídicas estabelecidas em microrregiões menos favorecidas das áreas de atuação das extintas Sudene e Sudam.

Publicado no *DOU* em 18/08/2014.

## Corte Especial

Numeração única: 0034152-31.1999.4.01.3400

Arguição de Inconstitucionalidade 1999.34.00.034204-0/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian  
Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Souza Prudente  
Autora: Souza Cruz S/A  
Advogados: Dr. Eduardo Antônio Lucho Ferrão e outros  
Autora: Philip Morris Brasil Indústria e Comércio Ltda.  
Advogados: Dr. Marcelo Reinecken de Araújo e outros  
Ré: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Suscitante: 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região  
Suscitada: Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região  
Publicação: e-DJF1 de 04/07/2014, p. 7

### Ementa

*Constitucional e Tributário. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Poder de polícia na fiscalização dos produtos fumígenos, derivados do tabaco. Taxa de vigilância e fiscalização sanitária (CF, art. 145, II c/c os arts. 77 e 78 do CTN; Lei 9.728/1999, art. 23, § 1º e respectivo anexo II, Item 9.1). Incidente de controle difuso de constitucionalidade. Rejeição.*

I. Afigura-se constitucional, legal e legítima a taxa de fiscalização sanitária da Anvisa, como prevista na Lei 9.728/1999, art. 23, e respectivo anexo II, item 9.1, sendo observados os pressupostos tipificadores do poder de polícia inscrito no art. 145, inciso II e respectivo § 2º, da Constituição Federal e nos arts. 77, parágrafo único, e 78, parágrafo único, do Código Tributário Nacional – CTN, para a fiscalização e controle dos produtos fumígenos, derivados do tabaco, com gravíssimo potencial ofensivo ao direito fundamental à saúde de todos (CF, arts. 196 e 197).

II. A política nacional de combate ao tabagismo, visto como epidemia global, nos termos da *Convenção-Quadro para o controle do tabaco*, ratificada pelo Senado Federal, através do Decreto Legislativo 1.012, de 27/10/2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.658, de 02/01/2006, *legítima a complexa atividade do poder de polícia da Anvisa*, na linha de eficácia dessa política internacional de fiscalização e controle dos produtos derivados do tabaco, em dimensão planetária e precautiva de proteção à saúde pública.

III. A taxa de fiscalização sanitária da Anvisa, na complexa dimensão difusa de sua *atividade vital e precautiva de poder de polícia, no controle do tabagismo*, em todo o território nacional, com ramificações transfronteiriças, encontra amparo na *Convenção-Quadro internacional em referência e não utiliza o faturamento das empresas de tabaco, como base de cálculo* (base econômica da tributação), mas, sim, *como parâmetro de redução dessa atividade mortífera, a exigir alto custo no exercício regular desse poder de polícia, sem descuidar do princípio da capacidade contributiva da empresa, em sua elevada lucratividade da indústria e do comércio tabagista*, sem ofensas aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia tributária, sistemicamente prestigiados, na espécie.

IV. Rejeitou-se, em questão de ordem, a aplicação literal do § 5º do art. 355 do Regimento Interno do TRF 1ª Região, na espécie dos autos.

V. Declaração de inconstitucionalidade, pelo controle difuso, da disposição normativa constante do item 9.1 do Anexo II da Lei 9.728/1999, rejeitada.

### Acórdão

Decide a Corte Especial, por maioria, rejeitar questão de ordem para aplicação literal, na espécie, da norma do § 5º do art. 355 do RITRF 1ª Região, e, também, por maioria, rejeitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade do item 9.1 do Anexo II da Lei 9.728/1999, na sistemática do controle difuso.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 03/04/2014.

Desembargador Federal Souza Prudente, relator p/ acórdão.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: —* Trata-se incidente de inconstitucionalidade do item 9.1 do anexo II da Lei 9.782/1999, suscitado quando do julgamento das apelações interpostas pelas empresas Souza Cruz S/A e Philip Morris Brasil Indústria e Comércio Ltda. contra sentença que denegou a segurança pretendida para que fosse reconhecida a inexigibilidade da taxa de registro prevista na Lei 9.782/1999 e demais resoluções da Anvisa e da renovação do referido registro.

2. Essas são as razões dos apelos, conforme relatório lançado pela eminente Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, quando da decisão que suscitou o incidente de inconstitucionalidade perante a eg. 8ª Turma:

[...]

Os apelantes reiteram a argumentação deduzida na petição inicial, no sentido da ilegalidade e da inconstitucionalidade do cálculo da base de cálculo da Taxa de Fiscalização com base no faturamento das empresas — apesar da utilização de valores fixos —, decorrente da aplicação da Tabela de Descontos, de modo geral, a todos os itens taxados, a qual incide sobre o faturamento anual das empresas, ou seja, a receita bruta resultante da venda de bens ou da prestação de serviços.

Defendem, no ponto, que, ao adotar o faturamento como base de cálculo da malsinada taxa, tanto a Lei 9.782/1999 e a MP 1912-8, quanto a Resolução 367-ANVS ofenderam, direta e flagrantemente, o art. 145, § 2º, da Constituição Federal.

Sustentam a ofensa ao princípio da razoável equivalência ou da razoável proporcionalidade — haja vista que o custo do serviço que o Estado colocará à disposição de seus usuários é desproporcional ao valor por ele cobrado —, bem como ao princípio da isonomia, pois a atividade da ANVISA será igual para todos os grupos de empresas, e que não há nenhuma razão para a enorme diferença entre os valores cobrados.

Afirmam que a desigualdade de tratamento revela-se, do mesmo modo, no tocante ao prazo de validade dos registros, que é de cinco anos para alguns produtos e de um ano no caso dos produtos fumígenos.

Aduzem, por fim, que a cobrança da referida taxa em valor exacerbadamente exagerado importa em claro desvio de finalidade, consistente na simples produção de receita, quando o correto seria a retribuição por um serviço prestado pela administração pública.

[...] (fl. 1495.)

3. A eg. 8ª Turma, à unanimidade, suscitou o presente incidente de inconstitucionalidade, conforme acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA DE FISCALIZAÇÃO SANITÁRIA. ANVISA. LEI 9.782/1999. RESOLUÇÃO-RDC 346/2003. NATUREZA JURÍDICA. TAXA. BASE DE CÁLCULO DE IMPOSTO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS. ILEGALIDADE. 1.A cobrança, pela ANVISA, do registro e da renovação de licença das marcas de produtos derivados do tabaco, na forma prevista na Lei 9.782/1999, decorre do exercício de seu poder de polícia, e por essa razão, tem natureza jurídica de taxa. 2.A atividade estatal, no caso, visa ao interesse público e tem o intuito de controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. 3.À taxa é conferido regime jurídico de direito público tributário. Sujeita-se aos princípios tributários, como os da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade. 4.A base de cálculo das taxas deve representar correlação ou equivalência razoável entre o valor pago e o custo da ação estatal. 5.Arguição de inconstitucionalidade do item 9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999 acolhida.” (AC 0034152-31.1999.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.1266 de 26/03/2013)

4. Distribuído o feito, por força do art. 356, § 1º, da norma regimental, por despacho de fl. 1.516 determinei a ciência da União da arguição de inconstitucionalidade em tela e a publicação de edital, no prazo de 10 dias, para conhecimento dos titulares do direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade referidos no art. 103 da Constituição Federal, nos termos do art. 355, § 1º do RITRF 1ª Região.

5. A Anvisa manifestou-se pela rejeição da inconstitucionalidade do item 9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999, sustentando que todos os elementos constitutivos da obrigação tributária foram devidamente delineados, que a taxa de fiscalização de vigilância sanitária, classificada como tributo fixo, não tem a mesma base de cálculo do ICMS, do IPI e do Imposto de Importação, ou seja, o faturamento da empresa, que é mero referencial para medir a capacidade contributiva, servindo como redutor do valor da taxa, e que respeita os princípios da igualdade e da proporcionalidade.

6. Parecer Ministerial, da lavra da eminente Procuradora Regional da República Márcia Morgado Miranda, pelo reconhecimento da constitucionalidade do item 9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999 (fls. 1.549-1.560), assim ementado:

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. ANVISA. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA. (LEI Nº 9.782/1999, ART. 23, § 1º, ANEXO II, ITEM



9.1). FATURAMENTO UTILIZADO COMO FATOR DE REDUÇÃO DE TAXA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E ISONOMIA E AO ART. 145, II, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA. ALTO CUSTO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA E OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. PRECEDENTES. PARECER PELA CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA.

7. Traz o Ministério Público Federal, em socorro à sua tese precedente do egrégio STF no RE 198868, relator eminente Min. Moreira Alves, *in verbis*:

EMENTA. Taxa de fiscalização de Mercados de Títulos e Valores Mobiliários. Sua constitucionalidade.

- Em caso análogo ao presente, o Plenário desta Corte, ao julgar o RE 177.835, assim decidiu, afastando a alegação de ofensa ao artigo 145, II, e 2º, da Constituição Federal: 'CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DOS MERCADOS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS – TAXA DA CVM. Lei nº 7.940, de 20.12.89. FATO GERADOR. CONSTITUCIONALIDADE.

*I – A taxa de fiscalização da CVM tem por fato gerador o exercício do poder de polícia atribuído à Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Lei 7.940/89, art. 2º. A sua variação, em função do patrimônio líquido da empresa, não significa seja dito patrimônio a sua base de cálculo, mesmo porque tem-se, no caso, um tributo fixo. Sua constitucionalidade.*

*II – R.E. não conhecido'. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido.*

(RE 198868. MOREIRA ALVES, STF.) (grifou-se)

8. Alerta, outrossim, que o item impugnado fixa a taxa num valor único de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), permitida a sua redução em vários níveis, consoante faturamento das empresas em valor de R\$ 50.000.000,00 a R\$ 20.000.000,00 (15%) e assim por diante até 95% no caso de microempresas.

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Em discussão a inconstitucionalidade do item 9.1 do

\*Sessão de 05/12/2013 - Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes, Tolentino Amaral, Souza Prudente, Néviton Guedes, Novély Vilanova e Kassio Marques.

Sessão de 16/01/2014 - Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro, João Batista Moreira, Reynaldo Fonseca, Carlos Moreira Alves, Daniel Paes Ribeiro, Mônica Sifuentes e Mário César Ribeiro.

Sessão de 03/04/2014 - Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mônica Sifuentes, Mário César Ribeiro, Jirair Aram

Anexo II da Lei 9.782/1999, que estabelece o registro, a revalidação ou a renovação de registro de fumígenos como fato gerador da taxa de fiscalização de vigilância sanitária prevista em seu art. 23 e a fixa em valor único de R\$ 100.000,00, com periodicidade anual.

2. A douta 8ª Turma, em v. acórdão de lavra da eminente Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, ao reconhecer a inconstitucionalidade da norma impugnada pelos impetrantes/apelantes e suscitar o presente incidente, o fez pela ofensa aos arts. 145, § 2º, e 150, II, da Constituição Federal, que assim dispõem:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...].

§ 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

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.

3. Concluiu pela inconstitucionalidade da norma, ainda, sob o fundamento de que caracterizado desvio de finalidade, na medida em que a Anvisa justifica a arrecadação da taxa de fiscalização de vigilância sanitária para o cumprimento de sua missão institucional, e não para a retribuição de serviço decorrente do exercício do poder de polícia, na forma do art. 145, II, da Constituição Federal.

4. O respectivo acórdão restou assim ementado (fl. 1.504):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA DE FISCALIZAÇÃO SANITÁRIA. ANVISA. LEI 9.782/1999. RESOLUÇÃO-RDC 346/2003. NATUREZA JURÍDICA. TAXA. BASE DE CÁLCULO DE IMPOSTO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS. ILEGALIDADE. 1.A cobrança, pela ANVISA, do registro e da renovação de licença das marcas de produtos derivados do tabaco, na forma prevista na Lei 9.782/1999, decorre do exercício de seu poder de polícia, e por essa razão, tem natureza jurídica de taxa. 2.A atividade

Meguerian, Olindo Menezes, Tolentino Amaral, Souza Prudente, Néviton Guedes, Novély Vilanova, Carlos Moreira Alves, Daniel Paes Ribeiro, Kassio Marques, Reynaldo Fonseca e Neuza Alves.

estatal, no caso, visa ao interesse público e tem o intuito de controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. 3. À taxa é conferido regime jurídico de direito público tributário. Sujeita-se aos princípios tributários, como os da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade. 4. A base de cálculo das taxas deve representar correlação ou equivalência razoável entre o valor pago e o custo da ação estatal. 5. Arguição de inconstitucionalidade do item 9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999 acolhida.

(AC 0034152-31.1999.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.1266 de 26/03/2013)

5. Não obstante o primeiro fundamento adotado pela 8ª Turma, entendo que a norma impugnada pelos apelantes não ofende o art. 145, § 2º, da Constituição Federal, que, repito, estabelece que *as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos*.

6. Isso porque a Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária prevista no item 9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999 possui valor fixo (R\$ 100.000,00), não havendo que se falar em *base de cálculo* a incidir determinada alíquota para se chegar ao valor encontrado pelo legislador.

7. O que enseja a discussão acerca da (*in*)constitucionalidade da referida norma, em verdade, é o fato de o legislador ter previsto a redução do valor da taxa em questão a depender do faturamento anual das empresas interessadas em registrar, revalidar ou renovar produtos fumígenos, *in verbis*:

Notas ao Anexo II da Lei nº 9.782/99:

1. Os valores da Tabela ficam reduzidos em:

a) quinze por cento, no caso das empresas com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) e superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

b) trinta por cento, no caso das empresas com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais);

c) sessenta por cento, no caso das empresas com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais);

d) noventa por cento, no caso das pequenas empresas;

e) noventa e cinco por cento, no caso das microempresas, exceto para os itens 3.1, cujos valores, no caso de microempresa, ficam reduzidos em noventa por cento.

8. A previsão do faturamento anual da empresa pelo legislador, contudo, constitui mero fator de redução para o cálculo da taxa de fiscalização

de vigilância sanitária pela Anvisa, em nada se relacionando, a meu ver, com a base de cálculo do tributo em questão, até porque, como dito acima, inexistente na presente hipótese, já que arbitrada a taxa em valor fixo.

9. A consideração do faturamento anual da empresa para a redução do valor da taxa cobrada pelo registro, pela renovação ou pela revalidação de produtos fumígenos, quando muito, contraria, por analogia, a norma de natureza geral prevista na parte final do parágrafo único do art. 77 do Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição Federal com *status* de lei complementar, que assim dispõe:

A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto *nem ser calculada em função do capital das empresas*.

10. Não sendo de igual teor o art. 145, § 2º, da Constituição Federal, não vejo razão para se declarar inconstitucional, por ofensa a esse dispositivo, o item 9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999.

11. Passo ao exame da tese de que a norma impugnada seria inconstitucional por violar o quanto disposto no art. 150, II, da Constituição Federal, que, dispondo sobre as limitações do poder de tributar, prevê ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios *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*.

12. O Juiz Federal Leandro Paulsen, em sua obra *Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, 15. ed., Editora Livraria do Advogado, ao discorrer sobre a isonomia de que trata o art. 150, II, da Constituição Federal, registra que *a diferença de tratamento entre pessoas ou situações é absolutamente presente em qualquer ramo do Direito, assim como no Direito Tributário* (p. 181). Pontua, no entanto, que *o problema está [...] não em saber se há ou não tratamento diferenciado, mas em analisar a razão e os critérios que orientam a sua instituição*, identificando-se ofensa à isonomia apenas quando sejam tratados diversamente contribuintes que se encontrem em situação equivalente, sem que o tratamento diferenciado esteja alicerçado em critério justificável de discriminação ou sem que a diferenciação leve ao resultado que a fundamenta (p. 181).

13. Sob a ótica do princípio da isonomia, entendo que a norma impugnada o ofende sob dois aspectos: o primeiro, ao considerar o faturamento anual como

fator de redução da taxa de fiscalização de vigilância sanitária; e o segundo, ao estabelecer valores bastante inferiores para o registro de produtos fabricados por empresas que se encontram em situação de igualdade, dentre eles, de bebida alcoólica.

14. Quanto ao primeiro deles, observo que, sendo de mesma natureza os produtos fumígenos fabricados pelas microempresas e pelas empresas que possuem faturamento anual nas faixas estabelecidas pelo legislador (inferior a R\$ 6.000.000,00; superior a R\$ 6.000.000,00 e inferior a R\$ 20.000.000,00; superior a R\$ 20.000.000,00 e inferior a R\$ 50.000.000,00; e superior a R\$ 50.000.000,00), e demandando igual exame de documentos a concessão de registro e a sua revalidação ou renovação, encontram-se os fabricantes de produtos derivados do tabaco na mesma situação de igualdade, não havendo motivo razoável para se pagar valor menor ou maior de taxa de fiscalização de vigilância sanitária apenas em razão de sua situação patrimonial.

15. Diferente seria a situação, a título de exemplo, de escalonamento do valor de taxa em razão do aumento, quando considerado o faturamento anual da empresa, da demanda dos serviços prestados pelo Poder Público e, por consequência, da complexidade exigida para tanto. Não sendo esse, contudo, o caso dos autos, até porque as empresas fabricantes nacionais e importadoras de produtos fumígenos, independentemente de seu faturamento anual, devem instruir o requerimento de registro/revalidação/renovação junto à Anvisa com todos os documentos exigidos no art. 4º da Resolução RDC 90/2007, que atualmente regulamenta a questão, dentre eles laudo laboratorial para a quantificação dos compostos dos produtos e que deve seguir as metodologias aceitas internacionalmente, não há razão para se manter o tratamento anti-isonômico constante da norma impugnada.

16. Já no que se refere ao segundo deles, relevante a alegação das impetrantes/apelantes no sentido de não haver justificativa para que pelo registro, revalidação ou renovação de registro de alimentos e bebidas, nas quais se incluem as alcoólicas, seja cobrada taxa de fiscalização de vigilância sanitária no valor de R\$ 6.000,00 e que tal ato possua validade de cinco anos, valor e prazo muito inferiores aos exigidos para o registro, a revalidação e a renovação de registro de produtos fumígenos – R\$ 100.000,00 e validade anual.

17. Nem se argumente, como justificativa para a conduta discriminatória do legislador, quando comparados os valores das taxas de fiscalização de vigilância sanitária para os registros de bebidas e de

produtos fumígenos, bem assim o prazo de validade dos respectivos atos, o fato dos produtos derivados ou não do tabaco representarem risco à saúde pública, já que a extensão do exercício do poder de polícia é idêntica em ambos os casos — controle de produtos legalmente liberados, porém nocivos, em tese, à saúde pública.

18. É de se ressaltar, outrossim, que a decisão da Anvisa de implementar seu próprio laboratório para a fiscalização dos produtos derivados do tabaco (afirmação à fl. 1.537-v.) não pode justificar a cobrança de tão elevada taxa de fiscalização, na medida em que, nos termos do voto da eminente Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, *condicionar o sucesso da função institucional da agência reguladora à aplicação de taxas desproporcionais revela-se inconcebível*. Não bastasse isso, as taxas possuem natureza sinalagmática, constituindo-se em contraprestação individual decorrente da atividade estatal, que, no caso concreto, deriva do poder de polícia exercido pela agência reguladora.

19. Reitero, na hipótese vertente, que não há nenhum acréscimo ou distinção da atividade estatal para registro/renovação/revalidação de produtos fumígenos em razão do faturamento das empresas do ramo, uma vez que toda a documentação relacionada à qualidade dos produtos, inclusive laudos laboratoriais, é fornecida pela própria empresa.

20. Amparado em tais fundamentos, e em razão de ofensa ao art. 150, II, da Constituição Federal, entendo deva ser declarado inconstitucional o item 9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999.

Pelo exposto, *declaro inconstitucional o item 9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999 por ofensa ao art. 150, II, da Constituição Federal*.

É como voto.

## Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Senhor presidente, trata-se de uma discussão complexa, sempre recorrente, inçada de sentimentos às vezes não só jurídicos, mas o relator, ao privilegiar a questão da ofensa ao princípio da isonomia, optou por uma boa solução, *data venia* de quem assim não entenda. Além das suas razões, vejo na cobrança da taxa em discussão uma ofensa direta ao princípio da igualdade, quando considerada em relação a outros produtos objeto de fiscalização da Anvisa, como ocorre com as bebidas alcoólicas, nas quais, e a despeito de seus conhecidos efeitos nocivos à saúde, se cobra uma taxa de seis mil reais com eficácia quinzenal, enquanto, nos produtos

fumígenos e nas empresas com faturamento superior a cinquenta milhões de reais, cobra-se um valor de cento e noventa mil reais, anual, envolvendo registro e renovação, com um prazo de eficácia de um ano. Talvez a cobrança de taxa em valores que se aproximam do confisco tenha em mira desestimular o uso do tabaco, mas, no regime econômico de livre iniciativa, como é o brasileiro, pela letra expressa do art. 170 da Constituição, regime no qual os direitos subjetivos não pressupõem necessariamente atitudes moralmente virtuosas, mas apenas que sejam legalmente legítimas, não se pode, na cobrança de uma taxa, que tem caráter contraprestacional, perseguir, em princípio, objetivos extrafiscais, menos ainda violando o princípio da isonomia, como é o caso, e com um caráter nitidamente discriminatório. Com esses ligeiros fundamentos adicionais, acompanho o voto do eminente relator.

É o voto.

### Voto-Vogal Pela ordem

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: —* Senhor presidente, ouvi atentamente o voto bem fundamentado do eminente relator e verifico, com a devida vênia, que esta questão transcende os aspectos da doutrina já construída no âmbito do Direito Tributário, com base na visão meramente positivista de Hans Kelsen. Estamos vivendo hoje sob a égide de uma constituição republicana que prestigia, sobretudo, os direitos primários e fundamentais da saúde e da vida das pessoas. Essa constituição coloca como fundamento da República Federativa do Brasil sobretudo a dignidade da pessoa humana, e esta dignidade da pessoa humana também é fundamento da ordem econômica e social, nas letras do que dispõe o art. 170 da mesma Carta Política Federal. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e observados os seguintes princípios, dentre outros: a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (CF, art. 170, incisos V e VI).

Esta mesma Constituição Republicana dispõe, no seu art. 196, sobre a garantia fundamental do direito à saúde como um direito difuso, nos termos seguintes:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas

que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação [...].

E, nesta perspectiva, esta Constituição Republicana inaugurou um capítulo, que a doutrina considera o passo mais importante do neoconstitucionalismo brasileiro, ao dispor, no seu art. 225, a garantia fundamental difusa, no sentido de que

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações [...].

E no capítulo que trata da comunicação, esta Constituição Republicana estabelece restrições ao uso da propaganda do tabaco em todo território nacional, dando cumprimento ao que dispõe o seu art. 4º, inciso II, quando diz que o Brasil, em suas relações internacionais, deve prestigiar o princípio da prevalência dos direitos humanos.

No § 2º do seu art. 5º estabelece que

Os direitos e garantias expressos nesta 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 [...].

E, ainda, logo a seguir, no § 3º do mesmo art. 5º constitucional, determina:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais [...].

No dia 10 de dezembro próximo, senhor presidente, todo o planeta estará comemorando o Dia Universal dos Direitos Humanos, portanto, este julgamento tem um caráter histórico, e o Brasil ratificou a Convenção-Quadro, com mais outros diversos países, para o combate ao tabagismo no território nacional, com força de emenda constitucional. A ratificação da Convenção-Quadro Antitabagismo teve início em agosto de 2003, com a entrega formal do tratado à Câmara dos Deputados pelo Ministro da Saúde e pelo Ministro das Relações Exteriores. Em 31 de maio de 2004 (data em que se comemora o Dia Mundial sem Tabaco), o tratado foi aprovado por aquela casa, sendo posteriormente encaminhado para o Senado Federal.

O Senado realizou audiências públicas em Brasília, Santa Cruz do Sul/RS, Irati/Paraná, Florianópolis/Santa



Catarina, Camaquan/RS e Cruz das Almas/Bahia, com objetivo de esclarecer à população, em especial aos produtores de fumo, sobre os objetivos do tratado. Em 27 de outubro de 2005, o Senado Federal aprovou a ratificação da Convenção-Quadro contra o tabagismo através do Decreto Legislativo 1.012, mediante compromisso do Governo Federal de implementar o Programa Nacional de Diversificação em Áreas Cultivadas com Tabaco.

O Brasil foi o centésimo país a ratificar o tratado, promulgado pelo presidente da República através do Decreto 5. 658, de 2 de janeiro de 2006. Na introdução dessa Convenção-Quadro para o controle do tabaco, ratificada pelo Brasil através do Congresso Nacional, nasceu a partir de evidências de que o crescimento do mercado mundial dos produtos de tabaco, como resultado da liberação do comércio e do investimento do capital estrangeiro direto, trouxe uma séria ameaça à saúde pública global. Essa ameaça tem sido potencializada por estratégias de grandes companhias transnacionais de tabaco, para se inserirem em economias de mercado emergentes, bem como por desafios transfronteiriços, tais como a propaganda e o *marketing* de caráter universal, o comércio pela internet e o mercado ilegal de produtos de tabaco. Em outras palavras, a globalização da economia tem sido uma das determinantes do movimento de passagem da carga epidêmica do tabagismo e de doenças do tabaco relacionadas de países desenvolvidos para países em desenvolvimento. Ela tem permitido uma agilidade global de transferência do investimento de grandes companhias de tabaco para países que ofereçam um terreno fértil para esse comércio, traduzido em mão de obra de baixíssimo custo, importante ingrediente para otimizar a produção, em uma elevada população de jovens pronta para ser estimulada a iniciar o consumo. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a cada ano morrem cerca de cinco milhões de pessoas em todo o mundo devido ao consumo dos produtos derivados do tabaco. A OMC também estima que, se a atual tendência de consumo for mantida nos próximos trinta a quarenta anos, quando os fumantes jovens de hoje atingirem a meia-idade, a epidemia tabagística será responsável por dez milhões de mortes por ano, sendo que 70% delas ocorrerão em países em desenvolvimento. No Brasil, são estimadas mais de 200 mil mortes/ano decorrentes do tabagismo. O reconhecimento de que a expansão do tabagismo é um problema mundial fez com que, em maio de 1999, durante a 52ª Assembléia Mundial da Saúde (AMS), os estados membros das Nações Unidas propusessem a adoção do 1º Tratado Internacional de Saúde Pública

da história da humanidade, negociado sob os auspícios da OMC. Trata-se de Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e esse tratado articula um grupo de ações baseadas em evidências para responder à globalização da epidemia do tabagismo e reafirmar o direito de todas as pessoas aos mais altos padrões de saúde, o que é claramente assumido no 1º parágrafo do seu preâmbulo: “As partes desta convenção (estão) determinadas a dar prioridade aos seus direitos de proteger a saúde pública”. A Convenção-Quadro contra o tabagismo considera o tabagismo uma epidemia global, e apresenta o consumo e a exposição à fumaça do tabaco como questões de saúde pública, com consequências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas que impõem a implementação de medidas, “a fim de reduzir de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco”, posto que o universo das vítimas do tabagismo no planeta não se restringe apenas ao fumante ativo, mas, sobretudo, ao fumante passivo. As duas empresas aqui, muito bem representadas pelos seus ilustres procuradores, conhecem essa realidade e sabem que a Philip Morris e a Souza Cruz, em todo o planeta, sofrem inúmeras ações de indenização por danos materiais e morais. Em países estrangeiros onde a consciência jurídica já alcança um alto nível em defesa da vida, há ações não só contra essas empresas, mas também ações intersubjetivas de fumante passivo contra o fumante ativo, porque sofreu o impacto criminoso e letal do tabagismo. É, nesse propósito, senhor presidente, que a Convenção-Quadro determina medidas relacionadas a preços e atributos para reduzir a demanda do tabaco. “Medidas não relacionadas a preços para reduzir a demanda do tabaco: 1º - Proteção contra a exposição à fumaça do tabaco”. Como se vê, a Convenção-Quadro está preocupada com o fumante passivo, que compõe uma legião de pessoas. Se portadoras de câncer de pulmão e de outras doenças respiratórias letais, com direito, em tese, a indenizações — e pesadas indenizações. “A regulamentação do conteúdo dos produtos de tabaco”. “Regulamentação da divulgação das informações sobre os produtos de tabaco”. “Embalagem e etiquetagem de produtos de tabaco”. “Educação, comunicação, treinamento e conscientização do público”. “Publicidade, promoção e patrocínio do tabaco”. “Medidas de redução de demandas relativas à dependência e ao abandono do tabaco”. Como se vê, é neste espaço das medidas precautivamente recomendadas pela Convenção-Quadro Contra o Tabagismo que se situa na forma da lei a ação diligente e, eu diria, insuficiente da Anvisa, para combater esse terror letal contra a saúde e a vida

das pessoas. Não é tarefa fácil, é uma tarefa desafiadora, mas trago aqui a registro as investigações realizadas pelo Ministério Público, sobretudo nos estados sulinos, a detectar a ousadia dessas empresas internacionais ou transnacionais, divulgadoras do tabagismo, a ponto de criarem a fórmula do tabaco transgênico e aí obter uma legião de escravos, psicologicamente escravos, onde o teor da nicotina chega ao grau máximo e a dependência física e psíquica do tabagismo praticamente reduz a zero a capacidade de resistência dessas vítimas. Senhor presidente, há uma legislação federal procurando dar eficácia à Convenção-Quadro aqui referida, mas também ainda é insuficiente. O Distrito Federal editou a Lei 4.307, de 4 de fevereiro de 2009, da autoria do Deputado Alírio Neto, que proíbe o fumo em recintos coletivos públicos ou privados no Distrito Federal. No seu art. 1º está escrito:

É expressamente proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em ambientes de trabalho, de estudo, de culto religioso, de lazer, de esporte e entretenimento, restaurantes, bares, casas de espetáculo, boates, teatros, cinemas, pousadas, centros comerciais, bancos, supermercados, açougues, padarias, farmácias, drogarias, repartições públicas, instituições de saúde, escolas, museus, bibliotecas, espaços de exposição, veículos de transporte coletivo, viaturas oficiais e táxis [...].

Mas, ainda é insuficiente a relação, esta lei precisa ser emendada para verificar se a Convenção-Quadro antitabagismo, proibindo o uso do tabaco também no meio ambiente universitário, escolar, no meio ambiente condominial, horizontal ou vertical, e outros ambientes similares. É nesse contexto de uma economia de mercado que, nos termos da Constituição da República, há de buscar, sim, o desenvolvimento do país, mas não através de uma propaganda enganosa, mas sempre em busca de construir uma sociedade solidária, justa e livre, compromissada com a promoção do bem de todos e não apenas com os lucros das empresas multinacionais que aqui campeiam no território nacional.

Senhor presidente, o Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição de 1988, em nível de lei complementar, define as taxas nas letras do que já se estabeleceu no art. 145, inciso II, da Carta Política Federal, como um tributo concorrente da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, tendo como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, com a utilização efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou

posto à sua disposição. E o art. 78 do Código Tributário Nacional traduz o significado desse poder de polícia a que se refere o art. 77 quando diz que se considera poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão do interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública, ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Em comentários a esse dispositivo, a professora Simone Martins Sebastião, em excelente monografia sobre o tributo ambiental, assim se expressa: “Enquanto tributo, a taxa é instrumento jurídico apto a auxiliar o Estado no cumprimento de seus objetivos, podendo ser utilizada tanto para obtenção de recursos financeiros (fins fiscais) quanto para o atingimento de resultados econômicos, sociais ou políticos (fins extrafiscais). É a opinião de Bernardo Ribeiro de Moraes, que, mencionando Rui de Sousa, afirma: “[...] A taxa constitui também, como o imposto, um instrumento de política fiscal através do qual a administração poderá perseguir finalidades extrafiscais, de ordem ética, social, econômica ou política. O fato é que, mesmo respeitando a razoabilidade entre o *quantum* exigido a título de taxa e a despesa da atuação estatal referida ao sujeito passivo, admite o tributo o endereçamento extrafiscal. Tal viabilidade é ilustrada por Luiz Alberto Pereira Filho: “O legislador poderá, no entanto, instituir taxa com o intuito de desestimular determinado comportamento do sujeito passivo. Assim, por exemplo, poderá ser criada uma taxa de polícia para os contribuintes que desenvolverem certo tipo de atividade, a qual o Estado não pretende que seja implementada em larga escala. Ocorrendo o exercício do poder de polícia, poderá ser exigida a respectiva taxa. Vale assinalar que, no que diz respeito às taxas, ao legislador será factível também estabelecer isenção ou redução na carga tributária do gravame para certo grupo de contribuintes se o seu objetivo for o de, mediante a desoneração do tributo, fomentar determinada conduta de uma classe específica de sujeitos passivos.

Pelo que se depreende dos escritos de Misabel Abreu Machado Derzi, preferencialmente, a taxa pelo exercício do poder de polícia é que estaria mais adequada para a utilização extrafiscal, o que não impede, particularmente, a mesma aplicação

relativamente às taxas pela prestação de serviços públicos específicos e divisíveis:

Assim, taxas fundadas no exercício regular do poder de polícia devem ser entendidas, em primeiro lugar, aquelas com finalidade extrafiscal, como a de impedir ou restringir atividades que ameaçam o interesse da comunidade. Em segundo lugar, as taxas para custear serviços com essa finalidade. De qualquer modo, calçadas ou não no poder de polícia, taxa se deve revestir sempre de caráter de contraprestação inerente a essa espécie de tributo. E, nesse sentido, no que tange à exação relativa ao exercício do poder de polícia, Aurélio Pitanga Seixas Filho dá conta da existência de taxa florestal exigida pelo Estado de Minas Gerais, na qual se estabelece uma variação seletiva de alíquotas, em face da raridade da espécie vegetal, com vistas à respectiva preservação, o que demonstra que o legislador mineiro privilegiou a função extrafiscal desse tributo, em face de sua função fiscal [...].

Esta mesma jurista, com felicidade, em outra passagem, escreve o seguinte:

A flexibilidade desses instrumentos, e isso os distancia dos de natureza punitiva, é que possibilita aos indivíduos, em que pese sejam induzidas condutas, gozar da liberdade de opção, mediante seu livre arbítrio, na adoção ou não de determinadas medidas, cientes, *ab initio*, das respectivas consequências jurídicas [...].

E, aqui, a reflexão me cobra exatamente esta livre opção que tem o empreendedor brasileiro de não desenvolver uma indústria letal, condenada mundialmente, uma indústria que atenta contra a saúde e a vida das pessoas, mas deveriam estar desenvolvendo o plantio de batatas e de milho e de outros produtos da cesta básica do Brasil, e essa história de que a Souza Cruz emprega muitas pessoas e, portanto, merece as benesses do Poder Público, isto é falacioso, é sofisma, porque também o crime organizado emprega muita gente, informalmente.

E continua a professora Simone, nestas letras: “Com felicidade, sintetiza José Marcos Domingues de Oliveira: ‘A extrafiscalidade, esclareça-se, não visa impedir uma certa atividade (para isso existem as multas e as proibições), mas tem por fim condicionar a liberdade de escolha do agente econômico, através da graduação da carga tributária, no caso, em função de critérios ambientais. Portanto, a tributação extrafiscal, fundada na teoria kelseniana da sanção premial, tributação extrafiscal, difundida entre nós por Bezerra Falcão, nada tem a ver com a dita tributação punitiva (como incidente sobre a distribuição disfarçada de lucros), que pretende “impedir diretamente um ato que a lei proíbe”, por isso mesmo caracterizada por

Rubens Gomes de Souza como uma penalidade e não como um *vero* tributo. A extrafiscalidade intenta influir na opção do contribuinte por esta ou aquela atividade lícita, em outras palavras, na decisão da prática de um ato que a lei permite, na lição de Alfredo Becker, sendo certo que, no regime democrático, o que a lei não veda está permitido. Mas conclui, e é por isso que Alfredo Augusto Becker, ao tratar da tributação extrafiscal e da polícia fiscal, refere-se “ao intervencionismo do Estado como instrumento da liberdade do indivíduo” e restituidor da dignidade da pessoa humana. Ainda registra essa obra jurídica da professora Simone Martins Sebastião que os países escandinavos, Suécia, Noruega, Finlândia e Dinamarca — embora em menor proporção também a Holanda e a Alemanha — levaram a efeito uma reforma tributária integrada com a política de proteção ambiental, segundo informa Pedro M. Herrera Molina. Segundo José Marques Domingues de Oliveira, na França, existe

[...] taxa sobre instalações classificadas entre mil e oitocentos e doze mil francos, dependendo da natureza da atividade geradora de riscos especiais de poluição ambiental que demande inspeções técnicas regulares e abrangentes *in loco*. Por sua vez, Chantal, Jarret, Clemant e outros, ao escreverem sobre as normas ambientais francesas a serem respeitadas pelas empresas, expõem a existência de taxas incidentes sobre pessoas jurídicas, como aquelas a serem pagas anualmente de acordo com a respectiva atividade, em que se computa um “fator multiplicador” no caso de essas atividades serem enumeradas por lei como sendo ecologicamente perigosas. De outro lado, há cobrança de taxas específicas para empresas que se encarreguem da pesquisa, ensino e desenvolvimento de organismos geneticamente modificados, além de encargos cumulativos para aquelas destinadas a instalações nucleares de base e sobre refinarias de petróleo, de incidência trimestral, para as empresas exploradoras de instalações de combustão e de incineração, que emitam para a atmosfera gases poluentes relacionados em decreto, é cobrada a *taxe parafiscale sur la pollution atmosphérique*. Ainda na França, a título de incentivo fiscal, as empresas ditas de instalação de produção agrícola são beneficiadas com critérios de depreciação, aceleração dos imóveis, assim como com reduções no imposto de renda.

Senhor presidente, diante desse contexto, não há como se vislumbrar a inconstitucionalidade meramente formal de um dispositivo da lei que, no contexto de uma Constituição voltada para a defesa da saúde da vida das pessoas, permite a lei que o órgão de fiscalização Anvisa, que tem competência para regulamentar, controlar e fiscalizar produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, dentre



os quais se incluem cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, nos termos do art. 8º, § 1º, X, da mencionada lei, possa estabelecer a taxa de registro, revalidação ou renovação de registro de fumígenos, com exceção dos produtos destinados exclusivamente à exportação, conforme a redação dada pela Lei 12.546/2011, em valor teto de cem mil reais e com redução desse valor, tomando como referência o faturamento de empresas que, a constatar um faturamento superior a cinquenta milhões de reais, como as duas multinacionais que aqui se apresentam, é muito ínfima essa taxa. Deveria ser multiplicada por mil para que nós pudéssemos dar a eficácia plena à Convenção-Quadro ratificada pelo Brasil. Por último, destaco, senhor presidente, a ousadia dessas empresas transnacionais em disfarçar a sua atividade mortífera por meio de projetos aparentemente elogiáveis dentro do contexto da Administração Pública, tais como a inventiva do Projeto Justiça Sem Papel, que acabaria de vez com o papel da Justiça brasileira em termos de moralidade pública e de dignidade de seus magistrados.

Esta Corte decidiu, no AI 2005.01.00.022119-3/DF, de minha relatoria, perante a colenda 6ª Turma, com o acórdão publicado em 24/01/2006 e confirmado pela Suprema Corte do Brasil, a seguinte inteligência:

Há de ver-se, ainda, que o “Projeto Justiça Sem Papel” compromete, negativamente, o grandioso “Papel da Justiça”, em sua operacionalização pública, ligando, diretamente, o nome da empresa Souza Cruz S.A, como indústria do tabaco, no Brasil, ao programa de modernização da Justiça, a viabilizar, na instrumentalidade da própria atuação judicial perante a sociedade brasileira, técnicas sutis de propaganda e mensagens subliminares do tabagismo, alimentador de suas receitas, que, mesmo submetidas ao pagamento dos tributos devidos (posto que o fenômeno tributário se abstrai da capacidade das pessoas, da irregularidade e restrições legais das suas atividades civis e comerciais ou da ilicitude dos seus bens e negócios — CTN, art. 126, incisos II e III — em face de sua natureza objetiva), não tem como afastar as consequências letais de sua indústria de substâncias tóxicas, causadora de dependência física e psíquica, expondo milhões de pessoas, no Brasil e no mundo, a desenvolverem graves doenças incapacitantes e fatais, como o câncer, as doenças cardiovasculares e as pulmonares obstrutivas e crônicas, no que resulta a figuração da empresa Souza Cruz S.A. no polo passivo de inúmeros feitos judiciais.

O que se pretendia era a Souza Cruz financiar o juiz. Que vergonha, senhor presidente! Graças à independência da magistratura brasileira e, sobretudo, da Suprema Corte, esse projeto maligno não vingou. E

disse nessa ementa, que não é segredo de justiça, pois foi oficialmente publicado, em conclusão, o seguinte:

O Poder Judiciário, no cumprimento de sua grandiosa missão constitucional de tutelar direitos (CF, art. 5º, *caput* e XXXV), a serviço da vida (CF, art. 5º, *caput*, e 225, *caput*) há de portar-se, no meio social, com eficiência e moralidade, independência e honradez, na oportuna e eficaz distribuição da Justiça (CF, art 37, *caput*), evitando, sempre, a receptação de “oferendas” financeiras do setor privado, ainda que se lhe apresentem com a máscara dos propósitos mais nobres e socialmente justificáveis, a não revelar a real intenção de “caridosos doadores”, no arranjado convívio com os operadores da Justiça.

Não me enganam as manobras dessas multinacionais, porque mundialmente repudiadas e, sobretudo, repudiadas pela ação Convenção-Quadro ratificada pelo Brasil e pela Constituição da República e legislação ordinária.

Portanto, com a devida vênia do bem fundamentado voto do eminente relator, eu rejeito a arguição de inconstitucionalidade, porque a taxa estipulada pela Anvisa, de tão ínfima diante do poder econômico dessas empresas multinacionais, mereceria sim ser aumentada em 1.000 %. Com essas considerações, rejeito o incidente de inconstitucionalidade, em referência.

Este é meu voto.

## Voto-Vogal Pela Ordem

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — Senhor presidente, em breves considerações complementares, é cediça a possibilidade da instituição de taxa por valor fixo, aquele em que a própria lei estipula o seu valor. Todavia, este valor deve ser entabulado em um *quantum* fixo e invariável. Foi exatamente esta variação a título de desconto em função do faturamento das empresas que chamou atenção da 8ª Turma deste egrégio Tribunal. É bem verdade que esta taxa de fiscalização sanitária não utiliza o faturamento como base de cálculo, mas o utiliza como fator de variação para redução do valor final da exação, o que, ao meu sentir, fere o princípio da igualdade. O valor da taxa, obrigatoriamente, tem de guardar proporção com atividade fiscalizatória. Não seria lícitamente tolerável que o custo da taxa tenha como elemento de cálculo fatores estranhos à relação custo/atividade de fiscalização, a permitir a incidência de valores finais distintos pela atividade de fiscalização de produtos do mesmo segmento, dispensando tratamento

claramente diferenciado. Atividade de fiscalização de produtos fabricados pelas indústrias fumageiras não pode ser misturada com qualquer distinção, já que o esforço fiscalizador será exatamente o mesmo para as grandes e as pequenas indústrias, já que a quantidade de amostras analisadas será a mesma. Assim, afastando-me das questões exógenas, em que pese a relevância da fiscalização sobre esta atividade e a relevância dos bens tutelados que inegavelmente influenciam na construção das mais variadas posições jurídicas, voto com o relator, acolhendo o incidente de inconstitucionalidade suscitado pela 8ª Turma deste egrégio Tribunal, com esteio no art. 150, inciso II, da Constituição Federal e no princípio da isonomia, que transcende o aludido dispositivo para declarar a inconstitucionalidade do item 9.1 do Anexo da Lei 9.782 de 1999.

### Voto-Vogal Pela Ordem

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Senhor presidente, não é o meu hábito, acho que é a primeira vez que faço isso. Gostaria que sua excelência o Des. Luciano não tomasse isso como qualquer deselegância, é porque, procurado em meu gabinete por três escritórios sobre o tema, acabei desenvolvendo um estudo, perdi algum tempo nisso. E gostaria de não perder a memória do que fiz. Então, pedindo vênias a sua excelência, não obstante o pedido de vista, como acho que fixei a minha posição sobre a matéria e, abrindo ainda a porta, é sempre possível mudar de opinião, vou manifestar o meu voto.

Em primeiro lugar, senhor presidente, fiquei bem impressionado com os argumentos dos advogados que defendem a inconstitucionalidade do tema, mas alguns gostaria de afastar desde então. Alega-se que o exame, a maneira como é feita a fiscalização impõe à Administração apenas o mero exame da documentação. Salvo engano, esse foi o fundamento do voto de sua excelência o Des. Jirair ao dizer que, não havendo mudança nessa fiscalização, não haveria necessidade de um tratamento diferenciado. Afastei isso, inclusive a Des. Neuza perguntava: “Mas me disseram que é só o exame, que esse laudo não é produzido pela Anvisa.” Ocorre, senhor presidente, que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade se baseia, em primeiro lugar, sabemos, pela presunção da constitucionalidade da lei. Em segundo lugar, há o princípio da especialidade, ou seja, você tem de analisar dispositivo por dispositivo. Aqui, já há um problema, porque estamos declarando

a inconstitucionalidade do 9.1 do anexo e, na verdade, estamos nos opondo ao que está lá embaixo, que é a discriminação. Se há inconstitucionalidade, pelo que pude perceber, fora o argumento de sua excelência o Des. Olindo, se deveria ser embaixo e não em cima, num tratamento eventualmente diferenciado. E, com relação ao fundamento do Des. Jirair, não verifico — até ia perguntar a sua excelência —, realmente, ainda que isso esteja em outro dispositivo da lei, no 9.1 não está. Ali não está dito como é feito o exame. Diz simplesmente: “Isso é absolutamente inconstitucional”, essa redação, *concessa venia*. Registro, revalidação ou renovação de registro de fumígenos com exceção dos produtos destinados exclusivamente à exportação. Aqui não se diz como é que é feito. A redação desse dispositivo, aqui, pura e simplesmente, vou pedir vênias, não consagra qualquer inconstitucionalidade, ele não viola o dispositivo, porque temos de observar o dispositivo, aquilo que ele diz. O dispositivo não viola o comando constitucional que diz que a taxa não pode ter fato gerador de imposto, porque isso aqui, o fato gerador, é uma atuação da Administração Pública. Não viola esse, em si, princípio da capacidade contributiva, da isonomia, que, pelo que percebi, anda se agitando por aí. Esse dispositivo, eventualmente, o que estaria em causa — inclusive no voto de sua excelência, o Des. Kassio — seria o que consta ali como nota: 1 — os valores da tabela ficam reduzidos. E, aí, sim, vem um tratamento diferenciado, mas o dispositivo lá em cima não traz nenhuma inconstitucionalidade. Eventualmente, os cem mil reais, aí, eu volto a dizer, o que daria razão a sua excelência, o Des. Olindo, pelo valor ser eventualmente muito alto. Então, até em homenagem aos advogados que me procuraram, quando vossas excelências estiveram comigo, fui buscar na lei, porque se argumentava isso, que a Anvisa se limitaria a fazer o exame dos documentos. Só que eu procurei isso na lei, isso na lei não está. E, aí, teríamos um problema. Se isso está em algum regulamento, aí, a inconstitucionalidade seria reflexa, que nós sabemos; jurisprudência pacífica — e acho que é por isso que não poderia concordar nessa parte com o voto do Des. Jirair. Se eu tenho de fazer, para afirmar a constitucionalidade, um confronto com o que a lei diz e o que de fato está sendo feito, há inconstitucionalidade reflexa e não posso declarar a inconstitucionalidade de lei por essa via, inconstitucionalidade indireta. Então, colocadas essas premissas, senhor presidente, gostaria de dizer o seguinte: quando os advogados estiveram comigo, eu disse a eles o que gostaria de repetir aqui para não ficar eventualmente consagrada alguma inconsistência ou alguma incoerência naquilo que eu disse. Tive a

oportunidade, sou professor de Direito Constitucional — então, a matéria me toca pessoalmente — e fui, durante algum tempo também professor de Direito Tributário. E as bases de onde eu partia estão aqui num voto do Supremo Tribunal Federal, é muito rápido, não tenho tanto a dizer como o Des. Prudente, tentarei ser muito mais rápido. Diz o Supremo num acórdão de lavra do Min. Octavio Gallotti:

A base de cálculo ou base impunível, segundo Aires Barreto, que cuidou do tema com rigor científico na estera da lição de Geraldo Ataliba, é o atributo dimensível, o aspecto material da hipótese de incidência [...],

porque, aqui, senhor presidente, há dois pontos centrais, parece-me que a pilastra da arguição de inconstitucionalidade: uma, porque essa taxa teria a mesma base de cálculo de impostos e outra, a eventual aplicação que a doutrina na sua maioria rejeita do princípio da capacidade contributiva para as taxas que a Constituição diz que é para imposto, isso estaria sendo transposto para as taxas. Prossegue sua excelência, o Min. Octávio Gallotti:

Consistindo a base de cálculo, OU base impunível, no padrão ou critério quantitativo da consistência material da hipótese de incidência, há de ser ela adequada a esta. Por isso se diz que a base de cálculo caracteriza o tributo, se vinculado ou não vinculado — classificação jurídica do tributo devida ao labor científico de Geraldo Ataliba [...] [como todos sabemos]. [...] a base de cálculo caracteriza a espécie tributária, se vinculado (taxas e contribuições) e não vinculadas (impostos). E que, se a base de cálculo, ou base impunível, é a mensuração do fato tributário, será ela, nos tributos não vinculados, o valor da consistência material da hipótese de incidência que será sempre um fato qualquer que não uma atuação estatal.

E esse é o ponto central do que me levou a observar a lei e não eventualmente o que a Anvisa anda fazendo, o que está na lei. Prossegue sua excelência, em outro acórdão, o Min. Carlos Velloso:

A taxa, espécie de tributo vinculado, tendo em vista o critério jurídico do aspecto material do fato gerador, que Geraldo Ataliba denomina de hipóteses de incidência [...], ou é de polícia, decorrente do exercício do poder de polícia, ou é de serviço, resultante da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição [...]. A materialidade do fato gerador da taxa [isso é o que é de se acentuar], ou de sua hipótese de incidência, é “sempre e necessariamente um fato produzido pelo Estado [por isso é vinculado], na esfera jurídica do próprio Estado, em referibilidade ao administrado”.

Eu não posso examinar a constitucionalidade da lei com os olhos naquilo que eventualmente tem sido feito ou o que é regulamento, não me cuida isso. O que tenho que observar é o que está na lei, e ao ler a lei, o 9.1, volto a dizer, é uma hipótese de incidência perfeitamente adequada, constitucionalmente justificada à luz da Constituição, hipótese de taxa. Diz ali: “Registro, revalidação ou renovação [...]”, é a fiscalização sobre isso. Acho que noventa e nove por cento das taxas de poder de polícia sobre fiscalização, quando se cuida de registro, vão mudar a atividade e eventualmente a maneira de se escrever isso, mas a descrição, a hipótese de incidência será essa. Nessa descrição, que é o que me cuida, confrontando com a Constituição, não vejo inconstitucionalidade nenhuma.

Eu andava certo, senhor presidente, nas minhas aulas, nas que recebi e nas que dava, que não se podia fazer incidente o princípio da capacidade contributiva, porque isso levaria a avaliar a condição do contribuinte, e não o serviço estatal, e isso é o que a maior parte da doutrina diz. Não obstante isso — sabem aqueles que têm a oportunidade de julgar comigo na Turma e na Seção, não invento a roda, não luto contra os fatos, aquilo que os tribunais superiores assentaram eu simplesmente sigo, acho que é um desgaste desnecessário, isso vai lá, vai voltar, eventualmente a vitória é de Pirro —, neste caso específico, para meu próprio espanto, dei aula de Direito Tributário há mais de 15 anos, o Supremo veio flexibilizar essa sua posição para permitir que, por meio da taxa (e isso em relação a essa taxa específica, fui verificar na jurisprudência), não encontrei, fora essa arguição de inconstitucionalidade de relatoria da excepcional Des. Maria do Carmo, uma única decisão, inclusive desta Corte, dos outros tribunais, do Superior Tribunal de Justiça e indiretamente do próprio Supremo, que pudesse acoimá-la de inconstitucionalidade, e é isso que eu passo, que tentarei demonstrar. O Supremo emprestava adesão, ou eu aderi à posição do Supremo, quando ele dizia, na Súmula 670: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”, porque faz incidir sobre uma atividade do contribuinte (o parâmetro seria sempre o contribuinte), isso violaria, faria da taxa indiretamente um imposto, porque a base de cálculo seria sempre algo referível ao contribuinte. Ocorre, como eu dizia, que o Supremo recentemente, como tem anotado a doutrina, flexibilizou essa sua posição, senhor presidente. A Súmula Vinculante 29 dispõe o seguinte:

É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de

cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

E quem for confrontar o 9.1 jamais poderá dizer que o que está ali, naquela redação, é uma completa atividade ou uma caracterização, uma hipótese que esteja referida, pura e simplesmente, exclusivamente ao contribuinte. O que existe é na nota, lá embaixo, aí, sim, a consideração do seu faturamento para aplicar a capacidade contributiva.

E aqui vem o último problema, que me parece ser o ponto fundamental do voto de sua excelência, o Des. Olindo, que me parece também está na base do voto do Des. Kassio, que é essa pergunta: Pode ou não pode variar? Pode ou não pode a taxa tomar em consideração a capacidade contributiva? Disse, inclusive, da tribuna, sua excelência, acho que o Dr. Marcelo, que não era possível, que inclusive o Supremo Tribunal Federal não teria tomado isso em consideração naquela taxa da CVM, que é, como sabemos, a jurisprudência que sempre se toma em consideração quando se investiga essa matéria. Infelizmente terei que discordar de sua excelência, porque fui confrontar a decisão tomada pelo Supremo precisamente quando, em um de seus acórdãos, enfrentou a matéria — parece-me, o acórdão mais exaustivo sobre a matéria —, da lavra de relatoria de sua excelência, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.531: a referida irregularidade na taxa de fiscalização de mercados de títulos e valores imobiliários, do modo como lançada e exigida pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), diz ele, a referida irregularidade teria como causa a inexistência do poder de polícia justificado no lançamento do tributo, bem como eventual ofensa do princípio da isonomia. O que se cuidava aqui? É que a taxa é cobrada a cada três meses, independente do exercício do poder de polícia. Acreditem ou não, o Supremo disse que é plenamente possível, desde que seja o serviço, porque isso a gente considerava em relação ao serviço, o serviço está a sua disposição, você não usa, mas não era desconsiderar em relação a uma taxa de polícia.

O Supremo disse que não há nenhum problema, que, desde que esteja organizado o serviço, seja de polícia ou o serviço, pode cobrar independentemente do exercício do poder concreto — que era uma das alegações. Mas o que me mais interessa aqui é o outro ponto: quem arguia a inconstitucionalidade dizia que isso estaria, pelo fato de se considerar potencialidade patrimonial, ou seja, a capacidade contributiva, o que não poderia ser feito quando o tributo é da espécie taxa, já que essa é uma exigência que se impõe

apenas aos impostos. Continua o Min. Gilmar Ferreira Mendes: na linha da argumentação do autor, a mesma valorização da taxa cobrada de profissionais que possuam um número muito grande de clientes [vejam que é exatamente aqui, mudando o nosso problema, se pode cobrar de uma empresa, de um escritório de consultoria que tenha muitos clientes e que, portanto, tenha um maior faturamento, algo diferente do que se cobra de um que não tenha tantos clientes], a mesma valorização da taxa cobrada de profissionais que possuam um número muito grande de clientes que operam no mercado aberto é cobrado igualmente do contador que tem um único cliente, como também do auditor que não possui clientes no mercado de valores [porque a taxa era fixa]. Constitucional, diz o ministro, e toda argumentação do ministro, senhor presidente, ao contrário do que foi sustentado da tribuna e até do que eu mesmo concordaria, a demonstrar que o Supremo, nessa matéria, sempre considerou possível a incidência nas taxas da capacidade contributiva. Leio para os senhores:

A sua variação em função do patrimônio líquido da empresa não significa seja dito patrimônio a sua base de cálculo, mesmo porque tem-se, no caso, um tributo fixo [...].

É o mesmo caso do que cuidamos agora.

Prossegue o ministro: “Sua cobrança, portanto, realiza o princípio da Justiça tributária”, dizendo claramente, em outras palavras, que é possível fazer incidir na taxa o princípio da capacidade contributiva. “Naquela ocasião, discutia-se a base de cálculo fixada a partir do patrimônio líquido da empresa”. Ele, citando outro acórdão, para dar fundamento à sua decisão: “O que a lei procura realizar, com a variação do valor da taxa, em função do patrimônio líquido da empresa, é o princípio da capacidade contributiva”. Aqui já com todas as letras. Esse dispositivo constitucional diz respeito aos impostos, ele diz,

É certo. Não há impedimento, entretanto, na tentativa de aplicá-lo relativamente às taxas, principalmente quando se tem taxa de polícia, isto é, taxa que tem como fato gerador o poder de polícia. A taxa de fiscalização prossegue da CVM, instituída pela Lei 7.940, qualifica-se como espécie tributária, cujo fato gerador reside no exercício do poder de polícia legalmente atribuído à Comissão de Valores Imobiliários. A base de cálculo dessa típica taxa de polícia não se identifica com o patrimônio líquido das empresas, não ocorrendo, em consequência, qualquer situação de ofensa à cláusula vedatória inscrita no art. 145, § 2º, que é o parâmetro da suposta inconstitucionalidade, no caso, da Constituição da República, O critério adotado pelo legislador para



a cobrança dessa taxa de polícia busca realizar o princípio constitucional da capacidade contributiva, mais uma vez [...].

E, assim, prossegue; vou me dispensar da leitura.

Muito bem, o Supremo, portanto, como vimos, não tem observado qualquer dificuldade em considerar possível que a taxa, e mais especialmente, senhor presidente, quando é a taxa de polícia — verifiquei nesse estudo que fiz, há sempre uma maior flexibilidade —, que, em relação a ela, seja considerada a capacidade contributiva.

Já essa Súmula Vinculante 29, que não sei se, ao declararmos eventualmente a inconstitucionalidade, não estaríamos violando o seu expreso dispor, que diz que é inconstitucional a adoção de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade, e em outra decisão do Supremo, repetindo essa em relação à CVM, à taxa de fiscalização da CVM instituída na Lei 7.940. E só vou fazer referência a isso, porque, digo que para o meu próprio dissabor intelectual, ao contrário do que foi sustentado da tribuna, o Supremo tem considerado que é possível. Qualifica-se como espécie tributária cujo fato gerador reside no exercício de poder de polícia legalmente atribuído à Comissão de Valores Imobiliários. A base de cálculo dessa típica taxa de polícia não se identifica com o patrimônio líquido das empresas, não ocorrendo, em consequência, qualquer situação de ofensa à cláusula vedatória inscrita no art. 145. E assim outras decisões.

Eu poderia, senhor presidente, continuar insistindo naquilo que seria eventualmente a minha opção intelectual no tema. Ocorre, senhor presidente, que fui verificar a jurisprudência do nosso Tribunal, e ela é completamente pacífica na direção contrária do que hoje estamos, pelo menos na maioria de votos, que pude perceber, assentando. Tenho uma decisão aqui da própria Des. Maria do Carmo que diz:

[...] Aplica-se a teoria da encampação se a autoridade apontada como coatora possuir [...]. É legítima a cobrança da taxa de fiscalização de vigilância sanitária, nos termos da Lei 7.082, configurando-se como manifestação do exercício do poder de polícia, conferido à Anvisa, para assegurar a qualidade de medicamentos do uso humano. Inexistência de coincidência de fatos geradores e base de cálculo entre a taxa de fiscalização e autorização [...].

Veja que, pelo menos parte dos fundamentos que foram trazidos aqui, ainda que se cuide de medicamento, teria validade essa aplicação, porque afastaria o problema de ter confusão entre a base de

cálculo do imposto e da taxa. Ficaria, ainda, o problema do valor, que aí volta o problema da capacidade contributiva, mas, nessa decisão, ficou claro que o fato de eventualmente se tomar em consideração aqueles fatos geradores que estão no anexo 2 da 9.782 não configuraria violação ao art. 145, § 2º.

Prossegue sua excelência, a Des. Maria do Carmo:

O critério adotado na tabela, inserida no anexo 2 da referida lei, é razoável e prestigia o princípio da isonomia, uma vez que os fatores utilizados para alcançar o cálculo da taxa permitem estimativa realista da atuação estatal relativamente a cada unidade daquelas.

Agora, uma decisão especificamente sobre o tema, do Des. Luciano:

Contribuição. Tributário. Administrativo. Mandado de segurança. Poder de polícia. O exercício do poder de polícia atinente às atividades de fiscalização sanitária envolve custeio via taxa, não impostos [...].

Aí, eu gostaria de dizer, a finalidade, como todos nós sabemos, isso é comezinho ao Direito Tributário, a finalidade do tributo não tem nenhuma importância, está no § 4º, II, do CTN, para a definição da sua hipótese de incidência. O que vai se fazer com o tributo, isso não diz nada com o que eventualmente é o tributo. Para isso, é necessário olhar para a hipótese de incidência e para a base de cálculo.

Prossegue — e, na minha opinião, com correção nesse ponto — sua excelência, o Des. Luciano:

A taxa de fiscalização sanitária não utiliza o faturamento como base de cálculo, mas, sim, como parâmetro de redução da exação. Inaférvel a análise de violação da capacidade contributiva pelo pagamento da taxa de fiscalização sanitária [...] [— e estou caminhando para o final, senhor presidente —] [...] se a impetrante não colaciona qualquer elemento patrimonial capaz de permitir aferição da inviabilidade [...].

De qualquer maneira, se ela trouxesse, seria matéria fática, eventualmente regulamento, se houvesse inconstitucionalidade, mais uma vez, seria reflexa, não teria como ser suscitado no incidente de inconstitucionalidade.

Não viola o princípio da anterioridade a previsão da lei. Diz sua excelência, o Des. Luciano, e o que é verdadeiro:

A jurisprudência do STF, do STJ, do TRF — eu diria dos demais tribunais regionais — vem enxergando legítimas as taxas de fiscalização sanitária pelo exercício do poder de polícia,

desde que atendidos os pressupostos básicos constitucionais [...].

Há outra decisão também aqui do Tribunal, que também vou me dispensar de ler, e outra, e outra.

E, por fim, uma decisão do STJ, de relatoria do Min. Francisco Falcão, ao final, diz sua excelência:

Ademais, apenas a título de registro, o acórdão recorrido esposou entendimento que se afina com o desta Corte superior, no sentido de que a taxa em comento, instituída pela Lei 9.782, tem como fato gerador o poder de polícia legalmente atribuído à Anvisa, para promover a proteção da saúde pública, por meio do controle de fabricação e comercialização do produto e serviços submetidos à Vigilância Sanitária, consoante mesmo se pode aferir do julgado abaixo colacionado. O STF já proclamou a constitucionalidade [...], [e assim segue].

Muito bem. Restaria, por fim, eventualmente, o questionamento da proporcionalidade do valor da taxa, mas aí não temos qualquer parâmetro. Aqui, eu terei que concordar com sua excelência, porque achei, quando levaram a matéria para mim ao gabinete, que isso estaria na lei. Mas na lei não diz nada sobre qual é a atividade que eventualmente tem que ser desenvolvida pela Anvisa para saber se o valor é eventualmente muito elevado ou não. E ainda que fosse, provavelmente seja, com a possibilidade consagrada pelo Supremo de utilização da capacidade contributiva, não há nenhum problema em que as empresas que têm um faturamento maior tenham que remunerar de uma forma diferenciada, como vimos pela própria taxa da CVM.

Com isso, senhor presidente, eu gostaria de deixar registrado que eu não posso emprestar total adesão aos fundamentos trazidos por sua excelência, o Des. Prudente. Não obstante eu saiba do resultado, de toda as consequências, quero crer que os próprios advogados sabem, nefastas, que resultam da atividade fumígena, o fato é que é uma atividade lícita, gostemos ou não, por enquanto, e constitucional. Então, não estou levando em consideração, não obstante eu respeite, como vossa excelência sabe, Des. Prudente, a sua preocupação com o meio ambiente, com as questões de saúde, eu, nada disso tomo em consideração quando profiro o meu voto. Basicamente penso, posso estar errado, que, ao fazê-lo, estou apenas confirmando a jurisprudência do Supremo, do STJ, de todos os tribunais, dos nossos tribunais, que no ponto sequer é controvertida mais ou menos, ela é completamente pacífica. Então, com esses fundamentos, tenho que, infelizmente, divergir de sua excelência, o relator, e dos que o acompanharam, inclusive, por outros

fundamentos, para considerar constitucional a taxa, nos termos que veiculado na Lei 9.782. É isso, senhor presidente.

## Aditamento ao Voto

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* — Senhor presidente, em aditamento ao meu voto e diante do brilhante voto do Des. Néviton nesta matéria, quero deixar claro, se não fui bem entendido, que toda explanação sistêmica da atividade das empresas da indústria do tabaco precisa ser inibida, evitada precavemente, como determina a Constituição. Portanto, o valor da taxa aqui fixada, sob o ponto de vista técnico-jurídico, realmente não está submetido ao princípio da capacidade contributiva da empresa internacional, não fere o princípio da proporcionalidade, porque, como bem destacou o Des. Néviton, a taxa de polícia fiscalizatória é para inibir exatamente a agressão à saúde pública. Portanto a Constituição, ao criar a taxa de polícia, dando ao poder de polícia essa competência para fiscalizar, combater todo o tipo de abuso de agressão à saúde e à vida das pessoas, já está implicitamente autorizando essa atividade precavida e, portanto, fixar valores que sejam inibitórios da agressão da indústria do tabaco. Quero registrar aqui, senhor presidente, que vou incorporar ao meu voto, sob o ponto de vista técnico- jurídico e jurisprudencial, os precedentes trazidos pela Anvisa em seu memorial deste egrégio Tribunal da 1ª Região, da 2ª Região, da 3ª Região, da 4ª Região e da 5ª Região, todos unânimes, no sentido de rejeitar este incidente de inconstitucionalidade e, obviamente, embasando-se na inteligência da Suprema Corte no que tange à interpretação, sob o ponto de vista técnico-jurídico das normas legais e tributárias nesta matéria. Não se pode ignorar hoje a interpretação sistêmica dos princípios jurídicos da tributação com os princípios jurídicos do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Portanto, mantenho o meu voto nestes termos.

## Aditamento ao Voto

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — Senhor presidente, um pequeno adendo só na parte final do voto, onde eu declaro a inconstitucionalidade do item 9.1. Na realidade, quando li, causou-me estranheza, mas, entoado pela voz do Des. Néviton, agora, resvalou-me com solar clareza. A inconstitucionalidade é da nota 1; se há fragilidade da nossa fórmula de legislação, temos que declarar a inconstitucionalidade, por vezes, por nota de rodapé, mas a questão é essa mesmo, é a

inconstitucionalidade da nota 1, sobre o item 9.1. Era só este adendo.

## Voto-Vogal

### Pela Ordem

*O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova:* — Senhor presidente, gostaria de antecipar o meu voto. A taxa em questão não é inconstitucional, não viola nenhuma regra e decorre do exercício efetivo do poder de polícia. Não obstante o valor, em princípio, exagerado, que causa, de alguma forma, espécie, esse valor não é considerado como base de cálculo e também não viola a Constituição, e ainda que esse vício ocorresse, estaria contornado pela compreensão que o Supremo deu na Súmula Vinculante 29. Acho que o caso é quase idêntico ou idêntico ao que o Supremo consolidou na Súmula 665 acerca de outra taxa. Então, diante disso, rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

## Voto-Vista

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral:* — Embora eu tenha voto escrito, o voto é curto, mas, depois de ler o memorial, quero fazer algumas considerações sobre o memorial, porque, se vossas excelências me permitirem, nós tivemos a despeito dos alentados votos do Des. Souza Prudente, do não menos alentado e percuciente voto do Des. Néviton na sessão do ano passado, mas é que eu, lendo o memorial, fui apanhado por uma, como é que se diz, não concepção, mas, remontando aqui ao episódio relatado por Homero, na sua *Ilíada* e *Odisseia* de Homero, remontou-me o belo memorial apresentado pelo Dr. Advogado. Li mais de uma vez, evocou-me essa imagem do canto das sereias. O regresso de Ulisses depois da Guerra de Troia, conforme relatado, romanceado por Homero, que durou muito tempo — vossas excelências me permitam tocar assim nesse particular, e até peço que me ajudem se por acaso eu não tive tempo de conferir os dados, vamos dizer assim, os pormenores, mas não vem ao caso — depois da Guerra de Troia, Ulisses, voltando para a sua ilha de Ítaca, onde o aguardava a Penélope, sua esposa Penélope, linda Penélope, e que, decorrido já tanto tempo da ausência do marido, era cobiçada e cortejada por inúmeros pretendentes, ela tecia o tapete, se não me engano, durante o dia e à noite ela descosia o tapete, porque havia prometido que, quando terminasse de tecer o tapete, ela então o desposaria. Enquanto isso ela esperava o retorno de Ulisses. E na volta de Troia, Ulisses se viu tentado pelo canto das sereias no mar revolto, tempestuoso, e que, se ele tivesse ouvido o canto da sereia, ele se amarrou nas velas

do navio para não ser tentado a acudir ao canto das sereias; e se ele tivesse acudido, ele teria naufragado, porque o canto das sereias para uma ilha ou qualquer coisa assim era um naufrágio na certa. E por que ele não ouviu o canto das sereias — e daí nós temos até hoje esse ditado “ouvir o canto das sereias”, ele voltou para a sua amada. Com isso, peço que não interpretem que eu esteja dizendo que a Anvisa é Penélope, por favor. Mas quero crer que o que está ventilado neste memorial é uma peça linda, uma peça que merece os meus cumprimentos pelo discurso, vamos dizer assim, fácil, claro, muito claro, e muito bem elaborada, e exatamente por isso muito perigosa, e por isso é que me veio essa ideia do canto das sereias. Se lida, assim, sem um maior, não é cuidado, mas com um maior espírito crítico, a gente é tentado a dar ouvido ao canto das sereias. Então, só para mencionar ou justificar, porque me veio essa figura, é que, primeiramente, resumindo, a questão gira em torno da arguição de inconstitucionalidade de uma taxa cobrada pela Anvisa quando do registro ou renovação de marcas de cigarro. O relator acolheu a arguição, declarou a inconstitucionalidade da lei que estabelece uma taxa que, no dizer das empresas, é bastante elevada e à qual tecem críticas acervas buscando o seu afastamento do contexto. Então, é uma taxa cobrada pela Anvisa quando se faz o registro e quando se faz a renovação — aqui, na hipótese — anualmente para as empresas produtoras de cigarros, da indústria fumageira. Sustentam basicamente que a taxa desatende ao princípio constitucional da isonomia e da proporcionalidade, porque, para outros produtos, essa taxa é fixada com prazos variados de cinco anos ou mais e, para as indústrias produtoras de cigarro, ela é cobrada anualmente. E essa é a grande crítica que as empresas fazem, dizendo da falta de isonomia com relação aos outros produtos, inclusive bebidas alcoólicas, os produtos desinfetantes e até remédios, se não me engano, em que a frequência da cobrança da taxa é mais dilatada, mas para as indústrias produtoras de cigarro é anual. Então, criticam essa anualidade e questionam a anualidade, e questionam a proporcionalidade do valor da taxa, que, vamos dizer assim, é realmente a mais elevada em relação ao custo da atividade estatal desenvolvida pela Anvisa de fiscalização.

Louvando-me aqui, quero crer que os outros memoriais também devem seguir essa mesma linha, mas no memorial que li várias vezes ele reporta que foi citado o precedente pelo voto do eminente Des. Néviton; há evocação do presidente do Supremo Tribunal Federal, no caso da CVM; e citam que, segundo disse o Min. Gilmar Mendes, o “poder de polícia” especificamente quanto à atividade de fiscalização



quanto à tabela, daí decorre da aprovação do pedido de registro, que consiste na análise de informações solicitadas, isso no tocante à CVM. Mas pontuam e extraem a seguinte passagem: “É a complexidade do serviço de fiscalização que fixa os níveis de cobrança da taxa de que se cuida”. Em outras palavras, na medida em que maior o patrimônio líquido do fiscalizado, e, conseqüentemente, maior a taxa cobrada, evidencia-se uma também maior necessidade do exercício de poder de fiscalização. E desenvolve a partir daí, é o núcleo central da argumentação, qual seja: que sustentam que a taxa deveria ter por fato gerador não o faturamento bruto, mas o faturamento líquido, que, aqui, o memorial traduz como sendo a riqueza da empresa, ou seja, o lucro; e a desproporcionalidade, dizendo que o custo da atividade da Anvisa não justificaria esse valor tido por exorbitante.

Citam-se aqui vários votos proferidos no *leading case* relatado pelo Min. Carlos Velloso, basicamente o do Min. Nelson Jobim quando da apreciação da constitucionalidade da taxa de fiscalização da CVM, em que sua excelência, o Min. Nelson Jobim, disse que é o patrimônio líquido, no nosso ponto de vista, um critério pelo qual se possa aferir o tipo de serviço prestado, considerando a circunstância de que, quanto maior o patrimônio líquido, maior a atividade desenvolvida na Bolsa. Seguem-se aqui excertos do voto do Min. Galvão, que também se refere a patrimônio, mas não fala patrimônio líquido, fala patrimônio; também do Min. Moreira Alves, que disse: “Supõe-se que haja mais serviço para a fiscalização quanto maior for a empresa”. E também do Min. Sepúlveda Pertence e do Min. Néri da Silveira, que disse: “Parto da presunção de que esse patrimônio traduza o volume de operações da empresa na Bolsa.”

Pois bem, aqui, neste *leading case*, a apreciação era a taxa, repito, de fiscalização da CVM. Então, destaca-se no voto do Min. Marco Aurélio, que deu pela inconstitucionalidade da taxa, que “inexiste elo que justifique o cálculo da taxa a partir da saúde da empresa”. E aqui se desenvolve todo o memorial, para o qual chamo a atenção dos colegas, se tiverem em mãos, podem acompanhar, que farei remissão, é o memorial da Veirano Advogados. Os outros, eu nem sabia, nem li. Da Philip Morris do Brasil, Indústria e Comércio Ltda., da Veirano Advogados.

O que vejo aqui, senhor presidente, tentando aqui comentar e ver da maneira como eu fiz a leitura do memorial, não só a leitura, ou as leituras, porque eu fiz várias vezes. Questiona-se que a taxa, então, desrespeita a proporcionalidade, no caso, aqui,

exatamente invocando esse precedente da CVM. Ora, ocorre o seguinte, o próprio memorial faz ver que o fato gerador da CVM é um, mesmo porque a atividade da CVM é específica e voltada para as atividades da Bolsa de Valores, onde naturalmente a matéria-prima da Bolsa de Valores é negociação de ações, e as ações flutuam ao sabor da saúde das empresas, ou seja, pelo seu lucro. Se a empresa vai bem, tem um patrimônio líquido ou um lucro bom, as ações sobem; se o patrimônio líquido é pouco ou a saúde da empresa não vai bem, as ações caem; então, não se pode traduzir este critério ou esta ambiência para o caso da Anvisa, que, como nós sabemos, Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Diz-se que a cobrança da taxa em valor idêntico para todas as empresas fumageiras, a cada registro ou renovação de marca, por si só já atenderia a um só tempo a capacidade contributiva supostamente prestigiada pelo legislador e a proporcionalidade com o curso da atividade estatal. Afinal, quanto maior a empresa, mais marcas terá e, conseqüentemente, maior será seu dispêndio com a taxa, não porque possui um maior faturamento, mas justamente porque demandará mais atos de fiscalização pela Anvisa. Ora, isso depende muito, a empresa pode ter várias marcas, nós sabemos e conhecemos que a Souza Cruz tem várias marcas de cigarros, tem vários tipos de cigarros, e sabemos também que os cigarros têm dezenas — eu não sei se chega a milhares —, mas dezenas de componentes químicos. Evidentemente, ainda que se tivesse uma só marca, ou poucas marcas, ou mais marcas, o faturamento é a dimensão, digamos assim, da grandeza da empresa, porque se mede a produção, não há questão aqui. A taxa da Anvisa não tem por objetivo o lucro ou a saúde da empresa, mas é a produção, porque a Anvisa tem por seu objetivo e finalidade cuidar da fiscalização sanitária; então, é daquilo que cai no comércio, daquilo que cai no consumo dos brasileiros.

Sustenta-se que, com efeito, o patrimônio líquido é o verdadeiro signo de riqueza. Então, sustenta-se que o patrimônio líquido, que é o verdadeiro signo da riqueza, é que deveria ser a base de cálculo da taxa de fiscalização da Anvisa. Bom, para a CVM é uma coisa, para a Anvisa é absolutamente desinfluyente. Se a empresa tem lucro, tem mais ou menos lucro ou se a saúde da empresa vai bem, isso não vem ao caso, não é essa a atividade da Anvisa. A Anvisa fiscaliza o produto e, por isso, há necessidade de, para esse registro e para renovação desse registro, critica-se essa incidência, essa dupla incidência. Mas, vejamos, nós sabemos que bebidas alcoólicas, por exemplo, o uísque, a cachaça

têm a mesma produção há décadas, há anos; o uísque é a mesma produção, mas o cigarro, a produção do cigarro tem passado por transformações variadas e substanciais.

Como já disse e relembro, são muitos os produtos químicos na produção do cigarro, maior ou menor; com algodão, sem algodão; com filtro, sem filtro; com sabor ou sem sabor; com gás carbônico; com a nicotina, mais nicotina, menos nicotina. Enfim, essa mutação rápida da transformação do cigarro exige, a meu ver, uma fiscalização constante, e mais rápida, mais frequente do que bebida, do que detergente, do que outros elementos. Então, não é possível fazer-se a comparação entre produtos absolutamente desiguais.

Diz-se ainda que sobre a atuação estatal tem-se que na taxa da Anvisa, sob o registro, renovação de marcas de cigarro, diferentemente da hipótese da CVM, a atividade fiscalizatória é una, sendo apresentado pelas empresas, independente de seu porte, o mesmo nível de informações a serem analisadas pela Anvisa para o registro. Não é bem assim, o nível de informações que são prestadas, como eu disse, é variado e as informações são várias.

Disse mais: que o fato gerador da taxa, a ação estatal indicada pelo legislador para justificar a sua cobrança é o procedimento de registro. Citação do memorial.

Não há dúvida de que essa atividade não tem o custo para o Estado de cem mil reais para o registro e noventa mil para a renovação. Essa é uma afirmação gratuita. Não há nos autos e não sei de onde poderiam as empresas tirar esse elemento de convicção para, a não ser por mera suposição, fazer que o Estado, a atividade estatal não tenha o custo que é cobrado das empresas. É uma mera suposição.

A Anvisa, prossegue o memorial, no item 13, argumenta que o elevado custo decorreria da necessidade de realização de análises laboratoriais fora do país, mais precisamente no Canadá. Ocorre que as fabricantes é que são obrigadas a custear e apresentar os referidos laudos, consoante resolução tal da Anvisa. Ou seja, as fabricantes pagam caro e duas vezes, dizem. A primeira, pelo laudo laboratorial e, posteriormente, pela taxa que serviria para custear aquele mesmo laudo, já por ela mesma contratada e entregue à Anvisa.

Bom, parece-me que querem que a Anvisa dê absoluto voto de regularidade aos laudos apresentados. A Anvisa não tem ainda esse laboratório e critica-se dizendo que essa taxa, e, por isso, ela é impugnada, por desvio de finalidade, é usada para implementação, do laboratório que ela não tem e de

que ela necessita para inclusive fazer, se for o caso, essas pesquisas químicas que, certamente, não tenho elementos aqui, não deve ser nada muito barato, já que é só possível fazer esse exame no Canadá. Por isso essa alegação de desvio de finalidade da taxa para a implementação do laboratório está dentro do contexto, sim. Se a Anvisa, para fiscalizar, precisa fazer o exame de laboratório, e ela não tem o laboratório, ou está construindo o laboratório, ela é necessária. Não há desvio de finalidade. Isso é custo do serviço.

Diz-se ainda que tampouco há razão para que a renovação seja anual do registro de cigarro, mediante o pagamento da taxa de noventa mil, quando todos os demais produtos sujeitos a registro da Anvisa possuem prazo de renovação quinquenal. Não, todos não; ou quase todos, boa parte. Mas, já disse, não podemos colocar, na mesma cumbuca, cigarros, remédios, bebidas alcoólicas, detergentes ou outras mercadorias, outros produtos que servem para proteger a vida, como foi o viés do voto do Des. Prudente, enquanto que o cigarro só faz malefícios. Não vejo aqui apontado nenhum benefício para o cigarro — não é esse o fundamento, mas eu só quero dizer que não se podem misturar as diferentes espécies de mercadorias. Então, para cada tipo de mercadoria foi estabelecido um valor e um prazo. Naturalmente que esses critérios o Poder Judiciário não pode examinar e não pode substituir pelos seus. E o que se pretende aqui é que sejam a... as empresas oferecem como critérios, já disse, que não seja o faturamento bruto, mas que seja o faturamento líquido; ou seja, o lucro das empresas com risco muito grande, vejam bem, porque no momento em que se taxar o lucro, ele já é tributado por outras vias, e, aí, nós teremos outro complicador. E, da mesma forma, a frequência dessa cobrança, certamente a Anvisa tem lá as suas razões de ser. E, à primeira vista, já disse, o cigarro só tem produtos nocivos à saúde, e outras mercadorias exatamente são para preservar a saúde — tipo de desinfetantes, enfim, outros elementos ou remédios. Mas, enfim, finalizando, o memorial diz que, por fim, na linha do entendimento do colendo STF, os precedentes deste egrégio Tribunal da Primeira Região prestigiam a taxa quando o seu valor é vinculado ao custo do Estado e não estritamente relacionado à suposta riqueza do contribuinte como em caso. Ora, parece-me aqui, exatamente, uma contradição explícita. No momento em que se pretende que seja tomado como critério-base o fato gerador da taxa, o lucro ou a riqueza da empresa, diz-se que os precedentes são prestigiados pelo Supremo Tribunal Federal porque os precedentes não se limitam ou se não se restringem estritamente à riqueza do contribuinte.

Mais na frente, senhor presidente, as empresas dizem que são as apelantes. Pode parecer que elas, então, ao pretender a inconstitucionalidade da taxa queiram afastar a taxa. Não, elas não querem, e dizem aqui no seu memorial que elas não pretendem que não lhes seja cobrada taxa alguma; ou seja, admitem que seja cobrada. Mas o que se busca, dizem:

O valor e a periodicidade da taxa sejam proporcionais ao dispêndio do Estado com a atividade de registro e renovação, e ainda que seja respeitada a isonomia — elementos desatendidos na atual forma de cobrança.

Na análise que eu tentei fazer, crítica, dessa argumentação que aqui se esboroa por completo a pretensão das empresas autoras quanto à questão da periodicidade, quanto à questão da proporcionalidade e quanto à questão da isonomia. É por isso, e essa é a conclusão que elas têm de que há violação ao art. 145, II, da Constituição por desvio de finalidade e pela desproporcionalidade entre o valor da taxa e o custo da atividade estatal. E qual é o custo da atividade estatal? De onde tiraram isso? Que base? Que elementos têm para dizer qual é o custo da atividade estatal? Depois também insistem no topo da violação do princípio da isonomia, pela diferença do valor da taxa entre os fabricantes de cigarro e entre esses e os fabricantes de outros produtos sujeitos à fiscalização, outros produtos completamente diferentes, como já apontei — são bebidas alcoólicas, são remédios, produtos inseticidas, de limpeza etc, ou seja, as empresas pretendem que elas sejam tributadas segundo seus critérios mais convenientes. É uma insatisfação com o critério discricionariamente eleito pelo legislador, e a substituição, naturalmente, da capacidade contributiva, não seja considerado o faturamento da empresa, o faturamento bruto, mas que seja o faturamento líquido, ou seja, o lucro. Ora, a Anvisa tem, por fiscalização, a produção e, não, o lucro; isso é objeto de outra tributação.

Então, senhor presidente, foi por essas razões que fiz essa leitura, aqui, já um pouco acurada do memorial — como já disse, muito benfeito o memorial, é um discurso límpido, fácil de ler, e, por isso me veio a ideia do canto da sereia —, porque é bem atrativo, de uma força atrativa muito grande, e, por isso, perigosa para a hipótese, porque, vejamos, se as empresas lograrem, aqui, já é um argumento até metajurídico. Foi declarada inconstitucional a taxa, a indústria fabricante de cigarro deixa de pagar a taxa de fiscalização para a Anvisa em detrimento de outros produtos que beneficiam a população, que continuarão pagando. Esses valores certamente já foram repassados para os consumidores

do cigarro, não serão repetidos, a empresa terá um enriquecimento ilícito, sem dúvida alguma. E, quando se diz que, aqui, pedem a declarada inconstitucionalidade da taxa, ainda que admita que outra seja cobrada, mas não essa, o Poder Judiciário não tem função legislativa; a nossa limitação, a nossa restrição, a nossa função será declarar inconstitucionalidade ou não, afastar ou não a norma, mas não dizer como ela deve ser paga, quanto ela deve ser paga e por quanto tempo ela deve ser paga. Este é o alerta que eu gostaria de fazer aos colegas: a leitura dos, talvez eu possa dizer, memoriais.

De sorte, senhor presidente, o meu voto já estava pronto, que era, bem resumidamente, dizendo o seguinte: eu divirjo do relator e acompanho, *in totum*, o voto divergente do Des. Federal Néviton Guedes. Fundamentalmente, compartilho do entendimento de que a exação em causa é constitucional, da linha, inclusive, dos precedentes do STF, colacionados no voto divergente, notadamente a Súmula Vinculante 29 e demais julgados, abordando questão correlata, a taxa da CVM, destinando-se a taxa em questão a cobrir a atividade da fiscalização, poder de polícia, a vida oposta à disposição, de modo organizado pela Anvisa, que não pode ser lastreada por outro tributo, sendo legítima, ainda, a flutuação de seu valor, redução ou não, pelo vetor da capacidade contributiva, a amplitude do faturamento, inclusive, por razoabilidade e isonomia, não havendo perfeita identidade, por derradeiro, entre ela, a taxa, e qualquer imposto que circunda os fatos empresariais.

Desse modo, senhor presidente, acompanho a divergência inaugurada pelo Des. Federal Néviton Guedes e rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

É o voto, senhor presidente.

## Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Senhor presidente, diante das considerações do voto divergente do Des. Néviton e das colocações do Des. Luciano, não obstante os memoriais que foram apresentados, eu concluo pela constitucionalidade da exação, pedindo vênias ao relator, ao Des. Olindo e aos que o acompanharam. É como voto.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Senhor Presidente, se for um esclarecimento sobre questão de fato, eu gostaria de ouvir a propósito de que fato é esse esclarecimento. Eu consulto vossa excelência, pois gostaria de ouvir, em se tratando de esclarecimento sobre questão de fato, sobre qual fato seria esse esclarecimento que a ilustre advogada pretende fazer.

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Então, tem a palavra vossa excelência.

## Matéria de Fato

A Exma. Sra. Dra. Janáina Castro de Carvalho Kalume (Advogada): O Des. Luciano Tolentino aponta que a nossa alegação de que o valor cobrado de cem mil não espelhari o custo do serviço, não teria embasamento, mas, na verdade, ele se embasa justamente na norma que fixa cem mil, e vai para as maiores empresas, e vai reduzindo, colocando fatores de redução, e consegue chegar ao valor de cinco mil para empresas menores. Então, no nosso entendimento — é por isso que nós alegamos isso —, desembargador, cinco mil, então, espelhari o serviço colocado à disposição pela Anvisa. É apenas isso. Obrigada.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Eu agradeço, senhor presidente, e vou pedir ao eminente Des. Luciano, que teve acesso aos autos, e não me recorde, confesso, a conclusão do voto do Des. Jirair, que foi acompanhado por alguns dos colegas, se sua excelência conclui pela inconstitucionalidade da própria exação ou dessa progressividade, em última análise, que é invertida, mediante esses colocados descontos nesse valor.

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Na exação.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Conclui pela inconstitucionalidade da própria exação; quer dizer, dispensa, em última análise, do pagamento da..., e isso confesso que já não me recorde mais.

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — “Assim, declaro inconstitucional o item 9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999, por ofensa ao art. 150, II, da Constituição Federal”. É o que estabelece o valor e a anualidade para a cobrança das indústrias produtoras de cigarro.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Agradeço vossa excelência, porque o meu ponto de vista é intermédio, até dentro desta perspectiva de fato que foi suscitada na tribuna, e que já havia sido colocada nos memoriais que foram apresentados e na defesa desses memoriais pelos advogados, que recebi no meu gabinete e examinei esta questão. Sou realmente daqueles que entendem que, pela própria dicção constitucional, as taxas são devidas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis. De modo que elas visam a que o contribuinte pague por esses serviços que são a ele prestados ou pelo exercício do poder de polícia. Então,

nessa taxa, pelo que vi, há os serviços de fiscalização dessa atividade, e eu não vejo, em si mesmo, a inconstitucionalidade dessa exação. A meu ver, como colocou a Anvisa, é, a exemplo de outras taxas que nós temos, uma taxa com um valor fixo, que não se confunde com base de cálculos de outros tributos, e, por isso, a meu ver, não há a inconstitucionalidade da exação em si. Acho que diferente, no entanto, e isso foi bem colocado nos memoriais, é a questão dessa, em última análise, progressividade do valor dessa exação, porque se estabelece um valor, digamos assim, para os contribuintes economicamente mais fortes e uma redução progressiva para aqueles que são mais fracos, sem nenhum esclarecimento — e não vi isso no memorial que foi apresentado pela Anvisa — na eventual diferença dos serviços que sejam prestados, seja aos grandes ou aos pequenos fabricantes de cigarro. A meu ver, não é por acaso que o § 1º do art. 145 da Constituição Federal, quando estabelece o princípio da capacidade contributiva, alude aos impostos, que são gênero da espécie tributo. Mas tenho conhecimento de que a jurisprudência estende esse princípio também em relação às taxas; agasalha esse princípio a essa outra espécie do gênero tributos, que, a meu ver, propositadamente, não foi colocada no Texto Constitucional. Utilizou-se não da expressão tributo, mas, sim, da expressão imposto para, a meu ver, definir o alcance da legislação constitucional, da norma constitucional. Mas, de qualquer sorte, sou daqueles que entendem que, mesmo quando se encampe esse princípio da capacidade contributiva, como isso é colocado no memorial, não se pode desvincular a taxa do serviço que ela visa remunerar. E quando o Estado quer fazer essa diferenciação, a meu ver, ele tem de demonstrar o porquê dessa diferenciação, em face do custo que isso gera em relação a pequenos e grandes, ou da diferença que isso traz em relação aos pequenos e grandes, exatamente para não se afastar do fato gerador constitucional da taxa, que é a prestação do serviço público. Eu fico imaginando, por exemplo, as taxas de licenciamento de veículos, que remuneram, em relação a todos os veículos, um serviço específico do órgão de trânsito, se esse princípio da capacidade contributiva for levado a esse mesmo efeito, estabelecendo valores em função do modelo do automóvel que está sendo licenciado, do patrimônio daquele que é dono desse automóvel, ou absolutamente dissociado isso do custo efetivo do serviço. E isso é o que me parece ocorrer aqui na hipótese em causa. Não se vê, em relação ao serviço prestado, nenhuma justificativa razoável dessa desproporção, principalmente nesse patamar de 100% sobre um valor, que, em tese, por trazer, parece



que se usa a redação descontos na nota 3 da norma, a dar a impressão de que o valor do serviço prestado pelo Estado corresponde àquele patamar máximo, e o resto seria, então, benefícios que são concedidos em razão do potencial econômico do contribuinte. Fico me perguntando por que essa redução? Se o valor do serviço é o máximo. O que justifica uma redução para os pequenos contribuintes se, em princípio, o serviço é o mesmo, o custo do serviço é o mesmo, a fiscalização é a mesma e a eventual desproporção vai ocorrer exatamente em função não do produto em si, do serviço em si, mas sim da capacidade daquele que contribui para uma espécie de gênero de tributo que se destina à contrapartida do preço do serviço, à diferença dos impostos que não levam em conta, necessariamente, uma contrapartida de serviço. Por isso, a meu ver, é que a Constituição foi incisiva a despeito das interpretações que lhes são dadas na alusão ao princípio da capacidade contributiva aos impostos, sem uma alusão ao gênero tributo, se essa fosse realmente a vontade do legislador. Como disse, senhor presidente, não vi nenhuma justificativa para essa regressividade em função daquilo que é o fato gerador do tributo, levando a crer, como se salienta, que realmente o valor justo pela retribuição do serviço estatal é aquele mínimo exigido nessa tabela, sob pena de, em assim não se entender, aí sim, se ter a inconstitucionalidade, a meu ver, do preceito por se desviar daquilo que ele visa regular, que é exatamente o valor, a contraprestação pelo serviço prestado pelo Estado. Assim, como disse no início, meu voto é intermédio para declarar a inconstitucionalidade dessa norma naquilo que estabelece essa progressividade, embora a pretexto de redução de valores, entendendo como tributo taxa legitimamente aplicado àquele mínimo, indistintamente em relação às empresas que, em tese, têm prestado em relação a todas o mesmo serviço pelo Estado e em valor uniforme, sem qualquer distinção na gradação do serviço em relação aos destinatários desse tributo.

## Esclarecimento

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: —* Senhor presidente, apenas uma nota de esclarecimento de minha parte. Já tinha tido essa preocupação em relação ao voto de sua excelência, o Des. Federal Kassio, e fui levado a refletir um pouco mais sobre isso a partir da intervenção dos próprios interessados. Se vossas excelências se lembram, na assentada em que tivemos essa discussão, o Des. Federal Kassio evoluiu para assentar que no seu voto, na mesma direção do voto proferido por sua excelência, o Des. Moreira Alves,

não glosava o próprio dispositivo, mas apenas a nota, ou seja, essa distinção entre as empresas a partir do seu faturamento, da sua capacidade contributiva. Essa preocupação me assaltou naquele momento, mas já estava no final da sessão e eu trago agora. Ao declarar esse dispositivo inconstitucional, o fato é que ele não premia as empresas maiores e retira das empresas menores o benefício. Ou seja, o dispositivo assenta que as empresas devem pagar cem por cento e as menores, ao demonstrar, pagarem percentuais diferenciados. Esse é um problema recorrente na jurisdição constitucional, a chamada inconstitucionalidade parcial por omissão, você dá para alguns e não dá para outros. Se o Tribunal declara a inconstitucionalidade do dispositivo, ele retira o prêmio, por assim dizer, o benefício de uns e não concede. A preocupação que eu tenho é: há interesse de agir das empresas na declaração de inconstitucionalidade dessa nota? Porque vai suprimir o direito das pequenas empresas de obterem o benefício da progressão, mas não vai conceder às empresas maiores, que aqui são as partes, o direito de obter o valor menor. E nós sabemos que, em controle de constitucionalidade, você não pode ter um resultado que é a formação de uma outra norma, que é aquela pensada. É isso.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: —* Vossa excelência me permite um esclarecimento sobre o raciocínio, até pelo ponto que é colocado por vossa excelência. São duas ponderações que eu gostaria de fazer. Primeiro, estamos aqui não no juízo de controle concentrado de constitucionalidade, mas, sim, no juízo de controle difuso, para fins de solução de um conflito individual, de modo que a nossa deliberação vale para o processo em relação à qual ela visa a decidir, que certamente é um processo de uma dessas grandes empresas. Então, vou perguntar ao Des. Luciano: o processo individual em que foi suscitado esse controle de constitucionalidade, quem é — deve ser um mandado de segurança — quem é a impetrante?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: —* São as duas grandes, a Philips e...

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: —* Então, já se vê que elas têm o interesse de agir. Primeiro, elas teriam porque, com a sustentação da inconstitucionalidade integral, se afastaria — caso acolhida como foi pelo eminente relator — a exação como um todo. E, com essa linha de raciocínio, que é minha, na inconstitucionalidade parcial não da exação em si, mas dessa progressividade, por isso que usei a expressão “a pretexto de redução”, elas teriam um interesse parcial porque reduzido o tamanho da

exação. Então, a primeira questão que anotaria seria essa.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Dessem atrapalhar, não tenho nenhuma dificuldade com o que vossa excelência está dizendo, quer dizer, o problema é declarando a nota inconstitucional como se está fazendo — porque aí concordo com vossa excelência, inclusive, por isso o esclarecimento —, declarando a nota inconstitucional, o dispositivo, vai-se conceder a essas empresas — porque aí me parece que é o caminho do raciocínio de vossa excelência, a progressão — ou vai se retirar das outras empresas? Porque, se for retirar apenas das outras, certamente as empresas aqui não têm interesse de agir.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Nem se conceder a umas, nem se retirar de outras, porque, na verdade, aqui, o objeto da declaração não é uma disposição em si, é um anexo que fixa os valores das taxas. Esses anexos que trazem o valor fixo dessas taxas que são retributivas por valor fixo, do que verifiquei. Então, se estabelece o item impugnado, é o item 9.1, que traz o valor dessa taxa de cem mil.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Mas a nota, não. A nota é que estabelece.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Sim. Vamos chegar lá pelo meu raciocínio. Quer dizer, em princípio, como não há nenhuma explicitação, e não vi isso no memorial da Anvisa, não ouvi isso em nenhum lugar, sobre o valor efetivo do custo da atividade estatal, porque a taxa, a meu ver, é exatamente porque ela visa a retribuir esse serviço ou o custo decorrente do exercício do poder de polícia, ela tem que ter justificativa sobre o valor que o Estado pretende ser retribuído, até para eu saber o que é que estou pagando e se aquilo que eu estou pagando é correspondente ao valor do serviço, porque, se não, estaremos aí tendo, em relação a excesso, um imposto embutido, o que não é a finalidade da taxa. Então, na verdade, parte-se do pressuposto, já que não há nenhuma explicitação sobre o valor do custo desse serviço, e, obviamente, há um custo, e por isso que temos essa linha, a meu ver, da possibilidade da inconstitucionalidade total ou parcial — e, na verdade, parcial, por essa circunstância — há um custo, e esse custo é remunerado, então, a exação em si...

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — É que a nota, Des. Moreira, leio para vossa excelência, ela implementa a redução. Se ela é declarada inconstitucional, a única coisa que se vai retirar da lei é a redução.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Não, pelo contrário.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Leio para vossa excelência a nota: “Os valores da tabela ficam reduzidos em” — essa é a nota de que vossa excelência está declarando a inconstitucionalidade — “15%, no caso das empresas com faturamento serviço. [...] igual, tal; 30% no caso tal; tal, 60%”. Quero o quê? Que o Tribunal, ao declarar inconstitucional essa nota, ele só está retirando a redução.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Não, pelo contrário, ele está retirando o acréscimo, a pretexto de que essa redução, na verdade, a falta de esclarecimento é o valor do serviço que é prestado, daquilo que a taxa visa remunerar, porque, se houvesse uma justificativa para essa redução, essa justificativa teria que ser colocada exatamente em função do serviço prestado. Por que o Estado fixa esse valor em cem mil reais para o mesmo serviço que é prestado em relação a uma empresa menor e fixa para essa empresa menor o valor de cinco mil reais? Quer dizer, na verdade, esse acréscimo maior, a pretexto de atender a capacidade contributiva, se afasta completamente do modelo da espécie, que é para remunerar o serviço.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Concordo com vossa excelência, mas o dispositivo, todo o raciocínio de vossa excelência estaria correto se o dispositivo tivesse fixado cinco mil, seis mil para as pequenas empresas e, na nota, tivesse acrescido. Mas não foi o que se fez. O valor base é cem mil, e depois houve a redução. Se declaro inconstitucional a nota, o que vou retirar do texto legal não são os cem mil, estou retirando a redução.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Que é o valor do serviço.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Que é o valor da diminuição, e não sei, com isso, em que partes, qual é o interesse que elas teriam, porque eu retiraria das empresas o direito...

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Elas teriam interesse integral, porque se a norma for declarada na concepção de vossa excelência, nós entendermos que não há essa correlação e que o serviço não é remunerado, não é passível de remuneração enquanto serviço, nesse patamar maior, e o Estado está aí se utilizando da taxa como parcela de um imposto embutido, essa exação, no seu patamar máximo, seria absolutamente inconstitucional, e, sendo absolutamente inconstitucional, a impetrante ou as impetrantes neste mandado de segurança...

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Ela tem interesse de agir.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Mas aqui nós não estamos no âmbito do interesse de agir dela, estamos em face da discussão da constitucionalidade, porque o interesse de agir dela é em relação ao processo em si, e ela, obviamente, a partir do momento em que sustentou, sendo cobrada nesse patamar máximo, que essa norma é inconstitucional, e ela não deve sequer ser tributada, porque ela é inconstitucional no seu todo, ela já demonstrou, perante a Turma, que é o órgão julgador deste processo, o seu interesse de agir. Então, interesse processual, ela tem, que está exatamente nesse conflito de interesse. Enquanto ela entende que não deve nada, ou, se dever, deve uma parcela menor do que a que lhe está sendo imposta, o Estado está lhe cobrando ou irá lhe exigir esse valor maior, que ela diz que não é devido. Nisso se esgota o interesse de agir...

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Des. Moreira Alves, acompanho o raciocínio de vossa excelência e não tenho dificuldade, inclusive não vou mudar meu ponto de vista. Agora, há que ter consequência processual. Há vários pedidos. O principal é declarar o dispositivo, os cem mil, inconstitucional. Por arrastamento, levaria essa nota aqui, porque, não sobrando a exação principal, não ficaria nada. O voto que primeiramente foi proferido por sua excelência, o Des. Kassio, diz: “Não declaro” — como vossa excelência também fez — “a taxa cem mil, porque é por serviço, preço fixo, ela não é inconstitucional”. Inconstitucional é conferir o tratamento diferenciado na nota. A nota, expressamente — e nisso falta interesse de agir concreto, nós não estamos num controle concentrado, que seria processo objetivo, não teríamos que buscar o interesse de agir da parte, mas estamos num processo subjetivo, em que tem que verificar a consequência, qual é o interesse nessa decisão, e a decisão está dizendo o seguinte para a parte: “Olha, para você, nada, porque vai continuar cem mil”. Agora, a redução, porque a nota só reduz. Estou lendo a nota, que criou, para outras empresas, não para eles, a redução...

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — A nota é um contexto, porque se formos por essa inteligência literal...

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Para quê? Eles reproduziram.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Na mesma proporção em que a nota traz uma redução, ela traz uma progressão, porque toda a redução tem, ao inverso, a sua progressão. Se nós formos nos prender

— esse é o meu raciocínio, pelo menos — à literalidade dessa expressão “reduzidos”, vamos chegar a essa conclusão de vossa excelência, de que estamos agindo como legisladores positivos, que estamos mudando, modificando a substância da norma, mas a substância da norma é uma só, é arrecadar, e arrecadar em função de um serviço que tem um valor. A partir do momento, independentemente da expressão que o legislador usa, “progressão” ou “redução”, que o legislador não explicita o porquê da majoração e não redução, porque, se não, nós vamos nos apegar à literalidade do texto e não àquilo que ele disciplina; a partir desse momento, temos que saber o que é, efetivamente, diante dessa ausência de justificação, o valor do serviço. E eu parto do pressuposto de que, se o legislador e a Anvisa não esclareceram o porquê de, para um mesmo serviço prestado em relação às empresas, independentemente de ela ter um faturamento menor ou maior, porque o serviço é o mesmo, não se demonstrou que há uma distinção que justifique isso, na verdade, o que remunera esse serviço para o legislador é o mínimo, porque, senão, ele não poderia... Aí, sim, estaria também, a meu ver, incidindo em vício de inconstitucionalidade reduzir esse valor. A não ser que entendêssemos que isso é uma isenção parcial.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Acho que se o Tribunal, ao final, disser o seguinte, vossa excelência, o próprio Tribunal disser o seguinte: “Olha, estou declarando alguma parte dessa nota, de tal ordem que remanesça às partes os cinco mil, que é a menor”. O problema é o seguinte: é que na decisão do Des. Kassio, e, do que entendi, vejo agora que erroneamente de vossa decisão, o que saía é: declarar a nota integralmente inconstitucional. E, declarando a nota integralmente inconstitucional, o que vai fazer é o seguinte, é retirar de todos a redução, e não haverá qualquer benefício, e aí há falta de interesse de agir para a parte. Agora, se o Tribunal vai dizer que é parte aqui — não sei como é que isso vai ser feito —, de tal maneira que se possa dizer que as empresas pagarão a menor taxa, aí há interesse de agir, ainda que eu diga, Des. Reynaldo, que aí o Tribunal estará formulando outra norma, está criando outra norma, porque não vai permitir, mas, digo, pelo menos aí há interesse de agir. Se é isso, peço até escusas, porque entendi realmente errado.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Como eu disse, e por isso pedi esclarecimento inicial ao eminente Des. Luciano, que é quem tem o processo, sobre o alcance do voto do desembargador relator, que declara a inconstitucionalidade integral



da norma, disse eu que meu voto é intermédio, meu voto considera a inconstitucionalidade exatamente nessa progressividade a partir do mínimo, independentemente da expressão literal “reduzir”, porque, na verdade, o sistema dessa norma, ela só utiliza essa expressão, a meu ver, esse sistema, exatamente para fazer o contrário, à falta de demonstração de que o serviço prestado que é igual para todo mundo, seja para o Estado mais oneroso para a grande do que para o pequeno.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Vossa excelência vai aplicar a menor taxa.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — A menor, por isso a inconstitucionalidade parcial, quer dizer, a exação em si é inconstitucional. Agora, essa progressividade sob essa nota literal reversa que não revela o escopo do dispositivo nem muito menos a sua vontade, a sua regulamentação, essa progressividade, a despeito dessa expressão “reduzir”, que, a meu ver, é uma artimanha para camuflar, para desvincular essa correlação que entendo necessária entre a taxa e o serviço prestado é que é inconstitucional, porque, na verdade, o que se faz, e isso a meu sentir, para o mesmo serviço, você impõe um valor maior para o maior e, na verdade, você tem que impor para o mesmo contribuinte o mesmo valor que o menor, porque o serviço é igual. Então, se o serviço remunera, segundo a lei, o menor valor, o maior, com capacidade econômica, tem que pagar esse mesmo valor. Essa é a gênese do meu voto.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca:* — Des. Carlos Eduardo, só queria lembrar para poder entender. O item 9.1 fala: registro, aliás, a lei não fala só sobre cigarro, o anexo fala em diversos itens. No item 9.1 fala: registro, revalidação ou renovação de registro de fumígenos, com a exceção dos produtos destinados exclusivamente à exportação. Redação dada pela Lei 12.546/2011. No quadro ao lado, ainda no item 9.1, cem mil reais, no outro quadro anual. Então, vossa excelência está declarando inconstitucional parte do item 9.1, no que tange ao valor de cem mil reais.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — O item 9.1 do anexo não é dissociado da nota desse anexo.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca:* — Porque a nota do anexo, Desembargador, não é vinculada somente ao item 9.1, mas é vinculada..., porque aí sim poder-se-ia pensar em aplicar, ao declarar inconstitucional o valor cem mil, por marca de cigarro poder-se-ia pensar em aplicar o mínimo da nota, item e.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Desembargador, veja bem, estou dentro do contexto do exame do controle difuso de constitucionalidade. Essa tabela é uma tabela geral, com a retribuição dos vários serviços e essa nota, do que se lê aqui, também é uma nota geral, estabelecendo esse mesmo sistema para todas as espécies de serviço que essa lei entende que deva ser retribuída por um valor fixo.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral:* — Senhor presidente, com licença, o que foi pedido foi a declaração de inconstitucionalidade da taxa de cem mil reais e a anualidade. Receio que a coisa está envolvendo aí, extrapolando um pouco o que foi pedido. O relator não tratou dessa questão, nunca o pormenor que está sendo discutido aí, receio que aí vai longe, é quase que botando um bode dentro da sala e, depois, tira o bode de dentro da sala.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Veja bem, porque, na verdade, se pediu mais que a inconstitucionalidade total, e se está sustentando, pelo menos no meu voto, inconstitucionalidade parcial ou absolutamente dentro do objeto de uma declaração de inconstitucionalidade, sob pena de não entendermos que onde se pede o mais não pode ser examinado o menos, se só houver direito ao menos.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:* — Só para esclarecimento, consta do memorial da Anvisa que, no julgamento de apelação, a 8ª Turma desta Corte suscitou incidente de inconstitucionalidade no item 9.1 do anexo 2 da Lei 9.782/1999.

[...]

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Pois é, mas esse item não está dissociado da nota, que é, em última análise, ou é uma tabela de desconto em relação a todos esses itens, inclusive o item 9.1, que é o objeto da nossa discussão. Então, não vejo, com todo o respeito, onde é que nós estejamos fugindo do objeto da discussão. Temos aqui, pelo que vi, três correntes, a meu ver, ponderáveis de inteligência. Há aqueles que entendem esse item absoluta e integralmente inconstitucional, há aqueles que o entendem totalmente constitucional, e o meu voto intermédio que o tem por parcialmente inconstitucional, na medida em que estabelece, a pretexto de uma regressividade, uma progressividade que não se vincula com o serviço prestado. Essa é a gênese do meu voto, e, por isso, reafirmo e esclareço esse voto médio. Reconheço essa norma inconstitucional naquilo que estabelece essa progressividade sob o rótulo nominal de desconto.

## Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: —* Senhor presidente, verifico que o art. 23 da Lei 9.782 de 1999 instituiu a taxa de fiscalização de vigilância sanitária e dispôs no § 1º desse artigo,

Constitui fato gerador da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária a prática dos atos de competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária constantes do Anexo II.

E o anexo II tem vários itens e subitens, sendo o 9.1, que se encontra em discussão, que diz: “Registro, revalidação ou renovação de registro de fumígenos, com exceção dos produtos destinados exclusivamente à exportação”. Então, esse é o fato gerador dessa taxa que, nesses casos, foi estabelecida em cem mil reais com a periodicidade de cobrança anual.

Se o fato gerador é o registro ou a revalidação ou renovação, me parece que esse fato ou ato, melhor dizendo, o ato praticado pela Anvisa é único para todas as empresas.

Então, com esse raciocínio, acompanho integralmente o voto do eminente Des. Carlos Moreira Alves, quando entende que essa progressão de valores, estabelecida na nota 1, é inconstitucional, porque não encontra justificativa no Texto Constitucional quanto ao estabelecimento de taxas. Acompanho, portanto, o Des. Carlos Moreira Alves.

## Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: —* Senhor presidente, não participei da discussão inicial, estou pegando o bonde já, no seu percurso, mas, pelas discussões que foram travadas até o momento, pude me situar, não digo completamente, mas, pelo menos, suficientemente para expressar meu ponto de vista a respeito desta questão.

Eu parto da premissa de que a equivalência entre o custo da atividade estatal e o valor da taxa de polícia não é uma equivalência matemática, é uma equivalência aproximada, não há rigor matemático nessa correlação. Aliás, essa correlação foi estabelecida pela doutrina, a partir da disposição do Código Tributário Nacional, que estabeleceu, como uma das hipóteses de taxa, o exercício do poder de polícia no intuito de preservar, creio que, a isonomia e a proporcionalidade, e a doutrina criou essa relativa correlação.

Em relação aos produtos fumígenos, já tive oportunidade de me manifestar na 5ª Turma e sustentei uma tese de que nós temos na Constituição

as atividades econômicas, que são objeto do art. 170, parágrafo único, da Constituição: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” Então, em relação às atividades econômicas em geral, prevalece o princípio da liberdade, que se quer a mais ampla possível. Todavia, sustentei naquela ocasião que temos atividades econômicas e temos atividades toleradas pela Constituição, isto a partir do que dispõe o art. 225, § 1º - “Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público” — ou seja, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado —, “incumbe ao poder público: inciso V - Controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. Aqui está incluída, com certeza, a produção de produtos fumígenos. No art. 220, inciso II, está dito o seguinte: “Compete à lei federal: II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas 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”; § 42 - “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.” Li essas disposições constitucionais para sustentar essa minha ideia de que existem atividades econômicas livres e existem atividades simplesmente toleradas pela Constituição, entre elas, bebidas alcoólicas, tabaco e jogo.

Certa feita, também argumentei que, quando a lei diz que o jogo, a loteria é serviço público; na verdade, isso aí é uma impropriedade. Quando o Estado monopoliza o jogo, ele não está prestando um serviço público, ele está exercendo na verdade uma atividade de polícia, uma atividade de controle. Ciente de que é impossível erradicar de vez a atividade, o Estado a mantém sob controle, inclusive por meio de monopólio dessa atividade, e aquilo que é arrecadado ele utiliza como uma forma de compensação pelos malefícios que a atividade acarreta.

Então, cito isso, digo isso para poder excluir a isonomia que se pretende da atividade de produção de fumígenos em relação às outras atividades econômicas normais. Outra questão que eu penso que seja relevante levantar é que, quando se estabelece um tributo em relação ao álcool e às bebidas alcoólicas e

aos fumígenos, o que se busca, além da arrecadação pura e simples, é elevar o preço como forma de conter o consumo, porque sistematicamente os tributos são transferidos para os preços, não há controle de preços nessas áreas. Quanto mais caro a indústria cobrar pelo tabaco e pelo consumo de álcool, melhor para a política de controle dessa atividade. Então, é outra premissa que temos de considerar, porque sabemos, com certeza, que essa taxa não vai ser paga pela empresa; vai ser paga diretamente pela empresa, mas será transferida, com certeza, para o consumidor. E, aí, está envolvida esta política de elevação dos preços, sem qualquer controle por parte da Administração, como forma de conter o consumo.

Outro aspecto que me pareceu relevante nessa questão é quanto ao registro da marca. Na verdade não se está pagando pelo registro da marca, a fiscalização pelo registro da marca. O momento do registro da marca é apenas um critério temporal, é a data em que deve ser paga essa taxa que, na verdade, visa compensar, de certa forma, não com equivalência matemática, conforme já disse, toda a atividade de controle dessa atividade que a Constituição especializa no dispositivo que se tem. No porte da empresa está implícita a maior atividade de controle. A pluralidade de marcas é que parece, realmente não consegui chegar a uma conclusão sobre essa questão da pluralidade, quem tem mais marcas paga mais, quem tem menos marcas paga menos. Penso que esse seja um detalhe que talvez possa ser esquecido ou ignorado, porque ter mais marcas ou ter menos marcas acaba sendo uma política interna da empresa. Se a empresa quer pagar menos, então, que reduza as suas marcas. Aliás, estive lendo na imprensa há poucos dias que a Anvisa tem como objetivo final, está sendo discutido isso, que as carteiras de cigarros não exibam mais as marcas, serão carteiras totalmente brancas. Aí vem o argumento contrário, dizendo que isso vai estimular a falsificação de cigarros. Se a empresa quer pagar menos, que reduza suas marcas. E o objetivo final parece que é esse mesmo, acabar pelo menos com a exibição da marca nas carteiras de cigarro.

Parece-me que isso está se reduzindo a uma questão de política interna da empresa, uma forma de elisão fiscal. De modo que, com essas argumentações, acompanho aqueles que entendem que a taxa é constitucional em todos os seus termos.

### Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Trata-se de arguição de inconstitucionalidade do item*

9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999, que estabeleceu os valores da taxa de fiscalização da Anvisa para concessão de novo registro, bem como para renovação anual de registro já existente, de marcas de cigarro.

O incidente fora suscitado pela colenda Oitava Turma deste Tribunal, por suposta ofensa aos arts. 145, § 2º e 150, II, da CF/1988, bem como por violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Eis a ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA DE FISCALIZAÇÃO SANITÁRIA. ANVISA. LEI 9.782/1999. RESOLUÇÃO-RDC 346/2003. NATUREZA JURÍDICA. TAXA. BASE DE CÁLCULO DE IMPOSTO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS. ILEGALIDADE. 1.A cobrança, pela ANVISA, do registro e da renovação de licença das marcas de produtos derivados do tabaco, na forma prevista na Lei 9.782/1999, decorre do exercício de seu poder de polícia, e por essa razão, tem natureza jurídica de taxa. 2.A atividade estatal, no caso, visa ao interesse público e tem o intuito de controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. 3.À taxa é conferido regime jurídico de direito público tributário. Sujeita-se aos princípios tributários, como os da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade. 4.A base de cálculo das taxas deve representar correlação ou equivalência razoável entre o valor pago e o custo da ação estatal. 5.Arguição de inconstitucionalidade do item 9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999 acolhida.

(AC 0034152-31.1999.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.1266 de 26/03/2013)

Inicialmente, observo que o tributo em questão tem natureza jurídica de taxa e, como tal, tem caráter contraprestacional. Assim, a discussão sobre as consequências e o desestímulo da atividade fumígena não pode ser examinada no âmbito das taxas.

Repita-se: aqui, o tributo em comento é taxa, cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia conferido à Anvisa. A análise, portanto, é técnica (contraprestacional) e não extrafiscal.

Examino, então, os argumentos técnicos suscitados:

Em relação ao art. 145, § 2º da Lei Maior, que estabelece que as taxas não poderão ter base de cálculo própria dos impostos, não vislumbro a inconstitucionalidade arguida, pois sobre a referida taxa não há base de cálculo a incidir determinada alíquota para se chegar ao valor encontrado pelo legislador. O valor é fixo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por marca de cigarro. A variação está na possibilidade de redução

do seu valor, conforme o faturamento anual de cada empresa.

De qualquer forma, toda a polêmica que sempre se estabeleceu sobre o limite da restrição preceituada no § 2º do art. 145 da CR/1988 foi resolvida com a Súmula Vinculante 29, do c. STF: É constitucional a adoção, no cálculo do valor da taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

No ponto, é preciso recordar, ainda: a) que, ao contrário da doutrina predominante, o STF tem considerado aplicável às taxas o princípio da capacidade contributiva. Ressalvo, pois, meu ponto de vista neste aspecto; b) que a regra contida no art. 77 do CTN, que proíbe a taxa ter base de cálculo calculada em função do capital das empresas, não foi repetida pelo art. 145 do Estatuto Fundamental. Logo, por tal fundamento, não há que se declarar o item 9.1 multicitado inconstitucional.

Já, em relação aos princípios da isonomia e da proporcionalidade, penso que a norma é realmente inconstitucional.

Há ofensa ao princípio da isonomia quando os contribuintes que se encontrem em situação equivalente são tratados diversamente, sem qualquer critério razoável ou proporcional para a discriminação.

Neste tópico, a comparação com os registros de bebidas é irrefutável. Vejam-se, a propósito, os seguintes trechos dos votos do relator e do eminente Des. Federal Olindo Menezes:

VOTO DO DES. FEDERAL JIRAIR MEGUERIAN

[...]16. Já no que se refere ao segundo deles, relevante a alegação das impetrantes/apelantes no sentido de não haver justificativa para que pelo registro, revalidação ou renovação de registro de alimentos e bebidas, nas quais se inclui as alcoólicas, seja cobrada taxa de fiscalização de vigilância sanitária no valor de R\$ 6.000,00 e que tal ato possua validade de cinco anos, valor e prazo muito inferiores aos exigidos para o registro, a revalidação e a renovação de registro de produtos fumígenos – R\$ 100.000,00 e validade anual.

17. Nem se argumente, como justificativa para a conduta discriminatória do legislador, quando comparados os valores das taxas de fiscalização sanitária para os registros de bebidas e de produtos fumígenos, bem assim o prazo de validade dos respectivos atos, o fato dos produtos derivados ou não do tabaco representarem risco à saúde pública, já que a extensão do exercício do poder de polícia é idêntica em ambos os casos – controle de produtos

legalmente liberados, porém nocivos, em tese, à saúde pública.

18. É de se ressaltar, outrossim, que a decisão da ANVISA de implementar seu próprio laboratório para a fiscalização dos produtos derivados do tabaco ( afirmação à fl. 1537-v.) não pode justificar a cobrança de tão elevada taxa de fiscalização, na medida em que, nos termos do voto da eminente Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, condicionar o sucesso da função institucional da agência reguladora à aplicação de taxas desproporcionais, revela-se inconcebível. Não bastasse isso, as taxas possuem natureza sinalagmática, constituindo-se em contraprestação individual decorrente da atividade estatal, que, no caso concreto, deriva do poder de polícia exercido pela agência reguladora.

19. Reitero, na hipótese vertente, que não há nenhum acréscimo ou distinção da atividade estatal para registro/renovação/revalidação de produtos fumígenos em razão do faturamento das empresas do ramo, uma vez que toda documentação relacionada à qualidade dos produtos, inclusive laudos laboratoriais, é fornecida pela própria empresa. [...].

VOTO DO DES. FEDERAL OLINDO MENEZES

[...] Além das suas razões, vejo na cobrança da taxa em discussão uma ofensa direta ao princípio da igualdade, quando considerada em relação a outros produtos objeto de fiscalização da ANVISA, como ocorre com as bebidas alcoólicas, nas quais e a despeito de seus conhecidos efeitos nocivos à saúde, se cobra uma taxa de seis mil reais com eficácia quinquenal, enquanto nos produtos fumígenos e nas empresas com faturamento superior a cinquenta milhões de reais, cobra-se um valor de cento e noventa mil reais, anual, envolvendo registro e renovação, com um prazo de eficácia de um ano. Talvez a cobrança de taxa em valores que se aproximam do confisco tenha em mira desestimular o uso do tabaco, mas no regime econômico de livre iniciativa, como é o brasileiro, pela letra expressa do art. 170 da Constituição, regime no qual os direitos subjetivos não pressupõem necessariamente atitudes moralmente virtuosas, mas apenas que sejam legalmente legítimas, não se pode, na cobrança de uma taxa que tenha caráter contraprestacional, perseguir, em princípio, objetivos extrafiscais, menos ainda violando o princípio da isonomia, como é o caso, e com um caráter nitidamente discriminatório.

Registre-se, a propósito, que o item 1.1 do Anexo II não faz qualquer distinção entre bebidas alcoólicas e não alcoólicas. A argumentação do Memorial da Anvisa, no sentido de que a bebida alcoólica não está no referido comando normativo, é destituída de suporte normativo, pois a Lei 9.782/1999 não faz tal distinção. É seu dever fiscalizar.



De igual forma, a Lei 8.918, de 14/07/1994, não se dirige apenas a bebidas alcoólicas. O Decreto 6.871/2009 aborda também as bebidas em geral. Logo, a fiscalização da Anvisa e do Ministério da Agricultura pode e deve ser exercida de forma conjunta.

Nessa ordem de ideias, vale a pena recordar as palavras sempre precisas do eminente Min. Celso de Melo, ao confrontar o princípio da proporcionalidade, em sede de controle de constitucionalidade, de taxa instituída no Estado de Minas Gerais:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - TAXA DE EXPEDIENTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS - DPVAT - INCIDÊNCIA DA REFERIDA TAXA DE EXPEDIENTE SOBRE AS SOCIEDADES SEGURADORAS - ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA DAS ENTIDADES SINDICAIS QUE FIZERAM INSTAURAR O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - NÃO OCORRÊNCIA - PERTINÊNCIA TEMÁTICA CONFIGURADA - ALEGADA UTILIZAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS - NÃO CARACTERIZAÇÃO - RECONHECIMENTO, PELO RELATOR DA CAUSA, DE QUE SE REVESTE DE DENSIDADE JURÍDICA A PRETENSÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DEDUZIDA PELOS LITISCONSORTES ATIVOS - *INOBSERVÂNCIA, NA ESPÉCIE, DA RELAÇÃO DE RAZOÁVEL EQUIVALÊNCIA QUE NECESSARIAMENTE DEVE HAVER ENTRE O VALOR DA TAXA E O CUSTO DO SERVIÇO PRESTADO OU POSTO À DISPOSIÇÃO DO CONTRIBUINTE - OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA NÃO CONFISCATORIEDADE (CF, ART. 150, IV) E DA PROPORCIONALIDADE (CF, ART. 5º, LIV)* - ENTENDIMENTO DO RELATOR DE QUE, NÃO OBSTANTE CONFIGURADO O REQUISITO PERTINENTE À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA, NÃO SE REVELA PRESENTE, NO CASO, O PRESSUPOSTO DO “PERICULUM IN MORA” - DECISÃO DO PLENÁRIO, NO ENTANTO, QUE RECONHECEU CONFIGURADA, NA ESPÉCIE, A SITUAÇÃO CARACTERIZADORA DO “PERICULUM IN MORA”, O QUE O LEVOU A NÃO REFERENDAR, POR TAL RAZÃO, A DECISÃO DO RELATOR - CONSEQUENTE DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. INADEQUAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS: SITUAÇÃO NÃO CORRENTE NA ESPÉCIE. CONSEQUENTE IDONEIDADE JURÍDICA DO MEIO PROCESSUAL UTILIZADO. - O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle

concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA NÃO CONFISCATORIEDADE. - O ordenamento constitucional brasileiro, ao definir o estatuto dos contribuintes, instituiu, em favor dos sujeitos passivos que sofrem a ação fiscal dos entes estatais, expressiva garantia de ordem jurídica que limita, de modo significativo, o poder de tributar de que o Estado se acha investido. Dentre as garantias constitucionais que protegem o contribuinte, destaca-se, em face de seu caráter eminente, aquela que proíbe a utilização do tributo - de qualquer tributo - com efeito confiscatório (CF, art. 150, IV). - A Constituição da República, ao consagrar o postulado da não confiscatoriedade, vedou qualquer medida, que, adotada pelo Estado, possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, em função da insuportabilidade da carga tributária, o exercício a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita, ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, p. ex.). - Conceito de tributação confiscatória: jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (ADI 2.010-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) e o magistério da doutrina. A questão da insuportabilidade da carga tributária. TAXA: CORRESPONDÊNCIA ENTRE O VALOR EXIGIDO E O CUSTO DA ATIVIDADE ESTATAL. - *A taxa, enquanto contraprestação a uma atividade do Poder Público, não pode superar a relação de razoável equivalência que deve existir entre o custo real da atuação estatal referida ao contribuinte e o valor que o Estado pode exigir de cada contribuinte, considerados, para esse efeito, os elementos pertinentes às alíquotas e à base de cálculo fixadas em lei. - Se o valor da taxa, no entanto, ultrapassar o custo do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, dando causa, assim, a uma situação de onerosidade excessiva, que descaracterize essa relação de equivalência entre os fatores referidos (o custo real do serviço, de um lado, e o valor exigido do contribuinte, de outro), configurar-se-á, então, quanto a essa modalidade de tributo, hipótese de ofensa à cláusula vedatória inscrita no art. 150, IV, da Constituição da República.* Jurisprudência. Doutrina. TRIBUTAÇÃO E OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. - *O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte*

teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. - A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado. negritei.

(ADI 2551 MC-QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2003, DJ 20-04-2006 PP-00005 EMENT VOL-02229-01 PP-00025.)

Por fim, recorde-se que a doutrina brasileira, conquanto haja concordância a respeito da presença da idéia de proporcionalidade em nossa Constituição, divergem vários autores quanto à identificação do seu lugar no Texto Constitucional, havendo quem o identifique com a cláusula do devido processo legal, como por exemplo, Min. Luiz Roberto Barroso; outros como, por exemplo, Min. Gilmar Ferreira Mendes, o identifica com o princípio do Estado Democrático de Direito, com o princípio da legalidade; e, ainda há aqueles como o insuperável Paulo Bonavides que entendem ser desnecessário buscar filiações da proporcionalidade com outro qualquer princípio explícito da Constituição. Todavia, é indiscutível sua presença no art. 5º da Lei Maior.

Diante do exposto, peço a mais respeitosa vênua à divergência para acompanhar o eminente relator e declarar, em controle difuso, a inconstitucionalidade do item 9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999, por ofensa aos princípios da isonomia e da proporcionalidade (CF/1988, art. 150, II e 5º).

É como voto.

[...]

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Des. Reynaldo, vossa excelência referiu-se ao voto do Des. Olindo, que mencionou bebidas alcoólicas, e talvez eu tenha referido no meu voto também bebidas alcoólicas, quando a lei fala bebidas. No seu memorial, a Anvisa esclarece, no item 40 do memorial, que o registro de bebidas alcoólicas é efetivado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, nos termos da Lei 8.918/1994 e do Decreto 6.871/2009. A Anvisa possui atribuição apenas para o registro

de algumas bebidas não alcoólicas, bebidas à base de soja, repositores e hidroeletrólitos para atletas, exemplo *gatorade*, chás em pó, preparados líquidos aromatizados, e, por fim, bebidas que contenham suco de frutas, néctar, leite e proteína, abaixo dos níveis estabelecidos pelo Mapa (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento). Esclareço que se trata de matéria de fato, porque, às vezes, pode impressionar a questão de bebidas alcoólicas com o cigarro. O registro pela Anvisa é de bebidas não alcoólicas. Obrigado.

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — ADI 2551, relator Min. Celso de Mello, DJU-1 (porque ainda não era eletrônico), de 20/04/2006. Por fim, recorde-se que a doutrina brasileira, conquanto haja concordância a respeito da presença da ideia de proporcionalidade em nossa Constituição, divergem vários autores quanto à identificação de seu lugar no Texto Constitucional, havendo quem o identifique com a cláusula do devido processo legal como, por exemplo, o Min. Luís Roberto Barroso. Outros, como por exemplo, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, o identifica com o princípio do Estado Democrático de Direito, com o princípio da legalidade. E ainda há aqueles, como o insuperável Paulo Bonavides que entende ser desnecessário buscar filiações da proporcionalidade com outro qualquer princípio explícito da Constituição. Todavia, é indiscutível sua presença no art. 5ª da Lei Maior. Diante do exposto, e aí os memoriais da parte contrária indicam as bebidas alcoólicas, e isso não foi refutado pelo que ouvi nos autos de incidente de inconstitucionalidade, eu, diante do exposto, peço a mais respeitosa vênua à divergência para acompanhar o eminente relator e declarar em controle difuso a inconstitucionalidade do item 9.1 do Anexo II da Lei 9.783/1999, por ofensa aos princípios da isonomia e da proporcionalidade. Constituição Federal, art. 150, II e V. É como voto, senhor presidente.

## Esclarecimentos

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Senhor presidente, muito rapidamente, uma nota de reparo no meu voto. Eu, de forma inapropriada no voto que proferi, fiz a afirmação de que, salvo engano, a Dra. Janaína teria referido que, no *leading case*, a sua consideração ao Recurso Extraordinário 177.835-1 não se teria tido como base de julgamento a capacidade contributiva; e eu fazia a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal tomava isso sim, em consideração, e que teria reformulado a sua jurisprudência. Eu só gostaria de dizer, isso não tem qualquer relevância na conclusão e no caminho que tomei, mas, em justiça de sua excelência, a partir até de uma discussão que

gentilmente eu pude conduzir por conta de sua excelência com o Dr. Marcelo, que, na verdade, nós tomamos por *leading case* julgamentos diferentes. Na verdade, sua excelência, a Dra. Janaína, estava mesmo correta nesse 177.835. Não obstante tenha sido base do voto do relator, o Min. Carlos Velloso, que tomou como base a ideia de que as taxas também tinham que tomar em consideração o princípio da capacidade contributiva. No corpo e nas discussões que se seguiram, a maior parte dos ministros não tomaram isso em consideração, e isso foi bem traduzido no excelente voto de sua excelência, o Des. Luciano. Ocorre que o que eu disse também não era falso; é que, no julgamento da ação direta, que teve como relator o Min. Gilmar Mendes, que foi o que eu traduzia para mim, já que existe uma ação concreta e uma ação direta, eu acho que passou a ser *leading case*, na verdade, a conduzir, a orientar a matéria, pelo menos no que tange à CVM e à ação direta, e aí sim, eu acho que sua excelência não discordaria de mim. O Min. Gilmar Mendes e todo o Tribunal tomou em consideração e firmou isso; está, inclusive, na ementa do acórdão que as taxas agora têm, sim, que tomar em consideração a capacidade contributiva. Então, em homenagem a sua excelência, eu faço esse reparo. E também já concluindo, eu me concentrei tanto na conclusão, Des. Moreira Alves, que acabei não... – E no reparo que, erroneamente, no voto de vossa excelência eu queria fazer –, que eu não tomei em consideração a excelência. Eu concordo, disse isso, intelectualmente, que taxa não deveria tomar em consideração a capacidade contributiva. Mas, como disse naquela assentada, eu sou um escravo da jurisprudência, e o Supremo tomou essa orientação certa ou correta, é isso que eu tenho feito, mas eu só queria anotar aqui a excelência do voto proferido, como sempre, aliás, como de costume por vossa excelência.

## Voto-Vogal Pela Ordem

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: —* Eu já tinha esboçado o voto também com base aqui nos memoriais que me foram distribuídos, e eu vou antecipá-lo, com a devida vênua da Des. Mônica, com as seguintes considerações:

A sentença denegou a ordem ao fundamento de que o faturamento das empresas não constitui base de cálculo da taxa, mas mero parâmetro para a fixação do seu valor. Ademais, não há desproporcionalidade, eis que o valor não inclui apenas o registro, mas também a fiscalização dos

produtos que envolvem risco para a saúde. Por fim, não há desigualdade de tratamento conferido aos produtos fumígenos, haja vista a escassa tecnologia existente para a análise das substâncias componentes, bem como a complexa estrutura de fiscalização, o que impõe a cobrança da taxa em patamares superiores.

Essa síntese, eu colho do memorial da Anvisa, e consta também o seguinte:

No julgamento da apelação, a 8ª Turma desta egrégia Corte suscitou o incidente de inconstitucionalidade, apontando que a cobrança com base no faturamento das empresas viola a isonomia e, nos patamares postos na lei, acarreta absoluto descolamento entre o custo da atividade estatal e o valor da taxa, conforme consta em memorial da Souza Cruz e da Philip Morris do Brasil. Pois bem, a Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária, TFVS, é tributo exigível em razão do exercício regular do poder de polícia e da prestação dos serviços públicos específicos e divisíveis pela Anvisa, nos termos do art. 77 do Código Tributário Nacional. Conforme assentou a Anvisa, a referência feita nas normas instituidoras da TFVS à prestação dos serviços públicos e ao exercício do poder de polícia encontra abrigo na própria Lei 9.782/99, a qual atribuiu à Anvisa a competência para regulamentar, controlar e fiscalizar produtos e serviços que envolvam um risco à saúde pública, dentre os quais se incluem “cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco [...]”, [art. 80, § 10, inciso X].

No que respeita ao exercício regular do poder de polícia, conforme prevê o art. 78 do CTN, a atuação da Anvisa se volta para a regulamentação, controle e fiscalização de tais produtos, segue a cobrança da taxa impugnada, guarda relação lógica e jurídica com os serviços prestados em atividade administrativa desempenhada pela Anvisa. Vê-se que a imposição tributária apresenta como hipótese de incidência a atuação da autarquia, tanto em razão do exercício regular do poder de polícia que lhe foi atribuído, quanto na prestação dos serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, em conformidade com a Lei 9.782/1999, que regula integralmente as atribuições da agência.

A Lei 9.782 define, em seu anexo II, os valores cobrados a título de Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária sobre todos os produtos sujeitos à vigilância sanitária. E a Nota 1 dispõe:

1. Os valores da Tabela ficam reduzidos em:

a) quinze por cento, no caso das empresas com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) e superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);



b) trinta por cento, no caso das empresas com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais);

c) sessenta por cento, no caso das empresas com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais);

d) noventa por cento, no caso das pequenas empresas;

e) noventa e cinco por cento, no caso das microempresas, exceto para os tens 3.1, cujos valores, no caso de microempresa, ficam reduzidos em noventa por cento.

A Lei 9.782/1999 assim dispõe, em seu art. 23:

Art. 23. Fica instituída a Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária.

§ 1º Constitui fato gerador da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária a prática dos atos de competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária constantes do Anexo II.

§ 2º São sujeitos passivos da taxa a que se refere o caput deste artigo as pessoas físicas e jurídicas que exercem atividades de fabricação, distribuição e venda de produtos e a prestação de serviços mencionados no art. 82 desta Lei.

§ 3º A taxa será devida em conformidade com o respectivo fato gerador, valor e prazo a que refere a tabela que constitui o Anexo II desta Lei.

O Professor Ives Gandra da Silva Martins, ao se pronunciar sobre a constitucionalidade do projeto que resultou na Lei 10.165/2000, que se refere à Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA, respondendo à consulta formulada pelo Ibama, escreveu o seguinte:

Embora se refira a ‘valor devido’, a Suprema Corte admitiu a adoção de “tributos fixos”, como, aliás, é costumeiro nas taxas e que parcela ponderável da doutrina admite como possível, inclusive, no concernente aos impostos.

E ele diz:

Já escrevi sobre a matéria:

“Um terceiro aspecto merece consideração. É o que diz respeito aos tributos fixos. Neles, há integração entre a base de cálculo (“ad rem”) e alíquota, resultando em valor fixo definido pela legislação. A doutrina tem procurado considerar que a alíquota corresponde ao percentual aplicado sobre uma base determinada. Na realidade, em termos de técnica de tributação, a incidência “ad rem” corresponde a uma tributação não de interligação entre os dois elementos indissociáveis da tributação “ad valorem” (alíquota e base de cálculo), mas à integração absoluta dos dois elementos, a base sendo substituída pela coisa e não pelo valor e o

tributo por uma quantificação prévia, conformada pela fixação do valor pré-determinado.

Nitidamente, é uma técnica de tributação que pertence ao poder tributante. Não cabe à lei complementar impedir sua adoção por quem, tendo o poder de tributar, pode exercê-lo nos campos delimitados pela lei tributária. Claramente, pode a lei complementar definir quais os limites externos do tributo, em face aos demais tributos existentes, mas não pode, à evidência, invadir área própria da atuação “interna corporis” do poder tributante, no exercício de sua competência de legislar, ordinariamente” (in Revista Forense, volume 357, pág.196).

E do item 11 da exposição de motivos apresentada pelo então ministro do Meio Ambiente para justificar a constitucionalidade da Taxa de Controle de Fiscalização Ambiental, com a redação dada pela Lei 10.165/2000, alterando a Lei 6.938/1981, que continha vício de inconstitucionalidade, acentuou o seguinte:

11. No que toca a sua quantificação, o novo tributo atende muito mais de perto que o seu antecessor aos princípios constitucionais da isonomia, reclamado pela Suprema Corte no julgamento da ADIN-MC n. 2178-8, e da retributividade, a determinar que a base de cálculo da taxa mensure o custo da atuação estatal que constitui o seu fato gerador (prestação de serviço público específico e divisível em exercício regular do poder de polícia). E isso por dois motivos a saber:

- por estarem os contribuintes pessoas jurídicas, para efeito de determinação do valor devido divididos em quatro, e não mais em três faixas de grandeza, definidas segundo a receita bruta; e

- por não mais se adotar como critério único de quantificação a receita bruta do contribuinte passando-se a combiná-la com o maior ou menor grau de poluição potencial ou de utilização de recursos naturais da atividade que desenvolve, com o que se garante de modo muito mais seguro e razoável a equivalência entre o valor devido a título de taxa e o custo da atividade de fiscalização (na Representação de Inconstitucionalidade n. 1077/84, Rel. Mm. MOREIRA ALVES, reconheceu o STF a virtual impossibilidade de aferição matemática do custo de determinada atuação do Estado, não se podendo exigir do legislador mais do que equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o “quantum” da alíquota por esta fixado [...]).

Na jurisprudência, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região acentua o seguinte — cito um precedente, a Ap 2002.51.10.000072-9, relator o Des. Federal Eugênio

Rosa de Araújo, 3ª Turma, publicado no *Diário da Justiça* de 07/04/2006, p. 290. Diz ele:

A Taxa de Vigilância Sanitária, cobrada em função do poder de polícia exercido pela ANVISA, não tem base de cálculo semelhante a outra espécie tributária, ou seja, o faturamento, pois, no caso, este elemento é considerado apenas para efeito de enquadramento fiscal, levando em conta o tamanho da empresa, até porque a taxa é cobrada em valor fixo, não importando o lucro ou faturamento efetivo alcançado pelo contribuinte. III — Não existe afronta ao art. 145, § 2º da CF/88, uma vez que a graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte, prevista no texto constitucional, diz respeito a impostos, espécie de tributo não vinculado, e a taxa é um tributo estritamente vinculado ao exercício do poder de polícia pela Administração Pública. IV — Não existe violação ao princípio da igualdade, posto que a vigilância em torno de produtos fumígenos é bem mais onerosa do que de outros produtos, inclusive as bebidas, visto os malefícios causados pelo tabagismo ao ser humano, que estão enumerados no art. 2 da Resolução RDC n 104, de 31/05/2001. V — O interesse público, ligado à existência de uma população mais saudável, se sobrepõe a qualquer outro interesse que possa ser alegado para afastar os mecanismos que viabilizem uma vigilância efetiva do Poder Público para garantia da saúde da população. (in Revista Forense, volume 357, pág. 196).

Também, da 3ª Região, destaco a Apelação em Mandado de Segurança 0049609-97.1999.4.03.6100/SP, relatora a Des. Federal Cecília Marcondes, publicação no *Diário de Justiça* eletrônico de 24/05/2010, p. 142. Destaco o seguinte:

Primou-se por estipular de maneira clara o valor devido pelo tributo (valor fixo), permitindo-se a redução do quantum de acordo com o faturamento da empresa, critério este que não desnatura a sua estrutura jurídica, mas, ao contrário, homenageia os princípios da proporcionalidade e da capacidade contributiva.

VI - De acordo com o Supremo Tribunal Federal, em caso envolvendo a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, não há vedação à estipulação do valor da taxa de acordo com a capacidade contributiva, notadamente quando tem como fato gerador o poder de polícia (RE-AgR n9 216259/CE, 2ª Turma, Rei. Mm. Celso de Mello, DJ 19.05.2008). No caso dos autos, assim como no v. julgado da Suprema Corte, não há variação da base de cálculo, mas sim uma redução do valor previamente fixado, discrimen de caráter objetivo que não viola qualquer princípio constitucional, pois, como bem ponderou a Procuradoria da República, "a taxa de fiscalização da ANVISA tem por fato gerador o poder de polícia atribuído à autarquia e a sua eventual variação em função do patrimônio não significa que este

componha a sua base de cálculo, mesmo porque o seu valor é fixo, daí a sua constitucionalidade [...].

Também a 4ª Região se pronunciou sobre o tema, dizendo o seguinte:

2. O fato gerador da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária consiste no exercício, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, do poder de polícia consubstanciado na prática dos atos previsto no Anexo II da Lei n.2 9.782/99, dentre os quais consta a autorização de funcionamento de empresas voltadas à distribuição de medicamentos.

3. O quantum do tributo, seja ele fixo ou variável, deve guardar consonância com a sua hipótese de incidência, ajustando-se às particularidades do fato gerador da obrigação tributária, sob pena de descaracterização da espécie. Tratando-se de tributo cujo desiderato é o custeio de uma atuação específica do Estado, mister quantificar a taxa de acordo com o custo da atividade estatal direcionada ao contribuinte. No caso, tem-se taxa instituída em valores fixos, variando em função da atividade desempenhada pelo contribuinte e do seu faturamento, sendo razoável concluir que, quanto maior o faturamento da empresa fiscalizada, maior tende a ser a extensão das atividades sujeitas à vigilância sanitária demandando atuação mais intensa por parte da ANVISA.

E, finalmente, também a 5ª Região diz o seguinte:

A base de cálculo da TFVS não é o faturamento da empresa, como alega a apelante. Seus valores estão fixados na legislação de regência. Dessarte, não há infração ao § 2 do art. 145 da CF, que proíbe as taxas de terem a mesma base de cálculo de imposto.

- A redução da TFVS conforme o faturamento da empresa aplica corretamente o princípio da capacidade contributiva (1 do art. 145 da CF) e o princípio da isonomia tributária (mc. II do art. 150 da CF), na medida em que trata os desiguais de forma desigual, cobrando mais de quem pode pagar mais e vice-versa.

- Para fins de redução da TFVS, não há previsão legal que autorize seja considerado apenas o faturamento da filial, ainda que a licença para funcionamento tenha que ser obtida por cada filial mediante pagamento da TFVS (cujas reduções levam em conta o faturamento da empresa como um todo - matriz e filiais). Entender de forma contrária é que violaria os princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

- Por sua vez, a licença para funcionamento concedida à matriz não se aproveita às filiais, que também devem pagar a TFVS para obtê-la, uma vez que esse tributo é decorrente do poder de polícia a ser potencialmente exercido em relação a cada estabelecimento individualmente considerado.

É um acórdão da 7ª Turma, daquele egrégio Tribunal, Ap 2005.83.00.007677-4, relator o Des. Federal Paulo Gadelha, 2ª Turma. *Diário de Justiça* eletrônico de 15/12/2011, p. 255.

Assim sendo, com essas breves considerações, rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

[...]

## Voto-Vista

*A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes:* — Peço licença aos colegas para fazer uma breve memória da ação em julgamento, de modo a situar o meu voto-vista e os votos que me antecederam.

As empresas Souza Cruz S/A e Philip Morris Brasil S/A impetraram, em 11/11/1999, mandado de segurança contra ato do diretor-presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, com o objetivo de afastar a exigência do pagamento do valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) referente à taxa exigida para fins de registro de cada marca de cigarro comercializada pelas impetrantes, conforme previsto na Lei 9.782/1999 e resoluções da Anvisa, bem como da renovação anual do mesmo registro.

A sentença de 1º grau denegou a segurança, tendo sido interposto recurso de apelação, distribuído à 8ª Turma deste Tribunal, sob a relatoria da Des. Federal Maria do Carmo Cardoso. Ao julgar a apelação, a eminente relatora suscitou incidente de inconstitucionalidade do item 9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999, encaminhado à Corte Especial, autuado e distribuído ao Des. Jirair Aram Meguerian.

Segundo consignou a Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, ao suscitar a inconstitucionalidade:

No caso do item 9.1 do Anexo da Lei 9.782/1999, é patente a desproporcionalidade entre a importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) estabelecida para o registro de produtos de tabaco e similares e o montante de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) cobrados para o registro de bebidas alcoólicas, em decorrência da mesma atuação estatal de controle sanitário.

As taxas devem ser exigidas na proporção da atuação do Estado, e o valor cobrado do contribuinte deverá corresponder a essa atuação.

Fica ainda mais evidente o abuso de poder quando comparados os valores aplicados aos produtos derivados do tabaco em face dos demais itens da tabela do Anexo II.

[...]

A norma também foi omissa no que se refere ao princípio da isonomia tributária. A adoção

de dado fator de discriminação sem nenhuma correspondência lógica racional de diferenciação ofende a ideia de igualdade.

Outro fator discriminatório demonstrado no texto do Anexo II da legislação foi a cobrança anual para os produtos fumígenos, diante da cobrança quinquenal de outros produtos, como alimentos e bebidas.

A despeito dos malefícios que o fumo traz à saúde da população, o princípio da igualdade integra a base do estado democrático de direito e do direito constitucional, principalmente, quando se trata de aplicação da norma tributária.

A isonomia inserida na norma tributária é estrutural e formal, e busca o respeito à capacidade contributiva e à justiça fiscal.

Iniciado o julgamento, o MM. relator votou pela declaração de inconstitucionalidade do item 9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999, em razão de ofensa ao art. 150, II, da Constituição Federal, por considerar sua excelência que a Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária ali prevista fere o princípio da isonomia. Consoante afirmou o eminente Relator, essa ofensa pode ser vista sob dois aspectos:

[...] o primeiro, ao considerar o faturamento anual como fator de redução da taxa de fiscalização de vigilância sanitária; e o segundo, ao estabelecer valores bastante inferiores para o registro de produtos fabricados por empresas que se encontram em situação de igualdade, dentre eles, de bebidas alcoólicas.

Acompanharam o voto do relator os Des. Federais Olindo Menezes, Kassio Marques, Reynaldo Fonseca e, em parte, segundo constou da certidão de julgamento, os Des. Federais Carlos Moreira Alves e Daniel Paes Ribeiro.

A divergência foi inaugurada pelo eminente Des. Federal Souza Prudente, que rejeitou a arguição de inconstitucionalidade. Acompanharam a divergência, ainda que por outros fundamentos, os Des. Federais Néviton Guedes, Novély Vilanova, Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro, João Batista Moreira e Mário César Ribeiro.

Diante da complexidade do problema posto, resolvi pedir vista dos autos para melhor examinar a matéria.

O Des. Federal Tolentino Amaral, ao iniciar o seu voto, trouxe à lembrança a história contada por Homero na sua *Odisseia*, sobre a passagem de Ulisses pela Ilha de Capri, ou Ilha das Sereias. Conta a lenda que Ulisses teria pedido aos seus marujos que o amarrassem ao mastro do navio, impedindo-o de se jogar ao mar. Somente assim poderia ouvir o mortal

canto das sereias. Segundo Homero, foi Ulisses, desse modo, o único homem na face da terra que teria conseguido tal proeza.

O Des. Federal Tolentino Amaral utilizou-se dessa bela imagem para, contrapondo-a aos argumentos expostos em memorial que nos fora encaminhado por um dos ilustres advogados de uma das empresas impetrantes, nos alertar para aquilo que nos seduz como se fora argumento irrefutável e na realidade pode significar a derrubada da compreensão de sólido arcabouço jurídico. No caso específico, o Des. Luciano Amaral, tributarista reconhecido, e há vários anos membro de turma especializada em Direito Tributário, chamava atenção para aquilo que parece ser, mas não é, para o canto de sedução que muitas vezes compromete o critério e a visão panorâmica que deve nortear as nossas compreensões e precompreensões jurídicas. Vale dizer, toda aquela forte argumentação com base em princípios constitucionais que, pinçados da Constituição de 1988, dariam razão ao contribuinte para não pagar a famigerada Taxa de Fiscalização Sanitária que a Anvisa cobra das indústrias produtoras de cigarros.

Aliás, diga-se, o que não falta nesta causa são pareceres de reconhecidos e consagrados juristas: dentre eles, além do citado pelo Des. Federal Luciano, ressei um do nosso estimado Min. aposentado Adhemar Maciel, do jurista Arnaldo Wald, do Professor Humberto Ávila e, por fim, recebido em meu gabinete e creio que os advogados também o fizeram chegar às mãos de todos os julgadores, do notável Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Antônio César Peluso. Todos em uníssono proclamando a inconstitucionalidade da taxa de vigilância sanitária criada pela Lei 9.782/1999.

Do outro lado, não menos persuasiva, uma bem elaborada peça subscrita pelos diligentes e cultos advogados da União, e pareceres da douta Procuradoria Regional da República, cuidando de defender a constitucionalidade do tributo.

Tanta informação mais reforçou em mim a certeza de que outro caminho não me restava, senão modestamente pedir vista destes autos.

Então, vejamos.

Em primeiro lugar, quero deixar registrado que vou me abster da discussão, *data venia*, metajurídica, para a qual a Anvisa despense linhas e linhas no seu arrazoado, sobre os malefícios causados pelo uso do tabaco. Há vários produtos que fazem mal à saúde e não são tão controlados como o cigarro. É o caso do álcool ou outras substâncias tóxicas, como o sódio, a

amônia, defensivos agrícolas e hormônios, presentes muitas vezes na nossa alimentação diária. Há países que permitem o consumo de drogas que causam dependência, como é o caso da *cannabis sativa*, vulgarmente conhecida como maconha. Segundo o noticiário, o nosso vizinho Chile já liberou o seu consumo e outros países parecem querer seguir o mesmo rumo. Fico às vezes perplexa em julgamentos criminais quando vejo que a erva utilizada para o chá do Santo Daime, a *ayahuasca*, que produz reconhecidamente efeitos alucinógenos em quem a ingere, tem o seu uso permitido por portaria publicada no *Diário Oficial da União*!

Por razões semelhantes, também não vou ingressar aqui no por vezes indefinido território da extrafiscalidade, que consente na utilização dos tributos como meios de se conseguir objetivos político-sociais. Nessa seara poderia, em tese, ser possível uma taxação com base na capacidade econômica do contribuinte.

No entanto, para entender toda essa aparente falta de sentido na escolha sobre o que o contribuinte deve ou não pagar impostos, convém partir-se de uma concepção sistêmica, que vê a tributação como um fenômeno que envolve não apenas o Direito, mas também a Política e a Economia. Nessa perspectiva, que a meu ver foi esboçada no voto sempre muito bem balizado do Des. João Batista Moreira, a tributação se insere em um complexo ordenado de normas e princípios que dão fundamento ao Estado. Seguindo o caminho da análise econômica do Direito poderíamos dizer, em uma aproximação bastante simplificada, que a economia estatal precisa ser financiada pelos meios constitucionalmente previstos, mas esse financiamento é o resultado de prévias escolhas políticas. São as chamadas *public choices*, defendidas por James Buchanan, que vê o tributo como um dos elementos do jogo político, onde os agentes encontram-se envolvidos em uma disputa norteadas por interesses.

Somente a análise sob a perspectiva dessas escolhas políticas justificariam a opção pela tributação severa sobre a indústria fumígena, ao invés, por exemplo, de tributar ou penalizar a utilização do chá do Santo Daime, o álcool ou outras drogas. A taxação sobre o cigarro certamente trará mais resultados de proveito ao ente estatal, na perspectiva da *teoria dos jogos*, que é uma das ferramentas hermenêuticas da análise econômica do Direito. Há, portanto, uma prévia combinação de análise das perdas e ganhos em cada uma dessas escolhas e atividades. No caso do tabaco, ademais, essa opção de restringir o seu consumo se

projeta no âmbito das relações internacionais, em uma situação na qual o Estado brasileiro se insere como parceiro de políticas ambientais e antitumógenas, em um contexto mundial.

Esse fator, que não pode ser de modo algum desprezado, foi trazido à lembrança no voto do eminente Des. Federal Souza Prudente. O Brasil é um dos signatários de Convenção Internacional que se denominou *Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco*. Este é o primeiro tratado internacional de saúde pública da história da Organização Mundial de Saúde, já ratificado até o presente momento por quase duzentos países. Ao promulgar o Decreto 5.658 de 02/01/2006, o Estado brasileiro internalizou no seu território a referida convenção, que estabelece normas e compromissos severos dos seus Estados-partes quanto às políticas de controle, prevenção, repressão e informação quanto ao uso do tabaco e seus derivados.

No tocante às medidas relativas à redução da demanda de tabaco estabeleceu o art. 6º da referida convenção o seguinte:

Art. 6º - Medidas relacionadas a preços e impostos para reduzir a demanda de tabaco

1. As Partes reconhecem que medidas relacionadas a preços e impostos são meios eficazes e importantes para que diversos segmentos da população, em particular os jovens, reduzam o consumo de tabaco.

2. Sem prejuízo do direito soberano das Partes em decidir e estabelecer suas respectivas políticas tributárias, cada Parte levará em conta seus objetivos nacionais de saúde no que se refere ao controle do tabaco e adotará ou manterá, quando aplicável, medidas como as que seguem:

a) aplicar aos produtos do tabaco políticas tributárias e, quando aplicável, políticas de preços para contribuir com a consecução dos objetivos de saúde tendentes a reduzir o consumo do tabaco;

b) proibir ou restringir, quando aplicável, aos viajantes internacionais, a venda e/ou a importação de produtos de tabaco livres de imposto e livres de tarifas aduaneiras.

3. As Partes deverão fornecer os índices de taxa para os produtos do tabaco e as tendências do consumo de produtos do tabaco, em seus relatórios periódicos para a Conferência das Partes, em conformidade com o artigo 21.

Tendo, portanto, o Estado brasileiro ratificado e internalizado, por meio de decreto presidencial convenção internacional que adota opção política clara de redução, por meio tributário, do consumo de tabaco, resta saber se o Estado brasileiro ultrapassou ou não os seus próprios limites constitucionais ao

instituir a exigência de pagamento da taxa instituída nos termos do item 9.1 do Anexo II da Lei 9.782/1999.

A análise da inconstitucionalidade invocada não pode prescindir, no entanto, da discussão sobre o próprio objeto desta arguição. Essa questão foi levantada no voto do Des. Néviton Guedes, que afirmou ser reflexa a questão da constitucionalidade da norma, no caso em discussão. Ela não estaria, a princípio, em algum ponto da lei, mas na nota 1 ao anexo II, quando reduz os valores da taxa estabelecidos na tabela em razão do faturamento anual da empresa contribuinte. Segundo compreendi do voto do eminente desembargador, seria nesse ponto, e não propriamente na instituição da taxa, que se situaria a inconstitucionalidade. Ali estaria a afronta constitucional que fora apontada no voto do relator e daqueles preclaros colegas que o acompanharam, ao afirmarem que a taxa de vigilância sanitária violaria o princípio da isonomia e da proporcionalidade.

A ponderação inicial do Des. Néviton levou o Des. Kassio Marques a retificar o seu voto, para aditar que a inconstitucionalidade seria na verdade da nota 1 ao item 9.1 do Anexo II, fonte, no seu entender, de toda distorção no tratamento entre os contribuintes.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o Des. Carlos Eduardo Moreira Alves formulou voto intermédio, no sentido de que a instituição da taxa em si mesma não era inconstitucional. Inconstitucional seria o fator de redução previsto na nota 1 ao item 9.1 do Anexo II, daí a sua conclusão pela declaração de inconstitucionalidade da norma “naquilo que estabelece essa progressividade, embora a pretexto de redução de valores”.

Eu me pergunto se na realidade o raciocínio do Des. Kassio Marques, após o adendo feito, não seria exatamente o mesmo desenvolvido pelo Des. Moreira Alves, redundando na inconstitucionalidade parcial, tal como defendido por sua excelência. Creio que seria importante o Des. Kassio Marques esclarecer esse ponto, que redundaria em alteração no resultado do julgamento.

Vejamos as normas em questão:

O art. 23 da Lei 9.782, de 26/01/1999, estabeleceu o seguinte, no ponto que nos interessa:

Art. 23. Fica instituída a Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária.

§ 1º Constitui fato gerador da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária a prática dos atos de competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária constantes do Anexo II.



§ 2º São sujeitos passivos da taxa a que se refere o caput deste artigo as pessoas físicas e jurídicas que exercem atividades de fabricação, distribuição e venda de produtos e a prestação de serviços mencionados no art. 8º desta Lei.

§ 3º A taxa será devida em conformidade com o respectivo fato gerador, valor e prazo a que refere a tabela que constitui o Anexo II desta Lei.

Lendo atentamente esses dispositivos, verifica-se tratar-se de uma taxa criada por lei, cujo fato gerador encontra-se discriminado no Anexo II, mais precisamente, quanto ao que ora se discute, no seu item 9.1, que estabeleceu:

Registro, revalidação ou renovação de registro de fumígenos, com exceção dos produtos destinados exclusivamente à exportação. Valor em R\$ 100.000,00, anual.

Até aqui, parece que há uma quase uniformidade de entendimento de que não se verifica nenhuma inconstitucionalidade: cuida-se de uma taxa instituída para viabilizar o exercício do poder de polícia da Anvisa em controlar o registro de fumígenos.

O ponto da discórdia não está nos dispositivos acima, mas na sua nota 1, que estabelece gradação de valores para a referida taxa em função do faturamento anual da empresa, nestes termos:

1. Os valores da Tabela ficam reduzidos em:

a) quinze por cento, no caso das empresas com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) e superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

b) trinta por cento, no caso das empresas com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais);

c) sessenta por cento, no caso das empresas com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais);

d) noventa por cento, no caso das pequenas empresas;

e) noventa e cinco por cento, no caso das microempresas, exceto para os itens 3.1, cujos valores, no caso de microempresa, ficam reduzidos em noventa por cento.

Posta assim a questão, a arguição da inconstitucionalidade fica adstrita em se saber se essa tabela constante da nota 1, que já se chamou aqui de *fator de redução*, expressa valores que se constituem na própria *base de cálculo* da exação. Essa é a posição que defende, por exemplo, o jurista Antônio César Peluso no brilhante parecer que nos foi encaminhado. Uma segunda tese seria a de que a referida tabela espelha

valores que se revestem apenas daquilo que são: um *fator de redução do valor da taxa*, cuja base de cálculo é outra, que não a constante daquela tabela. Essa é a linha, salvo engano, de vários julgados deste próprio Tribunal e dos demais Tribunais Regionais Federais.

Confirmada a primeira hipótese, de que a tabela expressa a própria base de cálculo da exação, poder-se-á chegar à conclusão de que toda a taxa é inconstitucional, por ferir o princípio da isonomia e da capacidade contributiva. Confirmada a segunda, de que a base de cálculo é outra, e que a tabela apenas se constitui em fatores de redução do tributo, poderemos chegar, se for o caso, a duas outras hipóteses:

1ª) De que esse fator de redução é inconstitucional por, do mesmo modo como se fora a base de cálculo, ferir o princípio da capacidade contributiva. Isso nos levaria a concluir, juntamente com o Des. Carlos Eduardo e com aqueles que o acompanharam, por um voto intermédio no sentido de que inconstitucional não é a taxa, mas o seu fator de redução ou;

2ª) Esse fator de redução é legítimo e constitucional e nós então nos valeríamos, para confirmar a hipótese, dos vários julgados do Supremo Tribunal Federal que abonariam essa tese, como é o caso, por exemplo, dos julgados sobre a taxa de fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários. Nesse caso, o nosso voto se conduziria para acompanhar a divergência eruditamente inaugurada pelo Des. Souza Prudente.

Vejamos.

O Min. Antônio César Peluso não tem dúvidas em afirmar que

[...] o substrato matemático do enunciado normativo de quantificação pecuniária da taxa não deixa, pois, nenhuma dúvida razoável de que o faturamento constitui sua base de cálculo. Por mera suposição retórica, apagadas as referências textuais ao faturamento, torna-se impossível calcular e apurar o valor ou valores da taxa [...] (conforme parecer, fls.).

Eu vou aqui pedir as maiores vênias não apenas ao Ministro César Peluso, mas também àqueles que aderem ao seu pensamento, para dele discordar. Apagadas as referências textuais ao faturamento, permanece, sem nenhum óbice à sua cobrança, a meu ver, o valor da taxa, que é de R\$100.000,00, com prazo renovável de um ano, conforme constou expressamente do Anexo II da Lei 9.782. De se notar que esse anexo discrimina, em relação não apenas a esta, mas a todas as taxas a serem cobradas pela Anvisa, os fatos geradores, os valores, e o prazo para renovação. Resta claro, portanto, que

suprimida a nota 1, ainda assim permaneceria hígido o valor fixado no Anexo II. Em consequência, todas as empresas, independentemente do volume dos seus negócios, teriam que pagar a taxa de registro no valor de R\$100.000,00.

Taxa é tributo fixo, como aqui já se disse. E nos tributos fixos o valor a ser recolhido pelo contribuinte vem expressamente determinado na norma legal. O faturamento da empresa não é, como já decidi por diversas vezes esta Casa, a base de cálculo da taxa de fiscalização sanitária, mas um parâmetro ou fator de redução, que nos diz que quanto maior a atividade do contribuinte, maior será o valor a ser pago. Ainda que, por um critério questionável, esse valor esteja expresso no seu faturamento anual.

Se a nota 1 não espelha a base de cálculo da taxa em comento, ficamos então com as outras duas hipóteses, para cuja conclusão se faz necessário responder a uma única pergunta: o estabelecimento desse fator de redução ofende o princípio da capacidade contributiva ou não?

E aqui eu vou pedir licença para aderir totalmente ao voto intermédio do Des. Carlos Eduardo e responder: sim, ofende.

É entendimento assente na doutrina e na jurisprudência que o valor da taxa deve ser limitado pelo custo aproximado da atividade ou do serviço público colocado à disposição do contribuinte. O Supremo Tribunal Federal já moldou o entendimento, desde o voto do Min. Moreira Alves quando analisou a taxa judiciária (RP 1077-RJ, j. em 28/03/1984), citado no parecer do Min. César Peluso, de não poder a taxa “ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar”.

Não há nenhuma justificativa válida, nem tampouco dada na nota 1, de por que e em que medida uma marca de cigarro produzida por uma empresa pequena exija, da Administração Pública, um esforço maior do que o despendido para analisar outra marca produzida por uma grande empresa. Observe-se que não estou afirmando que isso vale para toda e qualquer prática que envolva a atividade fiscalizatória do Estado para fins de taxa de fiscalização sanitária. Estou me atendo à fiscalização que é feita para os fins do item 9.1 do Anexo II, referente ao “registro, revalidação ou renovação de registro”. Para esse fim, seja pequena ou grande a empresa, vai se avaliar uma determinada amostra de cigarro, para verificar se ela está ou não apta ao registro ou revalidação. É indiferente, para essa

finalidade, o volume de cigarros comercializados pela empresa, mas sim a sua qualidade.

No caso da taxa cobrada pela Comissão de Valores Mobiliários, ficou bem claro que o Supremo Tribunal Federal considerou que o valor do patrimônio das empresas, ou seja, a sua capacidade contributiva, se constituía apenas em um critério de mensuração do volume de operações da empresa na bolsa. Em outras palavras, o maior número de operações da empresa na bolsa de valores exigiria do Estado proporcionalmente, uma maior fiscalização. Não é esse o caso. A sofisticação da marca produzida por uma empresa maior demandará, para fins de seu registro, friso, o mesmo trabalho fiscalizatório do Estado. O mesmo laboratório utilizado para analisar uma marca de uma pequena empresa será o utilizado para as demais, ainda que com maior faturamento. E aqui está a desproporção, como bem pontuado no voto intermédio do Des. Carlos Eduardo: não há justificativa, nem na norma, e nem tampouco na razoabilidade, para essa diferenciação prevista na nota 1. O custo do serviço, ao final, não é o valor máximo de R\$ 100.000,00, mas o valor que será suportado pelo contribuinte de menor faturamento, ou seja, R\$ 5.000,00, considerando-se a redução de 95% (noventa e cinco por cento).

Penso, inclusive, que os próprios advogados da Philip Morris Brasil concordam com esse entendimento, pois expressamente consignaram no seu memorial que:

Concluindo, é de se notar que as Apelantes não pretendem que não lhes seja cobrada taxa alguma. O que se busca é que o valor e a periodicidade da taxa sejam proporcionais ao dispêndio do Estado com a atividade de registro e renovação e, ainda, que seja respeitada a isonomia, elementos desatendidos na atual forma de cobrança.

Concluo, portanto, que a taxa de vigilância de que trata o Anexo II da Lei 9.782/1999 é constitucional, devendo ser declarada a sua inconstitucionalidade apenas, como constou do voto intermédio, na parte da norma, consubstanciada na nota 1, que estabelece essa progressividade.

Acompanho, portanto, o voto intermediário do eminente Des. Carlos Eduardo Moreira Alves.

É como voto.

## Voto-Vogal

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — Senhor presidente, recebi em meu gabinete a visita tanto de advogados públicos quanto dos advogados das empresas interessadas, mas, do quanto me recordo

do tempo em que tinha competência cível-tributária, o meu raciocínio converge com o que ouvi agora do voto da Dra. Mônica. Lembro que eu não tinha votado ainda, mas participei de debates, participei da votação anterior e digo que, efetivamente, não tenho como confundir a imposição tributária sobre um produto, e, somente porque ele é mais ou é menos nocivo à saúde da população, eu vá aumentar o valor exigido, ainda mais em se tratando de cigarro, que todo mundo sabe que é prejudicial tanto para uns quanto para outros, em proporções inimagináveis. Só que, para combater o uso do cigarro e a divulgação, existem *N* medidas, não é aumentar uma taxa que tem definição própria, exacerbar o valor da taxa para poder dizer que está combatendo o uso de cigarros, ou coisas que tais. Eu me filio ao entendimento esposado aqui pela Des. Mônica, que também está acolhendo em parte a arguição, como já feito pelo Des. Carlos Eduardo Moreira Alves.

### Ratificação de Voto-Vogal Vencedor

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* — Senhor presidente, gostaria de fazer um esclarecimento em meu voto, após o voto da Des. Mônica Sifuentes, que pontuou muito bem o que deve ser rejeitado pela alegação posta no memorial do Min. Peluso; quanto à definição da base de cálculo da taxa de polícia é que, a rigor, o que a Souza Cruz do Brasil pretende é diminuir o *quantum* da taxa, e no ponto entende que está sendo discriminatória essa cobrança da taxa de polícia.

Em meu voto, eu não tratei efetivamente da base de cálculo da taxa de polícia que é cobrada pela Anvisa à multinacional Souza Cruz do Brasil. No meu voto, na sua contextualização, invocando a Convenção-Quadro, que vigora neste País, que determina a política nacional de combate ao tabagismo, exatamente na dimensão do fato gerador dessa taxa de polícia que, nos termos da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional, caracteriza-se tal fato gerador pelo efetivo exercício do poder de polícia. Pois assim está escrito no art. 145, 2: “Taxas em razão do exercício do poder de polícia”; a hipótese dos autos pode ser instituída concorrentemente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. O exercício efetivo do poder de polícia da Anvisa para controlar atividade letal do tabagismo desenvolvido pela multinacional Souza Cruz do Brasil, no território nacional, envolve um dispêndio muito maior, em termos de atividade de poder de polícia; um dispêndio muito maior em relação ao controle de polícia, por exemplo, de uma empresa de menor porte que desenvolva uma atividade relacionada também com a mercadoria controlada

que, de alguma forma, é prejudicial à saúde, como as bebidas alcoólicas.

O legislador ordinário está perfeitamente afinado com o que dispõe a Convenção-Quadro, que fora introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de proteger direitos humanos fundamentais, tais como o direito fundamental à vida e à saúde das pessoas. O Ministério Público do Distrito Federal, certa vez, num evento que fora realizado há algum tempo, noticiou, e nisso é pioneiro, o Ministério Público do Distrito Federal, no combate ao tabagismo aqui no Distrito Federal, naquela época, que a multinacional Souza Cruz do Brasil ousou desenvolver no território nacional o fumo transgênico, isso requer uma atividade de polícia muito mais séria, muito mais rigorosa.

E, realmente, o propósito da multinacional é estabelecer uma legião de escravos; nessa atividade letal, mortífera, que mata mais do que a guerra do Iraque. Então, é uma hipocrisia o Brasil ser signatário com diversos países de uma Convenção-Quadro, que desenvolve uma política de rejeição total ao tabagismo, porque, cientificamente, o instituto do câncer já comprovou que o fumo mata. Estamos aqui, exatamente, discutindo sobre o ponto de vista técnico-jurídico na visão fria do Direito Tributário, que, em muitas passagens, não tem alma, nem idealismo voltado para a sobrevivência humana, se a Souza Cruz merece essa benesse de diminuir o valor da taxa de polícia. Não, ela precisa ser mais controlada ainda para que a Convenção-Quadro tenha eficácia plena no território nacional.

Portanto, com todas as vênias, e respeitando as posições em sentido contrário, meu voto é e será sempre no sentido da rejeição absoluta do incidente de inconstitucionalidade na espécie.

### Questão de Ordem

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:* — A questão de ordem é exatamente esta, se aplica ou não o § 5º do art. 355 do Regimento Interno deste Tribunal no caso em julgamento.

### Voto-Vogal sobre a Questão de Ordem

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Senhor presidente, rejeito a aplicação do § 5º.

### Voto-Vogal sobre a Questão de Ordem Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Senhor presidente, também rejeito, tanto que, se viessem

esses outros, não alteraria nada, se eles votassem pela inconstitucionalidade. Como não precisa de *quorum* para rejeitar; então, na minha opinião, vossa excelência deve simplesmente proclamar que a Corte rejeitou a arguição de inconstitucionalidade.

### Voto-Vogal sobre a Questão de Ordem

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral:* — Senhor presidente, também rejeito; até porque penso ser uma tremenda maldade, porque até hoje não conseguimos reunir aqui os 18. É prolongar a angústia dos advogados ficar esperando completar 18 membros para julgar. É o Supremo quem vai decidir; se eles ganharem, vão para o Supremo; se eles perderem, a Fazenda vai para o Supremo. Então, por que vamos postergar a angústia dos advogados que já vieram aqui três ou quatro vezes?

### Voto-Vogal sobre a Questão de Ordem Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Senhor presidente, já antecipei parte do meu raciocínio. A questão que entendi que era relevante é exatamente saber se soma ou não, porque só há razão prática e jurídica dessa discussão que nós temos, se nós chegarmos à conclusão de que se somam; porque, se nós chegarmos à conclusão a que chegou o eminente Des. Jirair e a todos que até agora votaram com ele, em última análise, e que o estão acompanhando, isso é não admissível. Então, estaremos discutindo aqui o nada, porque, se entendermos que não há essa soma, ainda que se convoquem os três; quatro e três serão sete, não poderemos, ainda que convoquemos os três, chegar aos dez, que é o número mínimo necessário para a arguição de inconstitucionalidade.

Com todo o respeito àqueles que me antecederam até agora, fico sempre fiel àquilo que sustentei no julgamento anterior, e até mesmo adverti para que a gente não perca esse foco. O controle difuso de constitucionalidade existe para solucionar o direito subjetivo; então ele está servindo e vinculado especificamente a essa ação, ainda que, por construções prático-doutrinárias e jurisprudenciais, nós tenhamos, num Poder Judiciário de macro, a extensão desses efeitos para a finalidade prática de não se reunir uma corte para se discutir em cada um dos casos concretos iguais àquela mesma questão de constitucionalidade, permite-se hoje quase que com um modelo misto; ficaria o intermédio entre o concentrado e o difuso, porque não teria efeitos nem tão amplos quanto os produzidos pelo concentrado nem tão reduzidos quanto o difuso, que é

para solucionar o caso concreto. Então, nós temos que nos pautar no caso concreto.

Do que eu entendi, vou pedir aqui a licença ao Des. Néviton, para ele me auxiliar, se for necessário, a impetrante, nesse mandado de segurança, se sustenta, no seu direito, exclusivamente, numa necessidade constitucional; e por quê? Porque, pela lei, ela estará sendo exigida em R\$100.000,00 (cem mil reais), e ela entende que isso, pela inconstitucionalidade total ou parcial que representa, é ilegítimo. Ela então entrou com essa ação para ter a possibilidade ou de não pagar nada — e isso envolve um juízo de constitucionalidade total — ou de pagar menos do que os cem, que seriam os cinco que estão na corrente intermédia. Nenhuma dessas duas alternativas lhe pode ser reconhecida pela Turma, que não tem competência para reconhecer, seja a inconstitucionalidade total, seja a inconstitucionalidade parcial; por isso mesmo é que na doutrina sempre se sustentou e sempre achei o mais correto, que a Turma só deve suscitar um incidente de arguição de inconstitucionalidade para a Corte Especial ou para o Plenário do Tribunal, conforme o caso, se não houver, em nível de interpretação da lei, nenhuma solução que possa fazer com que o caso concreto seja julgado em nível infraconstitucional. Quando se faz essa análise, como é o caso em exame, e se verifica que o órgão menor do Tribunal não pode acolher total ou parcialmente essa pretensão, ela necessariamente está vinculada a um juízo de constitucionalidade, remete-se esse processo ao órgão maior, que é a Corte Especial, para que, na prática, ele, órgão maior, julgue o processo, porque depois que ele decidir, a corte menor, ou órgão fracionário menor, estará vinculado àquilo que o órgão maior deliberar e simplesmente trasladará para fins de resultado aquilo que a Corte Especial deliberar.

Então, neste caso concreto, se a Corte deliberar pela rejeição da inconstitucionalidade, ou seja, pela constitucionalidade ampla dessa norma, o que sobrar para a turma fazer? Simplesmente, julgar o recurso de modo que leva à denegação total da segurança. Para que o resultado prático e jurídico, obviamente, que a parte possa ter, contemple-a, total ou integralmente, nós temos que ter uma deliberação de constitucionalidade, seja total, seja parcial. Se nós não somarmos esses votos, que ambos dizem, com a inconstitucionalidade parcial ou total da norma, nós vamos ter no final um resultado artificial, que não é o que o regimento, bem ou mal, quer, ou seja, nós vamos devolver, ainda que tenhamos uma maioria, como temos agora, sem alcançar o *quorum*, reconhecendo a essa parte algum direito, nós vamos ter essa parte sem nenhum direito reconhecido, e a Turma não poderá



fazer nada, porque esses sete votos de que resulta essa negativa total do direito vão levar a uma denegação da segurança, que não seria o caso, se nós tivermos a técnica, que sempre temos nos julgamentos, de um voto médio, que é aquele que representa a média da maioria, não tanto ao mar, nem tanto à terra.

Então, se prevalecer esse entendimento, nós vamos ter aqui oito juízes da Corte Especial agora entendendo que a parte tem direito a alguma coisa, sete entendendo que ela não tem direito a nada, e porque não se alcançou esse *quorum* de dez, a parte vai ficar prejudicada, porque essa minoria terá o resultado prevalecendo sobre o da maioria.

E o regimento quer, senhor presidente, exatamente para que não se fique na artificialidade de se reconhecer uma constitucionalidade com base na presunção, que o máximo de juízes que estejam em condição de votar o façam para que, se esse máximo, aí, sim, sem nenhuma artificialidade, não alcançar essa maioria, então, prevaleça a constitucionalidade ficta ou presumida.

Por isso é que eu discordo daqueles que entendem que o regimento quando fala — já antecipei isso — em juízes licenciados, está utilizando o termo na sua acepção estrita. Na minha ótica de interpretação, juízes licenciados são todos aqueles que estão ausentes do julgamento, mas, como têm condição de votar, podem ser convocados para fazê-lo, para que se tente alcançar aquela maioria, ainda que não se alcance, na tentativa de que o julgamento seja o mais justo possível e reflita, aí, sim, a maioria do órgão, que estão sendo convocados para julgar aquele caso concreto.

Disse o Des. Luciano que o julgamento vai demorar, que as partes vão ficar angustiadas, que esta Corte nunca consegue reunir os 18 juízes, que isso é absolutamente impossível, improvável; são questões de ordem prática, que eu, com todo o respeito, não vejo a menor dificuldade para transpor. Primeiro, porque nós podemos convocar especificamente juízes, inclusive que não compõem, por uma questão numérica, a Corte Especial, para a continuação específica do julgamento; de modo que, se nós precisamos de três votos para concluir esse julgamento, ele pode ser perfeitamente suspenso, e pode ser convocada uma continuação específica com convocação de três juízes do Tribunal, que todos eles, por integrarem a Corte, podem ser convocados para essa finalidade, para virem completar esse julgamento, se assenhoreando do que ele discute, aqui até mesmo sem a possibilidade que se dá normalmente de permitir que um juiz não vote por não estar habilitado em virtude de não ter comparecido ao relatório.

Aqui, esses juízes, na minha ótica de visão, convocados que sejam para a deliberação específica, terão de ser colocados a par do que se discute e votarem, para que se alcance aquilo que o regimento quer.

Então, a minha interpretação, senhor presidente, é essa: nesse juízo de constitucionalidade total ou parcial, os votos devem ser somados. São oito. Como faltam, para se completar o máximo da capacidade de votação da Corte Especial, três, cuja soma, em perspectiva, pode alcançar o resultado de onze, a maioria absoluta, que é o desejo desse § 5<sup>a</sup> a que se referiu vossa excelência, entendo que o julgamento deva ser suspenso e devam ser convocados para sua continuação três desembargadores federais que não tenham dele participado e, obviamente, não estejam, por um motivo ou outro, impedidos de votar no julgamento.

### Voto-Vogal sobre a Questão de Ordem

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:* — Senhor presidente, eu estava entendendo, inicialmente, que havia sete votos pela inconstitucionalidade, mas parece que não é isso, os sete votos são rejeitando a arguição. Agora, há oito votos no outro lado, quatro acolhendo integralmente a arguição, e quatro acolhendo parcialmente. Então, eu não vejo como se possa deixar de somar esses votos, ainda que seja para declarar a inconstitucionalidade parcial. E somados esses votos, oito não atingem o *quorum* mínimo de votação de deliberação, que é de dez. E o regimento prevê a solução, que é convocar ou suspender o julgamento, para se aguardar a presença daqueles desembargadores que estiverem ausentes neste julgamento; o regimento usou a palavra licenciado, mas eu não interpreto literalmente essa expressão. Acho que os que estiveram ausentes por qualquer motivo, mas que possam participar numa futura sessão, devem ser convocados a participar. Portanto, acho que o julgamento deve ser suspenso.

### Voto-Vogal sobre a Questão de Ordem

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* — Senhor presidente, creio que os votos dos Des. Jirair Meguerian e Luciano Amaral deixaram a questão bem pontual e esclarecida. A rigor, os votos médios em número de quatro não podem se somar àqueles outros quatro votos que deram pela total inconstitucionalidade da norma, posto que já foi dito, inclusive, expressamente, por uma das eminentes desembargadoras aqui votantes, Des. Mônica Sifuentes, que o seu voto médio se soma àqueles que deram pela constitucionalidade.



Portanto, esse somatório, realmente, não será juridicamente possível. Ademais, a norma do § 5º do art. 355 do Regimento Interno desta casa, é norma de exceção, e sendo norma de exceção, a interpretação há de ser literal, como assim recomenda a boa hermenêutica. Se o regimento estabelecesse a possibilidade de suspender o julgamento do incidente, estando simplesmente ausentes desembargadores federais, que pudessem ser convocados oportunamente, para atingir o *quorum* ideal do julgamento, eu admitiria a suspensão desta sessão de julgamento.

Ocorre que a norma é expressa no sentido de admitir a suspensão do julgamento do incidente, estando licenciados os desembargadores federais em número que possa influir no julgamento. Ora, o *quorum* que nós alcançamos hoje aqui, nesta sessão, foi suficiente para a abertura da sessão de julgamento do incidente e também suficiente para apreciar e decidir pela rejeição ou pelo acolhimento do incidente, mas o resultado final fora no sentido de rejeição do incidente, à míngua de um *quorum* qualificado pela declaração da inconstitucionalidade, considerando que este Tribunal não tem competência funcional para declarar a constitucionalidade da norma. O *quorum* de inconstitucionalidade não foi suficiente para declarar a sua inconstitucionalidade, portanto, o incidente deve, de logo, ser rejeitado. Como observou o Des. Federal Tolentino Amaral, essa questão vai desaguar no Supremo Tribunal Federal, que dirá a última palavra sobre o assunto, e este Tribunal não pode ficar aqui passando uma marcha e duas marchas no veículo processual, agredindo o princípio da razoável duração dos procedimentos.

É preciso que este Tribunal decida, de logo, e a matéria flua até a Corte Suprema, e lá, na sua alta sabedoria, possa dizer se, realmente, a norma é inconstitucional ou não. Voto pela rejeição do incidente, à míngua de *quorum*.

### Voto-Vogal sobre a Questão de Ordem Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — Senhor presidente, considero, como bem lembrado pelo eminente Des. Carlos Eduardo, que nós estamos em controle difuso de constitucionalidade e, portanto, nós estamos aqui para resolver a questão da parte, pois esse incidente voltará para a Turma, que analisará o caso sob a perspectiva de ser ou não constitucional a norma. Eu estava até comentando com o Des. Carlos Eduardo que o nosso voto, na realidade, não é pela

inconstitucionalidade, é pela constitucionalidade de se pagar R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), então, é um voto que tende mais para a constitucionalidade da norma do que para a inconstitucionalidade. No entanto, tenho também a mesma perplexidade que foi externada pelo Des. Carlos Eduardo, no sentido de que, ao retornar para a Turma, uma vez declarada a constitucionalidade, ela não terá que pagar R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ela terá que pagar é R\$ 100.000,00 (cem mil reais), que é o valor fixado pelo anexo II da lei em referência. Diante desse impasse, considero — e nisso aqui vou fazer minhas as palavras tão bem expostas pelo Des. Federal Souza Prudente — que esse impasse a que nós chegamos somente poderá ser resolvido pelo Supremo Tribunal Federal. A única solução possível, neste caso, é acompanhar o voto, com a devida vênua daqueles que entendem em contrário, acompanhar o voto do Des. Jirair, secundado pelo Des. Luciano e pelo Des. Prudente, no sentido de que nós temos o *quorum* aqui para decretar a constitucionalidade da norma e, portanto, não se aplica, neste caso, o art. 355, § 5º, do Regimento Interno.

### Voto-Vogal sobre a Questão de Ordem Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: — Senhor presidente, já adianto que vou acompanhar o posicionamento do Des. Federal Carlos Moreira Alves, mas quero fazer duas breves considerações, pedindo vênua de forma respeitosa a quem pensa de forma contrária. Entendo que, assim como ao analisar a procedência de uma ação, seja ela parcial ou total, o significado disso é que essa decisão tenha conteúdo positivo e que ela venha alterar os fatos postos antes do seu protocolo. Se ela altera os fatos, ela tem conteúdo positivo, de forma total ou parcial, em uma parte mais abrangente ou menor, ela é procedente; se ela não altera, ela tem conteúdo negativo, ela mantém o *status quo ante* ao ajuizamento, ela é julgada improcedente. Então, com essa brevíssima consideração, entendo, respeitando quem pense de forma contrária, que reduzir de cem para zero ou de cem para cinco, de forma total ou parcial, é decretar, em algum ponto dessa lei e da sua nota ou do seu anexo, a inconstitucionalidade. Assim, alinho os dois votos e, com passagem que extraí de uma palestra do Min. Barroso, peço vênua aos colegas que fizeram uma pequena reflexão sobre a angústia dos advogados — sinto-me muito à vontade de falar, porque laborei nessa atividade por mais de quinze anos. Nessa oportunidade, sua excelência contou uma passagem — até para aliviar o cansaço — de um dono

de uma propriedade de um sítio, muito contente com o seu caseiro já de vinte, vinte e cinco anos, e resolveu dar-lhe de presente um terno inglês caríssimo; foi até o caseiro e ofereceu o terno com muito gáudio, muita alegria em estar ofertando àquela pessoa simples um terno muito caro que ele havia comprado na Inglaterra. Chegou para o caseiro e indagou: “olha, você tem interesse neste terno muito caro que lhe ofereço?” E o caseiro disse para ele: “Olha, senhor, no terno não tenho interesse não, mas, se o senhor me der este cabide, vou ficar muito agradecido.” Essa conclusão a que chegou o Min. Barroso nessa passagem é que, às vezes, o interesse alheio não é bem o prisma que se enxerga. A advocacia, diante de uma possibilidade de reverter ou de declarar a inconstitucionalidade, tendo ainda três votos a colher, não tenho dúvida nenhuma — e isso não vai influenciar, apenas para rebater essa reflexão que foi feita — de que deseja, realmente, o deslinde da Corte, e não afastar a análise desta instância e levar diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Então, com essas considerações, acompanhamento, pedindo a mais respeitosa vênia a quem entende de forma contrária, a divergência.

### Voto-Vogal sobre a Questão de Ordem

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Senhor presidente, também, sendo bastante rápido, não somos nós que temos condição de medir qual a estratégia, qual é a tática e, eventualmente, qual é o interesse da advocacia do patrono das partes. Certamente, a inteligência comanda que eu suponha que é do interesse deles, a princípio, alcançar alguma vitória de qualquer maneira num tema que, pelo que nós vemos pela luta desenvolvida pelos advogados, tem máxima importância — estamos falando em cem mil, mas a Des. Mônica me dizia que, olhando numa tabela de valores já devidos, cifras de vinte milhões para cá, vinte e três milhões para lá, isso parece que referente a determinadas marcas. Então, não tenho dúvida de que, se fôssemos perguntar a eles, eles teriam como intenção primeira o prosseguir. Assustame, e vou dizer isso com toda a sinceridade e com todas as letras, que se queira prosseguir para alcançar uma vitória a qualquer preço. Todos conhecem a famosa e curta história do Rei Pirro, que, depois de sagrar-se vitorioso, vendo todo o seu exército destruído para aquela vitória, disse: “Mais uma vitória dessa e estou perdido”; quer dizer, por isso a vitória de Pirro. E, aqui, o que estou vendo é que, se eles alcançarem qualquer vitória, há tanto ser questionado, aqueles que votaram na inconstitucionalidade da Nota 1, perdoem-me — a

redução a cinco mil, a 95% do valor, ela está na Nota 1 —, como é possível declarar inconstitucional a Nota 1 e subsistir este valor ainda cinco mil? A declaração de inconstitucionalidade, como diz o Des. Jirair, da Nota 1 vai suprimir o benefício para alguém e não vai dar benefício para as partes. Eu já suscitaria aqui o problema da ausência de legitimidade de interesse de agir — está pedindo algo que vai prejudicar alguém, na minha opinião não vai me ajudar.

Há outro problema aqui: o controle de constitucionalidade se move pelo princípio da divisibilidade. Declarar inconstitucional um dispositivo — e é por isso que eu dizia para o Dr. Marcelo que não posso concordar, se bem entendi, com a tese do Min. Peluso, e ele conhece isso certamente melhor do que eu, então talvez tenha sido outra direção, e eu não tenha compreendido bem que aqui forma todo um bloco e que o Supremo tem, e vossas excelências conhecem, a tese do arrastamento —; às vezes é impossível, logicamente, estar só ele em jogo, declará-lo inconstitucional sem que alguma outra parte não venha junto. Não é o caso. Aqui, posso declarar tanto inconstitucional a Nota 1 quanto o item 9.1, que o outro subsiste perfeitamente. Declaro inconstitucional o 9.1; continuam as outras taxas. Declaro inconstitucional — e não precisa levar a Nota 1, que inclusive serve para todas as taxas — a Nota 1, e a taxa permanece. Então, não sei que vitória seria essa. Não sei como nós podemos somar esses votos. Eu já tinha antecipado a minha visão, senhor presidente, porque eu partia do pressuposto errado de que os dois ou três desembargadores que não se encontram presentes estariam na condição de licenciados. Vou pedir a mais respeitosa vênia ao Des. Moreira Alves, porque esta Corte já aplicou dispositivo em que essa expressão *licenciado* é tomada não no sentido propriamente restrito, porque ele considera a pessoa que está de férias, ele considera outros, mas não a pessoa que, podendo votar, por qualquer razão não se encontra aqui. E, por fim, o seguinte: a cláusula penal do art. 97 da Constituição exige um *quorum* qualificado para proteger a constitucionalidade da lei, não é o contrário. Não tenho a menor dúvida de que esse dispositivo do nosso regimento é inconstitucional, porque ele inverteu a presunção de constitucionalidade exigindo que, a ferro e fogo, eu convoque todo mundo que possa, de alguma maneira, vir à Corte pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade da lei. Se a Corte tem *quorum* para deliberar? Porque só vejo essa possibilidade, senhor presidente, de ter que suspender o julgamento para esperar desembargador. Não tem *quorum* para deliberar? Não tem *quorum* para um *quorum*, está certo? Ou

não tem como funcionar, de qualquer jeito. Fora isso, o *quorum* que se quer proteger é o *quorum* da constitucionalidade da lei, e não o contrário. Então, somos todas essas razões. Se tivesse desembargador aqui licenciado, de férias. Não. Os desembargadores que se encontram ausentes, pelo que entendi, certamente, de forma motivada, não puderam comparecer, mas estão completamente habilitados a pronunciar o seu voto, e, se não o fizeram, não se enquadram na condição. Não consigo tirar a leitura, percebi bem os pressupostos de sua excelência, o Des. Moreira Alves, e mais, volto a repetir, não sei do que uma vitória como essa serviria às partes. Não posso acompanhar, infelizmente, então não teria qualquer dificuldade, acho que não é o caso de suspender, é de proclamar o resultado.

## Voto-Vogal sobre a Questão de Ordem

*O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova: —* Voto pela rejeição do incidente, considerando a constitucionalidade do tributo e lembrando que o incidente é de inconstitucionalidade e não de constitucionalidade.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: —* Aqui, a questão de ordem se refere ao art. 50; ou se aplica ou não se aplica o § 5º do art. 355.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova: —* Não é para suspender.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: —* Com relação à constitucionalidade, vossa excelência votou pela constitucionalidade?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova: —* Constitucionalidade.

## Corte Especial

### Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0077386-87.2013.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Presidente  
 Requerente: Fazenda Nacional  
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
 Requerido: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Viçosa – MG  
 Autor: American Blend Importação Exportação Indústria Comércio de Tabacos Ltda.  
 Advogados: Dr. Alessandro Mendes Cardoso e outros  
 Agravante: American Blend Importação Exportação Indústria Comércio de Tabacos Ltda.  
 Publicação: e-DJF1 de 04/08/2014, p. 13

## Ementa

*Agravo regimental. Suspensão. Antecipação de tutela. Fábrica de cigarros. Registro especial. Cancelamento. Ato administrativo. Irregularidade fiscal. Previsão legal. Agravo desprovido.*

I. As alegações da agravante não são suficientes para infirmar ou ilidir as razões que fundamentaram a decisão ora agravada.

II. A decisão colegiada no agravo de instrumento interposto contra a tutela antecipada, embora não interfira na efetividade da decisão suspensiva proferida com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, refuta os argumentos da agravante voltados à juridicidade da decisão de primeira instância, conferindo maior respaldo aos fundamentos da decisão impugnada.

III. A teor do art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/1977, para o cancelamento do registro especial concedido aos fabricantes de cigarros basta o “não cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal”.

IV. Estando comprovada a irregularidade fiscal, o ato administrativo questionado afigura-se legítimo. Adimplidas as obrigações tributárias, nada impede que a agravante obtenha novo registro especial.

V. Agravo regimental desprovido.

## Acórdão

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

Corte Especial do TRF 1ª Região – 03/07/2014.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, presidente.

### Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Cândido Ribeiro*: — Trata-se de agravo regimental interposto pela American Blend Importação Exportação Indústria e Comércio de Tabacos Ltda. contra decisão proferida pelo então Presidente desta Corte, Des. Federal Mário César Ribeiro, que, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, *suspendeu* a execução da tutela antecipada concedida pelo MM. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Viçosa/MG, nos autos da Ação Ordinária 0003964-56.2013.4.01.3823/MG, afastando a eficácia do Ato Declaratório Executivo Cofins 86, de 11/11/2013, por meio do qual o registro especial da ora agravante foi cancelado, autorizando-a a voltar a executar sua atividade de fabricante de cigarros, bem como para reativar o registro dos produtos por ela industrializados, junto à Anvisa.

Sustenta a agravante que a decisão merece reforma “já que não apresenta a melhor solução jurídica para o caso, tendo em vista os parâmetros interpretativos já fixados pelo STF” e deste TRF, além de trazer

[...] *consequências graves e deletérias tanto à ordem social (inviabilidade na manutenção dos empregos diretos gerados pela Recorrente e prejuízos econômicos para toda a região na qual se encontra estabelecida) e também ao próprio interesse público (por dificultar o adimplemento dos créditos tributários e a geração nova de riqueza) [...] (fl. 755).*

Afirma que todas as ações praticadas com vistas à regularização de suas obrigações tributárias não foram consideradas na decisão agravada, tendo comprovado a ilegalidade e abusividade do ato de cancelamento do seu registro especial de fabricante de cigarros.

Assevera que a situação dos precedentes citados na decisão impugnada são totalmente diferentes da situação específica da agravante; que “a intenção da empresa nunca foi de manter a sua atividade por força de liminares, sem o recolhimento dos tributos” (fl. 759) e que no momento da prolação da decisão de 1º Grau não havia nenhum débito decorrente da lavratura de auto de infração ou inscrito em dívida ativa.

Argumenta que é patente o esforço da agravante para “regularizar a sua situação, sem, contudo, abrir

mão do direito de recolher apenas o que é legalmente devido” (fl. 760).

No mais, repisa os argumentos já apresentados na contestação ao requerimento da suspensão.

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Cândido Ribeiro*: — A decisão ora impugnada está vasada *in verbis*:

A União (Fazenda Nacional) requer a suspensão da antecipação dos efeitos da tutela concedida, em 09/12/2013, pelo MM. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Viçosa/MG, nos autos da Ação Ordinária 3964-56.2013.4.01.3823/MG, nos seguintes termos, que destaco:

[...] verifico que há prova inequívoca da indevida intervenção na atividade econômica da autora, verossimilhança dos argumentos no sentido da ilegalidade da penalidade imposta pelo Fisco Federal e risco de danos irreparáveis, pois o cancelamento do registro de fabricante de cigarros obsta o desenvolvimento das atividades empresariais; por outro lado, a tutela acautelatória aqui almejada é perfeitamente reversível, bastando que este juízo se convença da inconveniência da sua manutenção. Nesse contexto, *defiro parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela*, para a) suspender a eficácia do Ato Declaratório Executivo Cofins n. 86, de 11/11/2013, autorizando a autora a imediatamente (sic) a voltar a executar a sua atividade de fabricante de cigarros; b) reativar o registro na ANVISA dos produtos industrializados pela autora.

Diante da confissão da existência de uma dívida confessada na peça inicial no montante de R\$ 1.191.040,79, que ainda não foi paga ou parcelada, *estabeleço uma contracautela* em favor da União, a saber, o depósito judicial mensal e sucessivo de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais) correspondentes a aproximadamente 1/50 (um cinquenta avos) da dívida, a ser realizado até o dia 20 (vinte) de cada

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes, Carlos Moreira Alves, Daniel Paes Ribeiro, Maria do Carmo Cardoso, Neuza Alves, Ângela Catão, Novély Villanova, Jirair Aram Meguerian, Mário César Ribeiro, José Amílcar Machado, Reynaldo Fonseca, Mônica Sifuentes e Néviton Guedes.

mês, a partir de 20/01/2014; os depósitos deverão ser realizados em cada um dos próximos 50 (cinquenta) meses, sob pena de ser decretada a revogação da presente medida.

*Alega a Fazenda Nacional que o cancelamento do registro especial da American Blend, de que trata o Ato Declaratório Executivo COFIS 86, de 11/11/2013, decorreu do “manifesto e reiterado descumprimento de diversas obrigações tributárias”. No entanto, na ação ordinária que tramita na primeira instância, alegou que o aludido cancelamento deu-se de modo ilegal, abusivo e desproporcional, “uma vez que a) o ato declaratório em comento teria sido fundamentado apenas em presunções; b) a falta de pagamento de tributos não pode ser alvo de sanções políticas; c) o Fisco teria à disposição outros mecanismos de cobrança de seus créditos, tornando desnecessário e desproporcional o fechamento de seu estabelecimento industrial; d) o cancelamento do seu registro acarreta prejuízos à ordem social (por supostamente impedir a manutenção de centenas de empregos diretos e indiretos) e ao interesse público, já que a proibição da atividade produtiva dificultaria a quitação dos débitos já reconhecidos pela empresa”.*

*Afirma que “um dos parcelamentos noticiados pela parte contrária, justamente aquele que abrigava o maior volume dos débitos da empresa (aproximadamente R\$ 40.000.000,00) já foi rescindido por falta de pagamento” (fl. 6 – grifos no original) e que “a empresa possui uma dívida plenamente exigível de aproximadamente R\$ 43.373.105,36 (quarenta e três milhões e trezentos e setenta e três mil cento e cinco reais e trinta e seis centavos), o que comprova cabalmente a ausência de sua regularidade fiscal” (fl. 7 – grifos no original).*

*Assevera que o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.120.295/SP, submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, sufragou o entendimento de que a confissão de dívida através da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) “é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado” (fl. 7 – grifos no original).*

*Sustenta que a distinção entre os conceitos de prova de regularidade fiscal e a prática reiterada de não cumprimento de obrigação tributária, insculpida de maneira clara no art. 2º do Decreto-Lei 1.593/77<sup>2</sup>,*

*como hipótese de cancelamento do Registro Especial, possibilita a atuação rápida da Receita Federal, evitando que fabricantes de cigarros “fiquem anos ou mesmo décadas sonogando os tributos devidos e acumulando um passivo tributário que, quase sempre, ultrapassa até mesmo o seu patrimônio líquido, tornando-se inviável para execução fiscal por parte da Fazenda Nacional” (fl. 8)*

*Afiança que a legislação “voltou-se em prol do objetivo maior de um controle estrito e rigoroso sobre a fabricação de cigarros, a revelar a preservação do interesse público no que envolvida questão não apenas econômica, mas, em última análise, como já se disse, de saúde pública (uma das conseqüências previsíveis do descontrole na fabricação de cigarros é a exposição do consumidor final a um produto de qualidade inferior, a ocasionar possíveis problemas à saúde, além daqueles já comprovados como derivados do tabagismo)” (fl. 8).*

*Sustenta, ainda, que a decisão em causa provoca:*

*a) Grave ameaça à economia pública, uma vez que a inadimplência da empresa interessada (o passivo tributário da empresa supera impressionantes R\$ 60.000.000,00) decorre de opção deliberada de não pagar tributos, acarretando prejuízos econômicos diários tanto à União, por deixar de receber tributos da empresa sonogadora, quanto à ordem econômica, uma vez que gera uma nitida concorrência desleal no mercado em que atua em comparação com as demais empresas que arcam com elevadíssima carga tributária;*

*b) grave ameaça à ordem pública, pois o funcionamento da empresa interessada, que se nega a recolher tributos, em especial o IPI, cuja alíquota representa parte substancial do preço do cigarro, derruba toda a lógica da tributação extrafiscal proibitiva que é imposta pelo Estado, corrompendo toda a teleologia da norma que disciplina a questão (Decreto-Lei 1.593/1997);*

*c) grave ameaça à saúde pública, pois, com a chancela do Poder Judiciário ao ‘planejamento tributário’ da empresa interessada, que continuará a vender seus produtos com a ausência de pagamento de IPI, o cigarro vai ao mercado com um preço muito menor, o que serve de estímulo para seu consumo,*

<sup>2</sup> Art. 2º. O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão ocorrer um dos seguintes fatos (redação dada pela MP n. 2.158-35, de 2001)

[...]

II – não cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal;

[...]

§ 1º Para fins de aplicação do disposto no inciso II do caput, deverão ser considerados as seguintes práticas reiteradas por parte da pessoa jurídica detentora do registro especial:

I – comercialização de cigarros sem a emissão de nota fiscal;

II – não recolhimento ou recolhimento de tributos menor que o devido;

III – Omissão ou erro nas declarações de informações exigidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 2º na ocorrência das hipóteses mencionadas nos incisos I e II do caput deste artigo, a empresa será intimada a regularizar sua situação fiscal ou a apresentar os esclarecimentos e provas cabíveis no prazo de dez dias.

[...]

§ 10. Para fins do disposto no § 1º, considera-se prática reiterada a reincidência das hipóteses ali elencadas, independentemente de ordem ou cumulatividade.



acarretando sérios prejuízos à sociedade como um todo.

Ressalta que, na SLAT 57014-54.2012.4.01.0000/DF, a Corte Especial deste Tribunal, em caso idêntico, acolheu a pretensão da Fazenda Nacional.

*Depois de conclusos os autos, a American Blend Importação, Exportação, Indústria e Comércio de Tabacos Ltda. trouxe sua manifestação espontânea, segundo ela, “em face dos fatos e argumentos distorcidos apresentados pela União Federal (Fazenda Nacional)” (fl. 556), afirmando que ajuizou a aludida ação ordinária, comprovando a ilegalidade e abusividade do cancelamento do seu registro especial de fabricante de cigarros, assim consubstanciadas:*

a) vícios no procedimento adotado pelo fisco, uma vez que se valeu de presunções para arbitrar pretensos débitos fiscais, com base exclusivamente na contagem de cigarros produzidos, não garantindo o seu direito de defesa, seja por não analisar os argumentos que apresentou, seja por não ter efetuado a constituição dos créditos tributários que entende devidos, mediante lavratura de auto de infração;

b) utilização de sanção política — impedimento ao livre exercício da atividade econômica — de forma desproporcional, tendo em vista o contexto do caso concreto e o procedimento de regularização tributária que já vinha sendo implementada;

c) o fisco tem a sua disposição outros mecanismos legais de cobrança de seus débitos, como a execução fiscal e a cautelar fiscal, sendo desnecessário e desproporcional o fechamento do estabelecimento industrial;

d) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece o caráter excepcional e extremamente gravoso do cancelamento do registro de fabricante de cigarros;

e) os prejuízos injustamente gravosos à ordem social, como impedimento da manutenção de centenas de empregos diretos e indiretos, que provocará um impacto negativo na região na qual está instalada a empresa, e ao próprio interesse público, já que a proibição da manutenção da atividade produtiva dificultará ao extremo, ou mesmo impedirá, a quitação dos débitos já reconhecidos como devidos pela American Blend Importação, Exportação, Indústria e Comércio de Tabacos Ltda.

Com relação à sua exclusão do parcelamento, em que foram incluídos os débitos tributários no montante de R\$ 43.373.105,36, assevera que o argumento deve ser corretamente avaliado em face da situação concreta, não podendo tal exclusão ser considerada como prova peremptória da sua irregularidade fiscal.

Assevera, em relação a esse fato, que, devido ao fechamento do seu estabelecimento industrial, bem como o lacre de suas máquinas e estoque, ficou inoperante por semanas e, portanto, sem receita

financeira necessária ao cumprimento de todos os seus compromissos, aí incluídas as obrigações trabalhistas, que foram priorizadas.

Sustenta que pretende regularizar seu débito fiscal, inclusive apresentando o imóvel do seu estabelecimento, como forma de garantir e viabilizar um novo parcelamento, e que já “apresentou junto à Receita Federal requerimento de que lhe seja fornecido o valor para pagamento da primeira parcela do parcelamento da COFINS, que será no valor de 10% da totalidade dos seus débitos” (fl. 563/564).

Em 04/02/2014, a Fazenda Nacional vem novamente aos autos para expor que houve rescisão do parcelamento que abrigava o maior volume dos débitos da empresa interessada (aproximadamente R\$ 40.000.000,00; que em curto lapso temporal, em vez “de se observar uma situação de regularização fiscal, os débitos plenamente exigíveis em desfavor da empresa interessada apenas aumentam” (fl. 673); que o parcelamento referente ao IPI objeto do processo 13643.720085/2013-55 foi rescindido em 13/12/2013 por inadimplência; que além dos débitos de IPI a requerida possui ainda 2 (dois) débitos de igual natureza, devidamente confessados por meio de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) e não pagos, referentes às competências de 05/2013 e 08/2013, que não foram objeto de parcelamento e cujo valor original é de R\$ 1.584.739,71 (um milhão, quinhentos e oitenta e quatro, mil, Setecentos e trinta e nove reais e setenta e um centavos); que em 24/12/2013 foi rescindido parcelamento da COFINS da requerida, referente ao processo administrativo 13643.720084/2013-19 (em relação ao qual há pedido de parcelamento ainda pendente de análise), também motivado por inadimplemento de três parcelas vencidas em 30/09/2013, 31/10/2013 e 29/11/2013, e, no mesmo processo, há parcelamento de PIS, atualmente com duas parcelas em atraso; que a empresa possui ainda os seguintes processos com parcelamento em atraso na Receita Federal: 10640.401506/2013-83 (PIS); 10640.401838/2013-68 (PIS e COFINS); 10640.401702/2013-58 (COFINS); e 10640.401531/2013-67 (COFINS); que além desses, a American Blend possui 31 (trinta e um) débitos abertos em cobrança sem exigibilidade suspensa, no valor consolidado nesta data de R\$ 19.568.580,15, relativos à PIS, COFINS e IRRF; 27 (vinte e sete) débitos de COFINS no valor total de R\$ 19.272.923,54 dos quais 23 (vinte e três) relativos ao processo 10640.724500/2013-81 em que foi pedido o parcelamento e outros 4 (quatro) débitos de COFINS confessados em DCTF, referentes a 05/2013, 08/2013, 09/2013 e 10/2013, que não foram objeto de pedido de parcelamento, no valor original de R\$ 2.285.252,23; 1 (um) débito de PIS confessado em DCTF referente a 10/2013 no valor de R\$ 221.471,93; e 3 (três) débitos de IRRF confessados em DCTF referentes a 09/2013, 10/2013 e 11/2013, no valor original de R\$ 24.043,45.

Ressalta, ainda, que, mediante autorização judicial exarada pelo M. Juiz a quo, a empresa

permanece em operação mediante o pagamento mensal de 0,04% do total em aberto, tendo “produzido em dezembro de 2013 mais de 1.000.000 (um milhão) de carteiras de cigarro e mais de 1.500.000 (um milhão e meio) de carteiras em janeiro de 2014, em absoluta concretização de todos os danos já noticiados na inicial fazendária” (fl. 675).

A American Blend, contra argumentando, alega que o débito relativamente ao IPI apurado nas competências de 05/2013 e 08/2013 é de R\$ 1.171.539,71 e não de R\$ 1.584.739,71 como afirmou a Fazenda Nacional; que o débito de R\$ 1.162.077,75, foi objeto da contracautela instituído pelo magistrado de primeira instância, em que determinou a realização, até o 20º dia de cada mês, de depósito judicial de 50 (cinquenta) parcelas de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais) sendo que a primeira parcela já foi depositada; que o débito referente a competência 08/2013, de R\$ 9.461,96, foi recolhido em 28/10/2013; que os débitos declarados em DCTF (IRRF), competência de 09/2013, 10/2013 e 11/2013, foram recolhidos; que já regularizou os parcelamentos atrasados relativamente aos processos 10640.401702/2013-58, 10640.401838/2013-68, 10640.401506/2013-83 e 10640.401531/2013-67; e que pediu parcelamento dos débitos relativos à DCTF, competência 05/2013, 08/2013, 09/2013, 10/2013 (COFINS e PIS).

*Pois bem, feitos esses relatos, cumpre inicialmente consignar que, de fato, situação semelhante, relativamente ao cancelamento de registro especial para fabricação de cigarros, foi recentemente submetida à apreciação da Corte Especial Judicial deste Tribunal. Com efeito, em 19/09/2012 a Fazenda Nacional requereu a suspensão da decisão proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que determinara a suspensão dos efeitos do Ato Declaratório Executivo COFIS 33, de 31/03/2012, que, por sua vez, cancelara o registro especial concedida à CIA. Sulamericana de Tabacos.*

*O pedido de suspensão no Processo 57014-54.2012.4.01.0000/DF, em razão do meu impedimento declarado, foi apreciado pelo Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Vice-Presidente desta Corte, que, não obstante os argumentos da Fazenda Nacional, indeferiu o pedido de suspensão ao entendimento, em síntese, de que não estavam satisfeitos os requisitos exigidos para a suspensão da decisão de primeira instância.*

Segundo o Vice-Presidente, a inadimplência da Cia Sulamericana de Tabacos não configura, por si só, sonegação contumaz de tributos; o requerimento de parcelamento de débitos demonstram que a empresa pretendia regularizar a situação tributária; o funcionamento da empresa não configura ameaça à ordem pública e à saúde pública pela venda de seus produtos, pois, embora sabidamente prejudiciais à saúde, a retirada do mercado dos cigarros fabricados por uma empresa em nada modificará a situação; e

a decisão a quo fora proferida depois da oitava da União e fundamentada em sólidos argumentos.

Interposto agravo regimental, a Corte Especial Judicial finalizou o seu julgamento em 20/06/2013, que, por maioria de votos, deu-lhe provimento, nos termos do voto-vista da Desembargadora Selene Maria de Almeida, vencido, o relator que mantinha a decisão agravada.

Para melhor compreensão, transcrevo os seguintes escólios do aludido voto vencedor:

(... omissis...)

Este país tem uma política pública de restrição ao consumo de produtos derivados do tabaco e implementa tal propósito, dentre outros meios, pelo crescente aumento da carga tributária incidente sobre a fabricação de cigarros. A carga tributária do cigarro implica em cerca de 65% do preço do maço de cigarro pago pelo consumidor. É por isso que se diz que a tributação da produção de cigarro é caracterizada pela extrafiscalidade.

Se determinado agente econômico sonega tributo e vende mais produtos por preço inferior ao de mercado, exerce uma concorrência ilícita com os demais agentes que cumprem com suas obrigações com o Fisco e vende seus produtos por um preço maior. A empresa que sonega leva vantagem sobre seus concorrentes.

Por causa da sonegação o Estado aumenta ainda mais a carga de tributação para compensar a sonegação. Trata-se de um círculo vicioso em que outros setores, e não apenas o mercado, são prejudicados.

Temos em vigor o Decreto-lei 1.593/77 que estabelece que, após o processo legal administrativo, a Receita Federal pode cancelar o registro especial conferido aos fabricantes de cigarro, caso se constate o descumprimento reiterado de obrigação tributária, prática de conluio, fraude, crime contra a ordem tributária, etc. (Grifei.)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Cautelar 1.657/07/RJ, na qual a fabricante de cigarros *American Virginia* pretendia restabelecer seu registro especial de fabricante, sob a alegação de que sua revogação teria natureza de sanção política, constatou a existência de *dívida tributária de mais de 2 (dois) bilhões de reais e prática reiterada de sonegação fiscal*, entendeu que a cassação do registro pela Receita Federal não violava a Constituição.

(... omissis...)

A decisão de primeiro grau *não apreciou a questão no aspecto da regularidade fiscal quanto aos débitos cujas exigibilidades não estão suspensas por parcelamento e que a empresa agravada não cumpre a obrigação principal em relação aos produtos que comercializa*. Isto quer dizer que *além dos débitos incluídos no parcelamento da Lei 11.941/2009, há outros que mostram a irregularidade fiscal da empresa e justificam o cancelamento de seu*

registro. A decisão monocrática nada disse sobre as inscrições 70.3.09.000206-60, 70.3.10.000143-10, 70.3.10.000145-81 e 70.3.11.000213-93. A decisão de primeiro grau considerou apenas uma parte dos débitos da empresa para considerar que haveria regularidade fiscal. (Grifei.)

Conforme já foi dito, a dívida consolidada da empresa é de R\$ 401.835.751,33 dos quais R\$ 238.939.529,32 estão com exigibilidade ativa. A agravada também deve ao PIS e a COFINS que não estão com a exigibilidade suspensa em relação ao período de apuração de dezembro de 2011, no valor de mais de R\$ 800.000,00. (Grifei.)

O art. 2º, incisos I e II do Decreto-lei 1.593/77 prevê duas hipóteses para o cancelamento do registro especial, como se lê a seguir:

“Art. 2º O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:

I – desatendimento dos requisitos que condicionaram a concessão do registro;

II – não cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal.”

Com a nova redação do art. 2º, §§ 1º e 10 do Decreto-lei 1.509/77 dada pela Lei 12.715/2012 a questão do não cumprimento de obrigação tributária ou acessória relativa a tributo ou contribuição administrada pela Secretaria da Receita Federal ficou estabelecido que deverão ser consideradas como práticas reiteradas por parte de pessoa jurídica detentora de registro especial o não recolhimento de tributos a menor que o devido, omissão ou erro nas declarações de informações exigidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Considera-se reiterada a reincidência de não recolhimento de tributo ou tributo recolhido a menor independentemente da ordem ou cumulatividade. (Grifei.)

Se a empresa agravada é possuidora de débitos na Receita Federal e na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional sem suspensão de exigibilidade tem-se situação de reiterada inadimplência que deu causa ao cancelamento do registro especial de fabricante de cigarros, porque houve opção da empresa de não incluir todos os seus débitos no parcelamento. (Grifei.)

(...omissis...)

O regime especial de funcionamento dos fabricantes de cigarro tem o propósito de diminuir o estímulo de consumo de tabaco em larga escala pois além dos problemas nocivos à saúde acarreta altos custos sociais que são suportados por todos os contribuintes, inclusive os não fumantes.

Correta a Fazenda Nacional quando afirma que “Se a entidade empresarial e os consumidores do produto não arcarem, por meio de pagamento de tributos, com os custos sociais que envolvem o consumo coletivo de tabaco, essa atividade que

antes era indesejável passa a se tornar intolerável, não merecendo mais respaldo por parte do Estado.

A agravante regimental anota que segundo dados recolhidos no estudo de economista da Fundação Oswaldo Cruz, Márcia Pinto, em 2005, o cigarro provoca um prejuízo anual para o Sistema Público de saúde de pelo menos 338 milhões e segundo o Ministério da Saúde, o poder público gasta com o tratamento de fumantes duas vezes mais do que arrecada com os impostos do cigarro, sem contar com os prejuízos de empresas privadas por problemas da concorrência.

Em conclusão, a tributação de atividade econômica apenas tolerada pela lei, como a produção de cigarro, deve repassar os custos sociais para as empresas fabricantes e para os consumidores desse produto. Sem a tributação toda a sociedade arcará com o custo de saúde e tratamentos caros em detrimento de outras necessidades relevantes. (Grifei.)

Se a União tem sua arrecadação diminuída e tem que suportar altos custos do sistema público de saúde com tratamento para os males do tabaco resta evidente que há uma lesão à ordem pública. (Grifei.)

Por fim, volto ao problema da violação ao princípio da livre concorrência já mencionado o início deste voto vista, pois se a empresa fabricante de cigarro não tem a carga tributária elevada, pode comercializar seus produtos com custo menor do que a dos seus concorrentes. Trata-se de uma situação de dumping, conforme definido pelo Direito Antitruste. Neste aspecto, a cassação do registro especial decorrente do inadimplemento de obrigações tributárias observa também o princípio da livre concorrência.

Em síntese, a existência do regime especial para a fabricação de cigarro e a necessidade de estar adimplente fiscal para a sua manutenção, nos termos do Decreto-lei nº 1.593/77 dão ensejo a cassação do registro especial necessário para o exercício da peculiar atividade de fabricação de cigarro.

Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão requerido pela Fazenda Nacional e mantenho o ato que cassou o registro especial de funcionamento da agravada.

Além desse precedente, há de se registrar que, segundo artigo publicado no Informativo 707/STF, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 550769 finalizado em 22/05/2013, (ainda não há inteiro teor do acórdão disponível na página da internet), decidiu que a cassação de registro especial para a fabricação e comercialização de cigarros, em virtude de descumprimento de obrigações tributárias por parte da empresa, observadas algumas salvaguardas constitucionais, não constitui sanção política. Destaco, para maior esclarecimento, os termos do mencionado informativo sobre a questão:

[...] Preponderou o voto do Min. Joaquim Barbosa, relator e Presidente. Salientou, inicialmente, precedentes da Corte no sentido da proibição constitucional às sanções políticas. Asseverou que

essa orientação não serviria, entretanto, de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não haveria falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica combatessem estruturas empresariais que se utilizam da inadimplência tributária para obter maior vantagem concorrencial. Assim, para ser reputada inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deveria ser desproporcional. Aduziu que a solução da controvérsia seria, no entanto, mais sutil do que o mero reconhecimento do art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/77 como sanção política ou como salvaguarda da saúde pública e do equilíbrio concorrencial. A questão de fundo consistiria em saber se a interpretação específica adotada pelas autoridades fiscais, no caso concreto, caracterizaria sanção política, dada a ambigüidade do texto normativo em questão. Assim, a norma extraída a partir da exegese do aludido dispositivo legal seria inconstitucional se atentasse contra um dos três parâmetros constitucionais: 1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implicaria a restrição ao funcionamento da empresa; 2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; 3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle de validade dos créditos tributários cujo inadimplemento importaria na cassação do registro especial. Julgou atendidas essas três salvaguardas constitucionais, e concluiu que a interpretação dada pela Secretaria da Receita Federal não reduziria a norma ao status de sanção política.

[...]

Ressaltou que seriam relevantes tanto o montante dos créditos cuja compensação não fora homologada quanto o montante total do débito tributário atribuído à empresa. Além disso, o risco à efetividade da tutela jurisdicional relativa à cassação do registro especial, existente por ocasião do julgamento da AC 1657 MC/SP (DJU de 11.5.2007), enfraqueceria com o julgamento de mérito da questão, já que, realizado o controle de constitucionalidade incidental da norma, não haveria mais expectativa juridicamente importante de reversão da penalidade. Ademais, não estaria demonstrado o risco à efetividade da tutela jurisdicional, no tocante ao controle de validade dos créditos tributários cujo inadimplemento levaria à cassação do registro especial. Considerou, ainda, ausente a plausibilidade da tese que defenderia a possibilidade de compensação de créditos referentes às antigas obrigações do Estado, cujos títulos teriam sido denominados “moeda podre”, em virtude de sua duvidosa liquidez e de restrições postas pela legislação ordinária. Enfatizou pesarem, também alegações graves contra a recorrente. Diante do contexto excepcional, a parte deveria ter demonstrado com precisão os motivos que teriam conduzido à sistemática e reiterada inobservância das normas de tributação. Não bastaria apontar

a inconstitucionalidade absoluta do dispositivo analisado. Por fim, reputar que a assertiva imprecisa da existência de discussão sobre o sistema de tributação da indústria do cigarro com o IPI, fundada na suposta inconstitucionalidade da tributação via pautas de preços fixos, não teria sido parte do quadro apresentado ao tribunal de origem. O argumento não poderia ser usado para confirmar a plausibilidade da tese de violação do direito ao livre exercício de atividade econômica lícita.

*Embora os precedentes supramencionados tratem da mesma matéria — cancelamento de registro especial para fabricação e comercialização de cigarros —, o pedido de suspensão deve ser examinado à luz do caso concreto apresentado. Com efeito, a questão não retrata matéria eminentemente de direito, relativamente à legalidade da norma que possibilita o cancelamento do registro especial para fabricação de cigarros — disso não se tem dúvida, em vista da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 550.769 (informativo 707) — mas, substancialmente, de prova, consubstanciado na demonstração de que a pessoa jurídica, detentora do registro especial, pratica reiteradamente a comercialização de cigarros sem a emissão de nota fiscal, não recolhe ou recolhe o tributo a menor que o devido, sendo certo, que na ocorrência dessas hipóteses, a empresa será intimada a regularizar sua situação ou apresentar os esclarecimentos e provas cabíveis (art. 2º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei 1.593/77).*

E não é só. À luz da norma que rege a matéria e frente ao que decidiu o Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário analisar se o ato administrativo é desproporcional, tomando por premissa, as salvaguardas enumeradas pelo Ministro Joaquim Barbosa em seu voto, quais sejam:

1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implicaria a restrição ao funcionamento da empresa; 2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; 3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle de validade dos créditos tributários cujo inadimplemento importaria na cassação do registro especial.

Por certo que no pedido de suspensão previsto no art. 4º da Lei 8.437/1992 e no art. 15 da Lei 12.016/2009, por ser vedado o exame aprofundado das questões de fundo, há que se levar em consideração, fundamentalmente, os argumentos do autor da ação principal, a decisão impugnada e as alegações da requerente da suspensão, a fim de, sopesando os argumentos e as provas constantes dos autos, averiguar se estão presentes os requisitos necessários à suspensão pretendida.

É certo que não se pode descartar as consequências advindas do cancelamento do registro especial da requerida, por isso que em jogo inúmeros empregos diretos e indiretos.



Assim, em relação à tutela antecipada ora vergastada, importante transcrever os seus fundamentos, para que possam ser sopesados com os argumentos da requerente e a retórica da requerida.

[...]

O cancelamento se pautou em infrações apuradas no processo administrativo n. 10640.720297/2013-74, especificadas na Informação Fiscal emitida também no dia 11/11/2013 (documento '09' anexo à peça inicial, que identifica tanto 'desatendimento dos requisitos que condicionaram a concessão do registro' quanto o 'não cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória', como causas suficientes para o cancelamento preconizado pelo art. 2º do Decreto-lei 1.593, de 21/11/1997.

A Informação Fiscal esclarece que a empresa foi comunicada no dia 27/02/2013 sobre a existência de irregularidades fiscais, a saber: a) o não recolhimento do IPI, que foi estimado em R\$ 45,1 milhões a partir da produção final controlada pelo Sistema de Controle e Rastreamento da Produção de Cigarros (SCORPIOS) no período de 2010 a 2012; o não recolhimento da contribuição para o PIS/COFINS estimada em 10,2 milhões no mesmo período; b) omissão de dados nas declarações – DCTF'S – de tributos federais do mesmo período. (Grifei.)

Entretanto, independentemente do recebimento de qualquer notificação fiscal, o contribuinte havia detectado a irregularidade e providenciado a retificação das DCTF's nos dias 22/02/2013, 24/02/2013 e 25/02/2013. Além de promover o acerto das declarações, a empresa confessou e parcelou as dívidas afetas ao IPI, PIS e COFINS do período 2010 a 2012, através dos processos administrativos 13643.720084/2013-19 e 13643.720085/2013.55, em valores consolidados que atingiam R\$ 41.040.082,80, R\$ 4.376.043,60, R\$ 17.223.748,20, respectivamente.

A autoridade fazendária afirma que a retificação das declarações e o parcelamento não constituem prova de regularidade 'por não representar efetiva arrecadação à Fazenda Nacional', fls. 146. Nada mais equivocado. O parcelamento reclamado pela empresa foi deferido pela Receita Federal do Brasil por atender às exigências legais e se trata incontestavelmente de uma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a teor do disposto no art. 151, VI, do Código Tributário Nacional – CTN, não prosperando quaisquer divagações das autoridades fiscais em sentido contrário. Vale lembrar que os contribuintes nessa condição têm direito à certidão de regularidade fiscal, conforme preconiza o art. 206 do referido catálogo normativo.

Não impressionam os argumentos finais da Informação Fiscal, particularmente aqueles relativos à existência de duas parcelas inadimplidas, pois ainda não há notícias de rescisão; pelo contrário,

os parcelamentos continuam a figurar no Sistema de Parcelamento de Débitos SIPADE, fls. 150.

Por outro lado, a mesma Informação Fiscal denuncia 'diversos períodos com emissão de declaração do IPI devido – outubro a dezembro de 2010; agosto a dezembro de 2012 e janeiro a julho de 2013 — apesar da, ressalta-se, produção contínua de cigarros da empresa em questão — conforme registros do Sistema SPCORPIOS', fls. 146. As assertivas são ilustradas por 4 (quatro) quadros elaborados pelo auditor fiscal. O primeiro deles especificando o número de notas emitidas e quantidade de cigarros comercializados, fls. 147, in fine, ao passo que o segundo, a produção de cigarros apuradas através do Sistema SCORPIOS e o quantitativo estampado em notas fiscais eletrônicas, fls. 148. O terceiro e o quarto levantamentos quantificam dívidas remanescentes de IPI de R\$ 21.267.348,38 e de PIS/COFINS de R\$ 49.632,87, fls. 148 in fine/149.

A autoridade fiscal pauta seus levantamentos na produção de cigarros contabilizada através do sistema SCORPIOS, olvidando que o fato passível de deflagrar a incidência da regra tributária não é a produção de cigarros, mas a 'saída efetiva' do produto do estabelecimento industrial, conforme o art. 2º da Lei 4.502/64, com as alterações promovidas pelo Decreto-lei 34/66 e legislação posterior. Nessa mesma toada, a Receita Federal não observou que as normas que regulam o IPI estabelecem a 'não cumulatividade', expressamente esculpida no Inciso II do § 3º do art. 153 da Constituição Federal. Noto, ainda, que simplesmente foi ignorada na Informação Fiscal de 11/11/2013 parte da defesa apresentada pela autora em sede administrativa, que frisou a existência de uma grande venda em dezembro/2012 para entrega futura, competência em que teria sido realizado o recolhimento do IPI, que foi inadimplido pela autoridade fiscal nos meses iniciais de 2013; o confronto dessa omissão com o rigor da penalidade aplicada não disfarça a ocorrência de cerceamento de defesa e, pois, o art. 5º, LV, da Constituição Federal.

[...]

Volto a insistir: o cancelamento do registro especial de fabricante de cigarros ocorreu sem a identificação sequer de um único crédito tributário efetivamente constituído pela Receita Federal de "outubro a dezembro de 2010; agosto a dezembro de 2012 e janeiro a julho de 2013", através do 'lançamento de ofício', nos moldes impostos pelo art. 147 do Código Tributário Nacional, que impõe a 'comprovação' pela autoridade fazendária da efetiva existência de fatos geradores [...].

Pois bem, primeiramente há que se registrar que o IPI e a COFINS são tributos sujeitos a lançamento por homologação, e salvo talvez algum lapso numérico em relação aos valores devidos pela requerida, não há notícia de cobrança de créditos tributários em discussão judicial no que se refere a existência ou não de fatos geradores.



Também não resta dúvida alguma de que a American Blend não vem cumprindo com suas obrigações tributárias, prova disso são os inúmeros processos administrativos existentes, parcelamentos rescindidos por inadimplemento, bem como lacunas de recolhimento de impostos desde 2010.

*Embora haja débitos já quitados que a requerente supostamente listou como inadimplido, não é menos verdade que alguns deles somente foram quitados depois do cancelamento da autorização (11/11/2013) ou do requerimento de suspensão (08/12/2013) e alguns deles regularizados, ainda, somente depois da última manifestação da Fazenda Nacional em 04/02/2014 (DARFs referentes aos períodos de apuração 30/09/2013, 31/10/2013 e 30/11/2013 pagos em 07/02/2014 - fls. 704, 705 e 706, respectivamente, bem como os parcelamentos relativos aos processos 10640-401506/2013, 10640-401702/2013 e 10640-401831/2013-67, em que já haviam computadas três parcelas em atraso, e 10640-401838/2013-90, com duas parcelas atrasadas; pagas todas elas no dia 07/02/2014 (docs. às fls. 708 a 724), ou seja, supostamente na tentativa de desconstituir as assertivas da Fazenda Nacional.*

Esse comportamento da requerida, longe de demonstrar sua intenção de regularizar sua situação fiscal, denota apenas que tudo faz apenas para manter sua atividade por força de liminares.

E não é só, consoante a própria requerente admite, seu status atualmente é de “DEVEDOR” (fl. 688) e, enquanto não for deferido o reparcelamento, solicitado em 07/01/2014, e não quitado ou parcelado os demais débitos (fls. 693-694), não se pode dizer que a American Blend Importação, Exportação, Indústria e Comércio de Tabacos Ltda. ostenta situação regular junto à Receita Federal.

Segundo o Decreto-Lei 1.593, de 21/12/1977, com redação dada pela Medida Provisória 2.158-35/2001, a fabricação de cigarros “será exercida exclusivamente pelas empresas que [...] mantiverem registro especial na Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda e estabelece:

[...]

§ 2º A concessão do registro especial dar-se-á por estabelecimento industrial e estará, também, na hipótese de produção, condicionada à instalação de contadores automáticos da quantidade produzida e, nos termos e condições a serem estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, à comprovação da regularidade fiscal por parte:

I – da pessoa jurídica requerente ou detentora do registro especial;

II de seus sócios, pessoas físicas, diretores, gerentes, administradores e procuradores;

III – das pessoas jurídicas controladora da pessoa jurídica referida no inciso I, bem assim de seus respectivos sócios, diretores, gerentes, administradores e procuradores.

[...]

Art. 2º O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:

I – desatendimento dos requisitos que condicionaram a concessão do registro;

II não cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da receita Federal;

[...]

Para os fins de aplicação no disposto no inciso II do caput, deverão ser consideradas as seguintes práticas reiteradas por parte da pessoa jurídica detentora do registro especial.

II – comercialização de cigarros sem a emissão de nota fiscal;

II – não recolhimento ou recolhimento de tributos menor do que o devido;

III – omissão ou erro nas declarações de informações exigidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 2º Na ocorrência das hipóteses mencionadas nos incisos I e II do caput deste artigo, a empresa será intimada a regularizar sua situação fiscal ou a apresentar os esclarecimentos e provas cabíveis, no prazo de dez dias.

§ 3º A autoridade concedente do registro decidirá sobre a procedência dos esclarecimentos e das provas apresentadas, expedindo ato declaratório cancelando o registro especial, no caso de improcedência ou falta de regularização da situação fiscal, dando ciência de sua decisão à empresa.

§ 4º Será igualmente expedido ato declaratório cancelando o registro especial se decorrido o prazo previsto no § 2º sem qualquer manifestação da parte interessada.

§ 5º Do ato que cancelar o registro especial caberá recurso ao Secretário da Receita Federal, sem efeito suspensivo, dentro de trinta dias, contados da data de sua publicação, sendo definitiva a decisão na esfera administrativa.

[...].

Em conclusão, de tudo quanto consta nos autos, depreende-se, em cognição sumária, que todos os requisitos para o cancelamento do registro especial foram preenchidos. A alegação de que alguns dos inadimplementos decorreram exatamente desse ato administrativo não impressiona, visto que os débitos tributários segundo o histórico dos autos dão conta de que o inadimplemento tributário vem ocorrendo sucessivamente ao longo dos anos, visto que, alguns pagamentos realizados agora (em 07/02/2014), referem-se ao exercício de 1980 (DARFs às fls. 709/711, 713/716, 718/ 720 e 723/724).

*Isso posto, demonstrada a existência de grave lesão à ordem pública, no seu viés administrativo,*

porquanto a decisão interfere, sem justa causa, nas atribuições do Poder Executivo, e à ordem econômica, tendo em vista o montante atualmente devido pela requerida à Fazenda Nacional, defiro o pedido de suspensão até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal (§ 9º do art. 4º da Lei 8.437/1992).

*Intimem-se. Publique-se.*

*Após os trâmites legais, não havendo recurso, arquivem-se os autos.*

*Brasília, 25 de fevereiro de 2014.*

O agravo é tempestivo.

As alegações da agravante não são suficientes para infirmar ou ilidir as razões que fundamentaram a decisão ora agravada.

Consigno, por relevante, que o mérito da decisão liminar de primeira instância já foi apreciada em recente julgamento da 7ª Turma deste Corte, ementada nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO — ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RESTABELECENDO REGISTRO ESPECIAL DE INDÚSTRIA FUMAGEIRA — EXISTÊNCIA DE DÉBITOS — PARCELAMENTO RESCINDIDO (INADIMPLIDO) — PARCELAMENTO (JUDICIAL) DA DÍVIDA CONCEDIDO — VEROSSIMILHANÇA AUSENTE — AGRAVO PROVIDO.

1. A indústria fumageira está sujeita a sistemática especial de fiscalização da sua produção, para fins de tributação, em razão da larga escala de unidades de cigarro fabricadas, que possuem pequenas dimensões e do acondicionamento desses em pequenos maços, além de alta agregação do valor em razão da tributação (cerca de 72% do valor do produto), para que afastada a possibilidade de sonegação fiscal.

2. O Registro Especial junto à Delegacia da Receita Federal, então, para que mais bem controlada, está condicionado (art. 2º do DI nº 1.593/1977, com redação da Lei nº 9.822, de 23/08/1999) à manutenção em dia do pagamento dos tributos em geral.

3. Essa imposição legal expressa, porque não contestada até hoje, não pode ser afastada em sede de superficial exame de antecipação de tutela, em juízo precário e perfunctório.

4. Em direito tributário, porque ramo do direito da legalidade estrita, o pagamento dos tributos na modalidade de parcelamento é favor fiscal que só a lei pode autorizar e mediante as condições que estabelecer, daí que inexistente, por não previsão legal, parcelamento "judicial", ainda mais quando regularmente rescindido, por inadimplência, parcelamento administrativo do débito.

5. Não cabe ao Judiciário, assim, conceder antecipação de tutela que resulte em parcelamento de débito em 50 meses e sem consectários legais.

6. A antecipação de tutela passa necessariamente pela existência concomitante dos

requisitos do art. 273 do CPC. Necessária, então, a ocorrência da verossimilhança da alegação e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, inexistente na hipótese.

7. Agravo de instrumento provido. (AI 0000592-88.2014.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, DJF1 de 21/03/2014.)

O julgado, embora não tenha o condão de interferir na efetividade da decisão suspensiva proferida com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, visto que os pressupostos da medida de contracautela ora em exame são distintos daqueles inerentes ao agravo de instrumento, acaba por refutar argumentos recursais da requerente, voltados à juridicidade da decisão de primeira instância, conferindo maior respaldo aos fundamentos da decisão impugnada.

Ressalto, ainda, que, a teor do art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/1977, para o cancelamento do registro especial concedido aos fabricantes de cigarros basta o "não cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal".

Estando comprovada a irregularidade fiscal da agravante, o ato administrativo questionado na ação principal, afigura-se-me legítimo, sendo certo que adimplidas as obrigações tributárias, nada impede que a agravante obtenha novo registro especial.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

## Voto-Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: —* Senhor presidente, essa questão já foi objeto de muita discussão nesta Corte há algum tempo e fiquei inclusive acho que vencido naquela oportunidade, porque a minha compreensão é a de que, se a Constituição traz um regime de livre iniciativa e, portanto, se uma empresa funciona gerando empregos, pagando impostos — e altos —, o Poder Público não tem legitimidade constitucional, digo, o Poder Executivo, para negar o registro de uma empresa, porque ela fabrica um produto que faz mal à saúde. Que ela feche a empresa, então, e emita uma lei proibindo a fabricação de cigarro. Mas enquanto estiver no regime de livre iniciativa, estas posições assim altamente alvissareiras, ou até mesmo moralistas, não podem se sobrepor ao regime constitucional. Mas eu só queria perguntar a vossa excelência se foi isso que o juiz determinou

ou não, porque eu fiquei em dúvida sobre o que está prevalecendo afinal.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — O que ele disse foi o seguinte: porque tem um ato do Fisco declaratório de irregularidade.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Então, vossa excelência está mantendo o ato do Fisco?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — O ato do Fisco, porque a empresa funciona sem pagar tributo nenhum o tempo todo.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Eu falei isso para compreender onde vossa excelência estava chegando.

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Des. Olindo, aqui é diferente. O juiz de primeira instância deu antecipação de tutela para anular o ato Cofins, que era uma questão de parcelamento, e aí permitiu o registro da empresa para fabrico de tabacos. Foi suspenso aqui. No agravo, a 7ª Turma também suspendeu o ato do juiz, desconstituiu. Tudo isso ainda em sede de antecipação de tutela, o que eu estou verificando aqui.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — E a empresa obteve o parcelamento e não cumpriu em momento algum.

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — E ela está sem registro. Ela não pode ter o registro, porque não tem a certidão, é por isso.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Presidente, tudo isso entendi. Só queria saber o seguinte: a decisão de vossa excelência, afinal, impede que a empresa funcione?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Impede.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Então, divirjo de vossa excelência.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Eu mantenho a decisão.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — vossa excelência dá provimento, não é isso?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Nego, porque ela está pretendendo funcionar irregularmente, sem pagar tributo.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — *Data venia*, dou provimento, por todas essas razões que já alinhabei aqui rapidamente e que já foram aqui reproduzidas, com muita largueza, em julgamentos anteriores, onde, por exemplo, os Des. Souza Prudente

e Selene discutiam com muita veemência essa questão. Mas prefiro ficar com a ordem jurídica, *data venia*.

## Voto-Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Senhor presidente, como salientou o eminente Des. Olindo, a questão é conhecida aqui na Corte. E eu, pedindo a mais respeitosa licença a vossa excelência e àqueles que entendem em contrário, vou acompanhar a divergência, dar provimento ao agravo regimental e, conseqüentemente, desconstituir essa decisão suspensiva, que agora não é mais da medida liminar, mas, do que eu depreendi, já de decisão de mérito.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Não, não há mérito. Houve a liminar, houve a suspensão, houve o agravo de instrumento, que foi provido pela Turma.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — O agravo de instrumento foi provido?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Foi, desconstituindo a decisão de 1º grau.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Na Turma?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Na Turma.

[...]

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Se foi provido, então, desapareceu essa liminar.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Não, ela tinha desaparecido com a suspensão, mas a Turma não perde a competência.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Não, não. Ela não tinha desaparecido, ela tinha sido suspensa.

[...]

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Porque ela existia, e a Turma não julgou.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Sim.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — A Turma julgou e deu provimento?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Deu provimento ao agravo.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Deu provimento ao agravo da União e desconstituiu essa decisão?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Isso.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Então, não há mais objeto nessa suspensão.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Há, porque a decisão da Turma não transitou em julgado. E essa aqui exige, para a sua suspensão, trânsito em julgado. Ela tem um efeito mais amplo.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — É, mas, na verdade, a União agora tem um acórdão favorável a ela.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Tem.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — E essa lógica, que, também a meu ver, de constitucionalidade duvidosa, já ressaltai isso em outras oportunidades, é o meu entendimento, porque, por essa decisão ou por essa aplicação, que me parece uma medida provisória, a decisão do presidente do Tribunal impede que até deliberações de cortes superiores antes do trânsito em julgado produzam algum efeito.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Mas é o que diz a lei.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Sim, por isso é que eu digo que é de constitucionalidade duvidosa. Na verdade, não é uma lei, é uma medida provisória.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Não, o Supremo entende assim também.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Sim, eu já ressaltei essa questão, mas continuo entendendo que a legalidade é duvidosa, porque até o acórdão do Supremo, que vem em sentido contrário a essa decisão do presidente, enquanto não transitar em julgado, está submetido a uma deliberação de uma autoridade inferior. Então, isso para mim é de uma lógica constitucional absolutamente duvidosa. Quer dizer, vem uma liminar, o presidente suspende os efeitos da liminar, depois o processo é julgado no seu mérito, julgado, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal; e, enquanto essa decisão de mérito final da Suprema Corte não transitar em julgado, prevalece aquela liminar que nem existe mais pela decisão do presidente. Isso me parece de uma lógica constitucional no mínimo duvidosa. Mas, no caso, presidente, então, essa decisão foi desconstituída?

*O Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado:* — Pelo agravo de instrumento.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Essa decisão foi desconstituída e está suspendendo os efeitos, então, do acórdão favorável à União?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Não.  
[...]

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Eu estou mantendo a decisão do Des. Mário César.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Não, eu entendi.

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — O Dr. Olindo é que votou em outro sentido.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Isso. E está se contrapondo isso à decisão da Turma, que cassou essa decisão, inclusive em favor da União.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Des. Carlos Eduardo, é que, coincidentemente, as decisões estão no mesmo ponto agora. Normalmente, a decisão de suspensão da segurança trafega por uma rota; a outra, por outra. Neste caso, a primeira vez que eu vi, elas estão coincidentes.

*O Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado:* — Convergentes.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Convergingo.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Então, dando provimento ou não dando provimento, o resultado é o mesmo.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — É, mas é uma situação curiosa, porque, caso prevaleça a divergência, a União perde no agravo regimental, mas ganha na ação, porque aí desaparece a suspensão da liminar, e passa a produzir os efeitos o acórdão que cassou essa liminar, porque é favorável.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Não. É favorável, mas a decisão da suspensão, Des. Carlos Eduardo, é mais ampla. O acórdão não transitou em julgado no agravo de instrumento. E essa decisão do Des. Mário César tem um efeito mais amplo. Ela exige que só se cumpra aquela decisão liminar do juiz quando houver trânsito em julgado. Aí não há uma prejudicialidade. Vossa excelência pode dar provimento para desconstituir, sem nenhum problema, mas não há prejudicialidade.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Do que depreendi, temos uma empresa, que tinha um registro especial de funcionamento e que, por inadimplência, em última análise, de que resultou essa irregularidade fiscal, e, pelo que entendi, ela confessou uma dívida, não pagou essas parcelas da dívida admitidas e compensadas, e a União, em vez de executar esse título que ela detém, preferiu optar pelo caminho mais simples de fechar a empresa, negando o registro especial, que é a condição para o seu funcionamento. Então, na prática, impôs a ela uma sanção administrativa, com base no inadimplemento



fiscal de que resulta a irregularidade fiscal. E o juiz de 1º grau concedeu uma tutela antecipada para que essa empresa pudesse funcionar. Esse funcionamento foi suspenso pelo presidente do Tribunal, a pretexto de que houve ofensa a quem, presidente? O fundamento dessa suspensão é ofensa a quem, à economia pública?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: —* Isso.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: —* Porque a empresa não pagou os tributos devidos. Essa é a grave ofensa à economia pública?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: —* É.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: —* E aí, no âmbito da suspensão de segurança, há a minha divergência, porque, obviamente, a questão tributária relativa ao pagamento ou não dos tributos devidos ou eventualmente questionados pela empresa não traz em si mesmo nenhum reflexo à economia pública, no sentido de abalá-la, como é o pressuposto da suspensão de segurança de sentença ou de liminar. E, por isso, pedindo licença, como disse, a vossa excelência, entendendo que não estão presentes os requisitos para essa medida, dou provimento ao agravo regimental para afastar a suspensão dessa medida, que, como esclarecido por vossa excelência, não mais existe essa liminar. Correta ou incorretamente, já foi substituída por outro julgamento, que não está produzindo os seus efeitos, exatamente em virtude dessa decisão do eminente presidente em relação à qual voto por sua desconstituição. É o meu voto.

### Voto-Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: —* Senhor presidente, acompanho a divergência, nos termos de voto que já trouxe aqui em situação similar.

### Voto-Vogal Vencido

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: —* Senhor presidente, efetivamente, a suspensão de segurança enseja o engessamento de todas as instâncias até o trânsito em julgado, conforme voto, salvo engano, ainda parece-me o único, do Min. Sepúlveda Pertence, no sentido de levar a suspensão de segurança até o trânsito em julgado. Neste caso, efetivamente, conforme o relatório de vossa excelência, o juiz de 1ª instância, em antecipação de tutela, simplesmente afastou a eficácia do Ato Declaratório Executivo Cofins 86, de 11/11/2013, por meio do qual o registro especial da ora agravante foi cancelado, ou seja, porque não havia uma regularidade fiscal, e, portanto, foi afastado, o juiz antecipou a tutela,

penso que, com a análise da verossimilhança, é lógico, ele afastou esse ato declaratório que prejudicou a empresa no seu registro. Penso que isso é uma sanção política. Não tenha dúvida. Efetivamente, para um ato de uma atividade empresarial lícita, não é ilícita, é lícita, ela difere no campo social em razão de seus prejuízos à saúde, mas não é o que se destaca aqui. O que se busca aqui é dar efetividade a uma empresa para poder pagar seus próprios tributos. No momento em que ela deixar de existir, encerrar suas portas, efetivamente, não vai pagar mesmo. Então, com todas as vênias do relator, acompanho a divergência, louvando aqui o voto do Des. Moreira Alves.

### Voto-Vogal Vencido

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: —* Vou pedir vênias a vossa excelência e acompanho a divergência, convencida dos argumentos que foram utilizados.

### Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: —* Senhor presidente, temo, aqui, eventual incoerência já que o Des. Olindo não estava presente, parece-me que no segundo julgamento, mas não sei se vossa excelência sabe, na verdade, a Corte reverteu aquele julgamento. Inicialmente, a Corte tinha acompanhado a orientação desse acórdão absolutamente excepcional do Supremo, que admitiu sanções políticas para a interdição da atividade da empresa. É caso único na jurisprudência do Supremo. Como sabemos, a matéria se encontra sumulada. São várias súmulas do Supremo. Apenas para referir a algumas:

Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula 547: Não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte, em débito, adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Enfim, é uma longa série de súmulas do Supremo que confirmam a jurisprudência também quase centenária no sentido de que não se pode utilizar de sanções outras que não a cobrança do débito para forçar o contribuinte a regularizar a situação fiscal. Esta Corte, em julgamento bastante alargado, em que todos nós nos manifestamos em uma maioria de um voto, num primeiro momento, acompanhou, em um caso que foi tra-



zido à nossa consideração, a orientação de que naquele caso também se fariam presentes circunstâncias especialíssimas que justificariam a aplicação daquele acórdão, como disse, absolutamente excepcional do Supremo. Ocorre que dias depois, meses depois, Des. Olindo, quero crer que vossa excelência deveria estar de férias, foram trazidos embargos de declaração à consideração desta Corte, um problema em que se discutia prazo e interposição. Pessoalmente, reavaliei o caso, e votei favorável a reformar a decisão tomada nesta Corte, porque a maior parte seguiu orientação por um problema processual, mas, no meu caso, por isso estou falando de coerência, naquele primeiro momento tinha votado de forma divergente de vossa excelência, dizendo que se aplicava, fui analisar o acórdão do Supremo e achei que naquele caso não se aplicava, porque no caso do Supremo — só para lembrar os fatos — o Min. Peluso confrontou-se com uma situação em que mais de 70% dos débitos eram débitos não discutidos em juízo e administrativamente. Então, deixando sugerir a ideia de que esses débitos estavam sendo discutidos judicialmente, processualmente, até porque o Supremo dizia que caso os débitos, na sua maior parte, tivessem sido discutidos no âmbito judicial, a decisão que concedia a possibilidade de que a empresa seria ineficaz e, mais, estaria subtraindo acesso ao Judiciário, nesse caso, tenho dificuldade, senhor presidente, porque não tenho a configuração exata do caso.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Não, a configuração é a seguinte: aqui pode ter alguma discussão judicial, mas a maior parte dos débitos é objeto de confissão da empresa. Não há discussão nenhuma — confissão, Refis, inadimplência total.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — E não está pagando.

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Não sei. Aqui só vê um ato Cofins, mas é um ato administrativo ainda que ele está discutindo, salvo engano, pelo menos está aqui no relatório de vossa excelência.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Não, ela confessou. Está aqui: afirma que um dos parcelamentos noticiados pela parte contrária, justamente aquele que abrigava o maior volume dos débitos da empresa, aproximadamente 40 milhões, já foi rescindido por falta de pagamento; parcelamento; confissão. Aqui, a maior parte dos débitos; não estou entrando no mérito de que se deve ou não. É débito confessado, está transcrito. A empresa possui uma dívida plenamente exigível, diz o Des. Mário César, de 43.373.105,00 (quarenta e três milhões, trezentos e

setenta e três mil cento e cinco reais), o que comprova cabalmente a ausência de irregularidade fiscal.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Mas, olha, presidente, ainda é pior, veja, a pessoa parcela e não cumpre. Aí extingue a empresa por isso?

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Pior ainda, tem que ser executada.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Des. Olindo, não sei se é pior ou se é melhor. Estou esclarecendo ao Des. Néviton, porque no raciocínio de sua excelência, partiu da premissa de que se há uma declaração de tal intensidade contra a empresa e ela está discutindo tudo em juízo, em suma se está tirando dela o acesso à Justiça. Foi isso, Desembargador?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Exatamente.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — E o que estou esclarecendo a sua excelência é que a maior parte do débito, segundo a decisão do Des. Mário César, está aqui detalhado, é confessada. Enfim, não há discussão.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Senhor presidente, desculpe-me. O que estou dizendo é isso que vossa excelência está dizendo, conspira mais ainda contra o seu voto.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Não, não conspira e nem ajuda.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Uma empresa que não cumpre o parcelamento, ela é cobrada e não extinta.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:* — Houve uma decisão de cancelamento de registro. Foi cancelado o registro. Houve um ato declaratório, segundo me recordo. Então, veja bem, o juiz de 1º grau determinou que fosse devolvido o registro para a empresa. Então, aí é que está o problema, quer dizer, o Judiciário nessa esfera vai substituir a autoridade administrativa? Porque, veja, a Turma já disse que ele não tem razão. Então, a liminar vai restabelecer dando provimento ao agravo? Vai restabelecer a decisão de 1º grau? Porque ela prevalece sobre decisão da Turma, que não deu razão à agravante.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Não, no nível de suspensão de segurança que fez prevalecer a decisão do juiz.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Des. Olindo, fiz esse esclarecimento porque o Des. Néviton ponderou que no precedente do Supremo havia essa excepcionalidade e que eu estou dizendo que essa excepcionalidade do precedente do Supremo existe

aqui. Agora, sua excelência pode ou não concordar, mas é a hipótese. A maior parte dos créditos fiscais aqui está confessada.

*A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão:* — Senhor presidente, só não entendo por que não é executado. Se há um débito, se está tudo certinho, é só executar, executando, por que se impedir até trânsito em julgado que a empresa continue a existir?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Olha, normalmente, o Fisco faz essas declarações, Des. Ângela; não sei se foi o caso, é porque as empresas sistematicamente, essas que burlam o Fisco, não sei se é o caso, criam dívidas astronômicas e funcionam assim nessa base de decisão e tal, e quando se vai atrás do crédito tributário, ela já fechou de fato, já abriu outra e mais outra e mais outra, por isso é que eles têm esse mecanismo de declaração. E esse, me parece, Des. Néviton, é o fundamento desse precedente do Supremo de reconhecer a possibilidade de lesão, porque não há nem questionamento judicial, é um débito direto, reconhecido, é isso, Des. Néviton?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — O Supremo levou em consideração que essa inadimplência violava a igualdade entre os concorrentes, violava o meio ambiente, violava a saúde, mas o que eu quis é mostrar alguma coerência com os dois votos que manifestei. Num primeiro momento, inclusive, divergi do Des. Olindo com essa compreensão de que podia se fazer valer aquela orientação do Supremo, ainda que excepcional, desde que o caso fosse excepcional. No que se traz à nossa consideração, parece que o caso aqui se reveste da excepcionalidade, porque não se cuida de débitos que estejam sendo discutidos, pelo menos na sua maior parte, em juízo, a consideração da proteção à saúde, da livre concorrência, da igualdade, portanto, entre as empresas. Quero crer que não se pode negar que há aqui a excepcionalidade a justificar a incidência daquele acórdão e, portanto, acompanho vossa excelência.

### Voto-Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova:* — Senhor presidente, com a licença dos colegas, vou

acompanhar a divergência, entendendo que, não obstante a competência do presidente para suspender execução de liminares ou sentenças que atentam contra a economia, a saúde e esses requisitos da lei, a União poderia dispor, num caso desses, de instrumento mais correto para isso, que seria ajuizar a execução. Por que não se ajuíza a execução fiscal?

*O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:* — Porque não acha o devedor. Ele muda constantemente a matriz, Dr. Novély.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Mas tem essa informação de que não foi ajuizada?

*O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:* — Não.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova:* — Além do mais, para concluir, queria só chamar a atenção de que, recentemente, parece que o STJ vem decidindo que a confissão de débitos não impede a posterior discussão do débito, coisa com a qual não concordo, mas quero lembrar que existe já esse entendimento de que a confissão não impede a empresa de discutir depois o débito eventualmente confessado. Então, vou acompanhar a divergência por essas razões e atento ao sistema constitucional que se confronta com isso.

### Questão de Ordem

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Antes de proclamar o resultado, consulto a Corte, porque tivemos um empate de sete a sete. O regimento diz o seguinte: excetuados os casos em que se exige voto de maioria qualificada, as decisões serão tomadas por voto de maioria simples. O presidente proferirá voto em matéria constitucional, administrativa, em agravo de suas decisões e nos demais casos, somente se ocorrer empate. Não é o caso. Mas aí vem o § 4º do art. 61 e diz o seguinte: "Nas demais votações de que tenha participado, havendo empate, prevalecerá o voto do presidente." Então, o que submeto à Corte é o seguinte, no agravo regimental, como o presidente vota, ele participa do julgamento. Então, estou entendendo que prevalece o disposto no § 4º, mas submeto a questão a Vossas Excelências.

## Primeira Seção

### Mandado de Segurança 0055313-24.2013.4.01.0000/MG

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian  
Relator: Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado)  
Impetrantes: Maria Adelaide Machado Rocha e outro  
Advogadas: Dra. Vilma Machado Oliveira de Aquino e outras  
Impetrado: Juízo de Direito da Comarca de Vazante/MG  
Interessado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Publicação: e-DJF1 de 08/07/2014, p. 10

### Ementa

*Processual Civil. Mandado de segurança. Honorários advocatícios contratuais. Redução do percentual pactuado entre as partes sobre o valor do benefício previdenciário. Possibilidade. Art. 114 da Lei 8.213/1991. Segurança denegada.*

I. A 2ª Turma deste Tribunal possui precedente no sentido de que, *apesar de constituir direito do advogado o destaque, em precatório, do valor dos honorários contratados, a norma prevista no § 2º do art. 22 da Lei 8.906/1994 deve ser aplicada com parcimônia pelo magistrado, em especial quando for possível aferir, de plano, a abusividade da quota litis pactuada ente o constituinte e seu patrono.* Confira-se: AG 0021328-98.2012.4.01.0000/MG, rel. Juiz Federal Cleber José Rocha, convocado, Segunda Turma, e-DJF1, p. 231, de 23/05/2014.

II. Conforme o art. 114 da Lei 8.213/1991, é absolutamente nula a constituição de qualquer ônus sobre o benefício previdenciário, razão pela qual nulo o contrato de honorários advocatícios que estipula percentual de remuneração de 45% sobre o montante a ser recebido àquele título, não atendendo aos requisitos necessários para ser considerado apto a amparar o privilégio legal de destaque na fonte previsto na Lei 8.906/1994 e na Resolução CJF 168/2011.

III. Segurança denegada.

### Acórdão

Decide a Seção, por maioria, denegar a segurança.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 27/05/2014.

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, relator p/ acórdão.

### Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha: — Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Maria Adelaide Machado Rocha e Vilma Machado Oliveira de Aquino, qualificadas nos autos, por meio do qual objetivam: a) em caráter preventivo, que se determine à autoridade coatora que, doravante, em todo e qualquer processo nos quais as impetrantes figurem como advogadas, respeite os termos do instrumento de mandato outorgado, bem como os dos contratos/adendos ou declaração de prestação de serviços advocatícios, abstendo-se, em consequência, de arbitrar honorários de ofício em desrespeito ao valor pactuado entre as partes; b) seja reconhecida

e declarada a ilegalidade dos atos ora combatidos, devendo a autoridade impetrada se abster de reduzir, de ofício, o percentual referente a parcela de honorários advocatícios estabelecido em contrato e determinar a expedição e a entrega do alvará de levantamento em nome das impetrantes, por disporem de poderes para receber e dar quitação.

Alegam que “*pelo Contrato entabulado entre as partes, as Impetrantes só receberiam pelo seu trabalho no final do trâmite processual, e somente nos casos de êxito*” (fls. 4 de 164).

Asseveram, ainda, as impetrantes, que

[...] o Juiz a quo, reiteradamente, de ofício, vem determinando com despachos para que as

*partes paguem somente 30% (trinta por cento) dos honorários aos seus advogados [...] (fls. 7 de 164). (Original grifado e destacado.)*

Liminar deferida, em parte, conforme decisão proferida pela Des. Federal *Neuza Alves* (fls. 70-74 de 164).

Notificada, a autoridade apontada como coatora prestou as informações de fls. 78-83 de 164.

Ouvida, a Procuradoria Regional da República opinou pela concessão parcial da segurança. (Fls. 94-97 de 164.)

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha: — Inicialmente, reconheço o cabimento do mandado de segurança contra o ato judicial impugnado.*

Sabe-se que, consoante entendimento sedimentado nos tribunais superiores e na Corte Especial deste Tribunal, não se admite o manejo de mandado de segurança em face de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo, nos termos do art. 5º, II, da Lei 12.016/2009, exceto nas hipóteses de decisões teratológicas suscetíveis de acarretar dano irreparável ou de difícil reparação à parte (cf. AgRg no RMS 32132/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., DJe de 18/04/2011 e MS 2009.01.00.056117-1/MG, rel. Des. Federal Tourinho Neto, Corte Especial, e-DJF1 de 07/12/2009).

Nesse sentido, é o enunciado da Súmula 267 do c. Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”

No caso em apreço, porém, a decisão impugnada cometeu ilegalidade passível de correção pela via excepcional do mandado de segurança, eis que concluiu o magistrado *a quo, nos autos de ação previdenciária*, que seria nulo o contrato de honorários advocatícios celebrado entre as advogadas impetrantes e parte-autora de ação proposta contra o INSS, modificando, de ofício, o percentual pactuado entre a parte constituinte e suas procuradoras, sem que houvesse ação judicial prévia tendo por objeto a verificação da validade jurídica da avença.

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Néviton Guedes e Jirair Aram Meguerian e os Exmos. Srs. Juizes Federais Carlos D'Ávila Teixeira, Carlos Augusto Pires Brandão e Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocados).

Colaciono, pois, os principais fundamentos da decisão:

#### MÉRITO:

Quanto ao mérito, a decisão por mim proferida, reiteradamente e de ofício (nas palavras das impetrantes), na condução dos processos sob minha competência, é fundamentada e decorre de entendimento motivado (art. 93, inc. IX, CRFB/1988 e art. 131 do CPC), com base, inclusive, em julgados desse e. TRF1 e do e. STJ em processos envolvendo a mesma situação posta nos autos, sendo certo que o parâmetro de 30% (trinta por cento) é corroborado por julgado da Corte Superior.

Com a devida vênia do entendimento das impetrantes, o parâmetro descrito observa os princípios da razoabilidade e proporcionalidade entre o direito do autor e o trabalho de seu advogado, sob pena de o direito do cliente ser transformado em benefício exclusivo do causídico.

Com efeito, consta da referida decisão, proferida em todas as hipóteses de levantamento de valores decorrentes de direitos previdenciários:

Vistos etc.

Depositados os valores devidos pelo requerido INSS à parte requerente, conforme prova nos autos, esta pleiteia a expedição de alvará de levantamento dos valores em seu favor.

É o breve relatório. *Decido.*

Inicialmente, quanto aos honorários advocatícios de sucumbência, expeça-se alvará para levantamento da quantia depositada, *em nome do advogado da parte requerente.*

Por sua vez, quanto aos valores devidos a título de benefício previdenciário à requerente, considerando que a verba tem caráter alimentício, na maioria das vezes pretendida por pessoa hipossuficiente, defiro o pedido de expedição de alvará de levantamento dos referidos valores *em nome da parte autora*, beneficiária do direito reconhecido Judicialmente.

Na hipótese de o advogado pretender destacar do montante os valores que lhe caibam por força de honorários contratuais, deverá, no prazo de 5 (cinco) dias, juntar aos autos respectivo contrato, conforme previsto no art. 22, § 4º, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, regulamentado pelo art. 22 da Resolução 168/2011 do CJF.

*Uma vez apresentado o contrato, autorizo a expedição de alvará de levantamento em nome do advogado, limitado a valor que obedece aos ditames da razoabilidade, ou seja, 30% do valor a ser recebido pela parte, expedindo-se alvará de levantamento em nome da parte autora quanto aos outros 70% do valor depositado à disposição deste Juízo.*

*Na linha de orientação do quanto fundamentado, entre outros, os seguintes julgados:*

DIREITO CIVIL CONTRATO DE HONORÁRIOS QUOTA LITIS. REMUNERAÇÃO AD EXITUM FIXADA EM 50% SOBRE O BENEFÍCIO ECONÔMICO. LESÃO.

1. A abertura da instância especial alegada não enseja ofensa a Circulares, Resoluções, Portarias, Súmulas ou dispositivos inseridos em Regimentos Internos, por não se enquadrarem no conceito de lei federal previsto no art. 105, HI, “a” da Constituição Federal. Assim, não se pode apreciar recurso especial fundamentado na violação do Código de Ética e Disciplina da OAB.

2. O CDC não se aplica à regulação de contratos de serviços advocatícios. Precedentes.

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.*

(STJ, REsp 1155200/DF, 3ª Turma do STJ, Relatora p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe de 02/03/2011 - sem grifos no original).

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURAÇÃO. PODERES PARA RECEBER E DAR QUITAÇÃO. ALVARÁ. EXPEDIÇÃO EM NOME DO ADVOGADO OU DA PARTE BENEFICIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO. RESOLUÇÃO 168/2011 CJF. VALOR EXCESSIVO. BOA-FÉ. PROPORCIONALIDADE. RAZOABILIDADE.

ÉTICA. AFRONTA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A faculdade outorgada ao advogado que detém poderes para receber e dar quitação não impede que o alvará a ser expedido o seja em nome do beneficiário direto do crédito a ser levantado, ou seja, a própria parte exequente.

2. Não há direito líquido e certo de as impetrantes terem expedido, em seu nome, necessariamente, os alvarás de levantamento de valores depositados em juízo, ainda que possuam poderes para receber e dar quitação, uma vez que a procuração outorgada pela parte exequente não retira desta o direito de receber referidos valores, já que é o próprio titular do direito.

3. É firme o posicionamento desta Corte de que, no caso de ter sido juntado aos autos, a tempo e modo, contrato de honorários firmado entre o causídico e a parte, referido valor poderá ser destacado, a fim de garantir que cada um receba o que lhe é de direito, resguardando o direito inalienável da parte de receber os seus créditos pessoalmente, bem como o do advogado de receber a contraprestação pelos serviços prestados, a teor do disposto na Resolução nº 168/2011 do CJF.

4. Dispõe o contrato de honorários firmado (cláusula segunda - fls. 174/175) que, “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.”

5. *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.*

6. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado.

(TRF1, MS 0022178-55.2012.4.01.0000/MG, 1ª Seção, Relatora Desembargadora Federal Ângela Catão, e-DJF1 de 09/11/2012, p. 374 - sem grifos no original).

*Intime-se, inclusive pessoalmente o beneficiário.*

Publique-se. Cumpra-se.

Vazante/MG, data.

*Conforme se observa, nos termos em que ressaltado anteriormente, referido ato judicial não se reveste de qualquer ilegalidade ou teratologia, tampouco fere direito líquido e certo das impetrantes.*

*Demais disso, tem-se que, quando da contratação, nos moldes em que propostos aos clientes/autores pelas impetrantes, em verdadeiro contrato de adesão, os valores previstos nos contratos de prestação de serviços advocatícios não indeterminados - impossível se saber, de antemão, qual seria o sucesso da parte autora na demanda - donde se verifica, em princípio, ser nulo o negócio jurídico (art. 166, inc. I, do CC).*

Assim, o pedido formulado pelas impetrantes deve ser denegado.” (realces em negrito acrescidos)

Vale salientar, a propósito, o posicionamento do Parquet Federal neste feito:

“No caso, o juízo impetrado não poderia ter modificado, de ofício, o contrato de honorários



advocatícios celebrado entre as impetrantes e a autora da ação previdenciária, pois essa alteração depende de ação própria a ser proposta em juízo competente”.

Observo que um dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, destacado na decisão judicial impugnada para fundamentar a redução da verba honorária ao patamar de 30% da condenação obtida, refere-se a ação judicial em que se controverteram a parte e seu advogado, não conferindo sustentáculo à redução, ex officio, dos honorários, operada no âmbito de outro processo – de natureza previdenciária - com objeto completamente distinto daquele versando sobre a revisão do contrato de honorários.

Passo, assim, ao exame do mérito da impetração.

O pedido de liminar foi deferido nos seguintes termos:

“Cuida-se de *mandado de segurança* preventivo aforado pelas Advogadas acima identificadas que, na defesa de seu próprio interesse relativo à percepção da verba honorária contratada com seu cliente, postula a concessão de édito liminar que determine à autoridade impetrada, qual seja, o MM. Juiz de Direito da Comarca de Vazante/MG, (i) que se abstenha de reduzir de ofício valores relativos a honorários advocatícios nos processos por elas patrocinados, de modo que sejam respeitados e destacados conforme os termos do contrato celebrado com seus clientes; (ii) que proceda à expedição (e entrega) do alvará de levantamento em seu favor, vez que foram constituídas nos autos com poderes expressos para receber e dar quitação; e (iii) que os referidos valores permaneçam depositados em Juízo, até o julgamento final do mandamus.

Sustentam as impetrantes, em síntese, que “o Juiz a quo, reiteradamente, de ofício, vem determinando com despachos para que as partes paguem somente 30% (trinta por cento) dos honorários aos seus advogados” (cf. fl. 07), desrespeitando, assim, a legislação, o trabalho e honra das advogadas perante seus clientes.

Para melhor esclarecimento dos fatos, acostaram aos autos cópia de uma decisão da autoridade impetrada, que, segundo alegam, vem sendo repetida em vários processos, entre os quais: 0710.08.016026-4, 0710.08.016390-4, 0710.08.016303-7, 0710.08.016474-6, 0710.08.016076-9, 0710.08.017595-1, 0710.08.017774-8, encontrando-se vazada nos seguintes termos, verbis:

Feito nº 0710.08.017020-6.

Vistos, etc.

Expeça-se alvará para levantamento da quantia depositada a título de honorários sucumbenciais, em nome da(s) procuradora(s).

Considerando que a verba pleiteada nos autos tem caráter alimentício, na maioria das vezes

pleiteada por pessoa hipossuficiente, defiro o pedido de expedição de alvará em nome da parte autora.

Uma vez comprovada nos autos a existência de contrato de honorários advocatícios entre as partes, nos termos do art. 22, § 4º, da Lei 8.906/1994, autorizo a expedição de alvará em nome da advogada, limitado a valor que obedece aos ditames da razoabilidade, ou seja, 30% do valor a ser recebido pela parte (cf. fls. 07/08).

Relatado no que interessa, decido.

A concessão de liminar em sede de mandado de segurança pressupõe a existência conjunta da fumaça do bom direito e do perigo de dano imediato ou de difícil reparação.

Quanto ao perigo da demora, julgo que o caráter alimentar dos honorários contratuais é circunstância suficiente para o atendimento desse requisito legal<sup>2</sup>.

No que diz respeito à fumaça do bom direito é necessário tecer algumas considerações.

Da fundamentação esposada na decisão acima transcrita, extrai-se a conclusão de que o MM. Juiz vislumbrou, na hipótese, uma *possível ocorrência de lesão* e tentou proteger o hipossuficiente. Não critico a atitude, mesmo porque sempre estive atenta para detalhes que pudessem revelar uma conduta menos louvável, qualquer que fosse a parte que a praticasse. Mas judicializar a questão da contratação de honorários, que é do judiciário comum estadual, no contexto em que resolve uma questão previdenciária da competência do judiciário comum federal, só muito excepcionalmente.

Contudo, é preciso salientar que, mesmo se ocorrente tal situação, não é dado ao juiz o poder de modificar a cláusula contratual que estipulou o percentual devido a título de verba honorária sem provocação da parte interessada. Isso porque a aventada possibilidade de lesão, quando muito, tornaria o negócio jurídico passível de anulação, situação em que o negócio é válido até que venha a ser pronunciada por sentença a sua anulabilidade.

Aliás, eventual apuração de lesão só poderia ser discutida em ação autônoma<sup>3</sup>. E o feito não teria lugar perante a Justiça Federal...

<sup>2</sup>PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS E SUCUMBENCIAIS. CRÉDITO DE CARÁTER ALIMENTAR. IMPENHORABILIDADE.

1. Os honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais possuem natureza alimentar. Divergência jurisprudencial, antes existente neste Tribunal, dirimida após o julgamento do REsp 706.331PR pela Corte Especial. Entendimento semelhante externado pelo Excelso Pretório (RE 470.407, rel. Min. Marco Aurélio). (REsp 865469/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 22/08/2008.)

<sup>3</sup>“A anulabilidade ou nulidade do ato transacional são causas de invalidade do negócio jurídico que, nas circunstâncias, devem ser

Estou certa de que nas oportunidades em que as causídicas foram porventura prejudicadas pelos clientes certamente recorreram ao foro competente para haver seus direitos. Mas o hipossuficiente, de regra, prejudicado pelo advogado que constituiu, raramente procura o Judiciário para por cobros à situação vexatória, quase sempre por temer o “poder do doutor”!

Não fora isso, sem adentrar no mérito de ser ou não abusivo o valor contratado, não se pode relevar o entendimento deste Tribunal no sentido de que inexistente “norma legal que autorize o juiz da execução a reduzir os valores livremente contratados entre as partes a título de honorários de advogado, se inexistir vício que macule o contrato” (AG nº 2006.01.0.040380-3/MG, Relatora Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli – Convocada, DJ de 24/11/2008, p. 141).

Logo, descabe ao juiz, de ofício, interferir na relação jurídica que envolve somente particulares para alterar o conteúdo de contrato firmado entre o advogado e seu constituínte.

Sem embargos de todas essas ponderações, há uma exceção que justifica o proceder do Magistrado, qual seja, a hipótese, já analisada nesta Corte, em que os honorários são fixados em 100% (cem por cento) de todas as prestações vencidas.

Em tal circunstância, já proferi decisão no Agravo de Instrumento nº 30721-13.2013.4.01.0000/MG (dec. Publicada no e-DJF1 de 24/06/2013), prestigiando a posição do Julgador, mantendo, agora, a mesma linha de inteligência.

Cumpra registrar, por oportuno, que, no caso em apreço, as impetrantes comprovaram a existência de *adendo contratual*, no qual ficou pactuado que, “a título de pagamento pelos serviços prestados – APOSENTADORIA POR IDADE –, a contratante pagará às contratadas o equivalente a 45% (quarenta e cinco por cento) dos valores atrasados” (cf. fl. 25), e esse fato revela que retrocederam de relação ao percentual mais alto contratado e repactuaram os valores, a título de honorários.

Quanto ao outro ponto, é bem verdade que o juiz não está obrigado a produzir os atos processuais a seu cargo da forma como o advogado quer, mas de nenhum modo poderá produzi-los de forma a alijar o advogado de seu direito legalmente garantido – direito inviolável à expedição de alvará em seu nome para viabilizar o levantamento de depósitos judiciais decorrentes de condenação imposta à autarquia previdenciária.

A matéria é pacífica, nesse sentido, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (cf. REsp nº 674.436/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 11/04/2005, p. 370) e deste Tribunal

Regional Federal (cf. AG nº 96.01.13807-2/DF, Relator Juiz Federal João Carlos Mayer Soares (Convocado), DJ de 02/10/2003, p. 86; dentre inúmeros outros).

Não há amparo legal para o MM. Juiz se recusar em proceder à medida ora almejada, obstando o advogado de receber seus honorários acertados com a parte. Tanto assim é que, havendo contrato de honorários nos autos, o juiz deverá ordenar a retenção da quantia correspondente, para posterior entrega ao advogado, como já decidiu este Tribunal em inúmeras outras oportunidades (cf. AG nº 2006.01.00.044790-7/GO, decisão de 15/02/2007; AG nº 2006.01.00.040799-6/GO, decisão de 31/10/2006; AG nº 2006.01.00.006390-5/GO, decisão de 29/03/2006; dentre inúmeros outros), em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (cf. REsp nº 270.937/SP, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 20/08/2001, p. 518).

Se o magistrado exigir que a expedição do alvará se dê em nome da parte, *deverá* observar que o levantamento poderá ser feito *por ela ou por seu advogado*, isto porque se o causídico pode fazer esse levantamento, com justa razão a parte também poderá fazê-lo. O que não é possível, *definitivamente*, é impedir que a parte ou seu advogado exerça esse direito.

Assim, mesmo que expedido em nome da parte, tem o patrono desta o direito ao recebimento e levantamento do alvará, se a ele tiver sido conferido poder especial para tanto, como ocorrido na espécie.

Ante o exposto, *defiro* a liminar requestada, para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de reduzir, *de ofício*, os valores relativos aos honorários advocatícios, devendo, doravante, o destaque da parcela ocorrer de acordo com o percentual pactuado entre as impetrantes e os constituíntes no contrato de prestação de serviço, *ou adendo contratual*, acostado aos respectivos autos (observando-se, contudo, a ressalva presente na fundamentação quanto a contratos em que os honorários estejam pactuados abusivamente em torno de 100% das prestações vencidas); para que a entrega dos alvarás de levantamento seja feita às impetrantes, caso tenham sido elas constituídas nos autos para tanto; bem assim para determinar que os valores destacados, relativamente aos feitos em que as impetrantes são patrocinadoras, permaneçam depositados em Juízo, até o julgamento final do presente mandamus.

Intime-se a autoridade impetrada para cumprimento e para prestar informações, no prazo legal. (Fls. 70/74 de 164.)

Assiste razão às impetrantes no que concerne à demonstração da ilegalidade da decisão judicial, na parte em que, de ofício, foi determinada pelo magistrado *a quo* a redução dos honorários advocatícios contratuais de 45% do valor das parcelas retroativas do benefício devidas à parte para 30%.

*arguidas em ação própria*” (TRF 2, AC 200151040003051, rel. Des. Federal Benedito Gonçalves, DJ de 04/10/2005).

Nesse sentido, colaciono julgado desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. REDUÇÃO PELO MAGISTRADO A QUO. 1. Pedido de reforma de decisão que em execução de sentença de natureza previdenciária, reduziu os honorários contratuais, de 30% (trinta por cento) para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (fls. 16/17). 2. *Inexistência de norma legal que autorize o juiz da execução a reduzir os valores livremente contratados entre as partes a título de honorários de advogado, se inexistir vício que macule o contrato (Precedentes)*. 3. Agravo a que se dá provimento. (AG 0040215-43.2006.4.01.0000/MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE ASSIS BETTI, Rel. JUÍZA FEDERAL ROGÉRIA MARIA CASTRO DEBELLI (CONV.), SEGUNDA TURMA, e-DJF1 p.141 de 24/11/2008)

Por outro lado, na esteira dos precedentes desta Seção, entendo que não há direito líquido e certo das impetrantes em ver expedido, necessariamente em seu nome, alvará de levantamento de quantia depositada em juízo em favor de cliente, porquanto a faculdade outorgada ao advogado que detém poderes para receber e dar quitação não impede que o alvará seja expedido em nome do próprio beneficiário do direito ao crédito a ser levantado, ou seja, a parte exequente.

Nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURAÇÃO. PODERES PARA RECEBER E DAR QUITAÇÃO. ALVARÁ. EXPEDIÇÃO EM NOME DO ADVOGADO OU DA PARTE BENEFICIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO. RESOLUÇÃO 168/2011 CJF. VALOR EXCESSIVO. BOA-FÉ. PROPORCIONALIDADE. RAZOABILIDADE. ÉTICA. AFRONTA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A faculdade outorgada ao advogado que detém poderes para receber e dar quitação não impede que o alvará a ser expedido o seja em nome do beneficiário direto do crédito a ser levantado, ou seja, a própria parte exequente.

2. *Não há direito líquido e certo de as impetrantes terem expedidos, em seu nome, necessariamente, os alvarás de levantamento de valores depositados em juízo, ainda que possuam poderes para receber e dar quitação, uma vez que a procuração outorgada pela parte exequente não retira desta o direito de receber referidos valores, já que é o próprio titular do direito.*

3. É firme o posicionamento desta Corte de que, no caso de ter sido juntado aos autos, a tempo e modo, contrato de honorários firmado entre o causídico e a parte, referido valor poderá ser destacado, a fim de garantir que cada um receba o que lhe é de direito, resguardando o direito inalienável da parte de receber os seus créditos pessoalmente, bem como o do advogado de

receber a contraprestação pelos serviços prestados, a teor do disposto na Resolução nº 168/2011 do CJF.

4. Dispõe o contrato de honorários firmado (cláusula segunda - fls. 174/175) que, '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.*'

5. 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.

6. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado." (MS nº 0022178-55.2012.4.01.0000/MG – Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão – TRF/1ª Região – 1ª Seção – unânime – e-DJF1 09/11/2012 – pág. 374.) (Destaquei.)

MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. RPV. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ EM NOME DO ADVOGADO. PROCURAÇÃO COM PODERES PARA RECEBER E DAR QUITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PEDIDO DE DESISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO FEITO. 1. Não há direito líquido e certo da Impetrante em ver expedidos, em seu nome, necessariamente, os alvarás de levantamento de valores depositados em juízo, ainda que possua poderes para receber e dar quitação, uma vez que a procuração outorgada pelo exequente não retira deste o direito de receber referidos valores, já que é o próprio titular do direito. 2. Mandado de segurança que se extingue, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VIII, do CPC, em face do pedido de desistência formulado pela Impetrante. (MS 0005950-73.2010.4.01.0000/GO, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF1 p. 248 de 28/10/2011)

Destaco que o primeiro precedente acima colacionado se refere à mesma parte impetrante do presente mandado de segurança.

No caso em exame, há plausibilidade jurídica de que a contratação dos honorários tenha-se dado em patamar que possa, ulteriormente, ser declarado abusivo em ação própria, hipótese em que, *ad cautelam*, legitima-se seja determinada a expedição de alvará judicial ou requisição de pagamento em nome da própria parte-autora da ação em relação à parcela que excede o patamar de 30% (trinta por cento), que vem sendo adotado como limite para contratação de

honorários sobre o proveito econômico resultante da condenação nas parcelas retroativas do benefício.

Com efeito, dispõem o art. 38 e seu parágrafo único do Código de Ética e Disciplina da OAB, que:

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. (D.J., Seção I, de 1º/3/95, pp. 4.000/4004.)

Da análise dos autos, verifica-se que as partes contratantes adotaram a cláusula *quota litis* na avença dos honorários e, conforme *adendo contratual*,

[...] a título de pagamento pelos serviços prestados – aposentadoria por idade – a contratante pagará às contratadas o equivalente a 45% (quarenta e cinco por cento) dos valores retroativos [...] (fls. 4 e 25 de 164).

Considerando o percentual de honorários advocatícios *sucumbenciais* fixado em condenações do INSS em ações previdenciárias — 10% sobre o valor das parcelas retroativas devidas até a sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ —, observa-se que o proveito que advirá para as impetrantes, na hipótese de êxito, equiparar-se-á ao das partes-autoras dessas ações. Isso porque a estas — autoras — caberá a parcela de 55% dos valores retroativos do benefício (100%, subtraído o percentual de 45% contratado). As advogadas impetrantes, por sua vez, lograrão o mesmo proveito, vez que, somada a verba honorária advocatícia *sucumbencial* (10% — nos termos da Súmula 111 do STJ) ao percentual contratado a título de honorários (45%), o percentual corresponderá também a 55%.

No entanto, em processos de natureza previdenciária, a jurisprudência e o próprio Conselho de Ética da OAB têm adotado como parâmetro razoável o limite de 30% a título de honorários sobre o valor das parcelas retroativas do benefício, já incluído, nesse percentual, os honorários de sucumbência. Senão vejamos:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. BASE DE CÁLCULO SOBRE AS PARCELAS DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E SEQUENCIAL DETERMINADA POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. LIMITES ÉTICOS PARA A FIXAÇÃO DOS PERCENTUAIS COM BASE NA

TABELA DA OAB E ATENDIDOS OS PRINCÍPIOS DA MODERAÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE.

Na advocacia previdenciária, tanto nas postulações administrativas quanto nas ações de conhecimento, o advogado pode cobrar até 30% do proveito obtido pelo seu cliente, nos termos dos itens 82 e 85, da tabela de honorários emitida pela Seccional de São Paulo da OAB. *Será atendido o princípio da moderação e proporcionalidade se no limite dos 30% estiverem incluídos os honorários de sucumbência*, podendo a base de cálculo dos honorários incluir o total das prestações vencidas acrescido de doze prestações vincendas.

Os princípios da moderação e da proporcionalidade mandam que a base de cálculo para a incidência de honorários sobre as parcelas de prestação continuada e sequencial determinadas pelo comando sentencial, deva ser sobre os valores vencidos até a prolação da sentença transitada em julgado com mais 12 parcelas a vencer. No caso das reclamações trabalhistas, das ações previdenciárias e das relativas a acidentes do trabalho, em que o percentual pode ser de até 30%, por se tratar de advocacia de risco e não haver sucumbência, não haverá antieticidade em sua cobrança por parte do advogado. O advogado deve atentar para que haja perfeita consonância com o trabalho a ser executado, com as exigências e ressalvas estabelecidas nos artigos 35 a 37 do CED, que regem a matéria, sob pena de infringência à ética profissional. Precedentes: Proc. E-3.769/2009, Proc. E-3.696/2008, Proc. E-1.771/98, Proc. E-1.784/98, Proc. E-2.639/02, Proc. E-2.990/2004, Proc. E-3.491/2007, Proc. E-3.683/2008 e Proc. E-3.699/2008. Proc. E-3.813/2009. v.u., em 15/10/2009, do parecer e ementa do Rel. Dr. CLÁUDIO FELIPPE ZALAF. Rev. Dr. LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO. Presidente Dr. CARLOS ROBERTO FURNES MATEUCCI." [...]"

E prosseguiu o conselheiro julgador reportando-se ao julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.155.200, da relatoria da Min. Nancy Andrigui:

[...] importante também lembrar que o Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu preâmbulo recomenda que, como imperativo de conduta, o advogado deve “exercer a advocacia com o indispensável senso profissional, mas também com desprendimento, jamais permitindo que o anseio por ganho material sobreleve a finalidade social de seu trabalho”.

Foi nessa direção que o Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, reconhecendo a ocorrência de abuso de direito em contratação de honorários advocatícios com pessoa hipossuficiente, reduziu o montante fixado de acordo com a cláusula quotas litis, determinando que a base de cálculo, naquela hipótese, corresponda a 30% do total da condenação imposta, somados o benefício econômico reconhecido e os honorários *sucumbenciais* fixados em favor da parte vencedora (Recurso Especial nº 1.155.200, Relatora do Voto



Vencedor a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, data do julgamento: 22/02/2011, DJe 02/03/2011).

Em seu voto, consignou a eminente Min. Nancy Andrighi no julgado acima referido:

*‘As circunstâncias da causa permitem aferir o nexo causal necessário para a caracterização da lesão. Uma pessoa que tem apenas instrução primária não teria condições de compreender o exagero da contraprestação a que se obrigara, notadamente porque os operadores do direito têm conhecimento de que a exigência de contrato quota litis mediante pagamento de 50% do benefício econômico da parte é algo absolutamente incomum. A desconexão entre a postura manifestada pelos recorridos e os usos e costumes quanto à matéria também indicam a existência de clara lesão à boa-fé objetiva que deve permear as negociações preliminares, à celebração e à execução do contrato.*

*Reconheço, portanto, tomando o princípio da boa-fé objetiva como cânone de interpretação do contrato ora discutido, a ocorrência do abuso de direito (art. 187 do CC/02) e de lesão (art. 157 do CC/02). [...]’*

Assim, embora não se legitime a redução de ofício da verba honorária contratada nos autos da ação previdenciária, em que essa questão não foi submetida ao devido processo legal, afigura-se cabível que a parcela contratada excedente a 30% — percentual que vem sendo adotado como limite pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho de Ética da OAB de São Paulo —, que corresponde, no caso, a 15%, não seja apenas destacada em nome das advogadas, em alvará judicial ou em requisição de pequeno valor ou precatório, pagando-se à parte-atora da ação previdenciária o percentual de 70% da condenação.

Em sentido convergente, saliento a orientação da jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. DESTAQUE. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DO PERCENTUAL DESTACADO. MEDIDA ADMITIDA DE FORMA EXCEPCIONAL. 1. Dispõe o § 4º do art. 22 da Lei nº 8.906/94 que “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.”. 2. É dizer, independentemente do ajuizamento de nova demanda, tem o causídico o direito de descontar do valor inscrito em RPV ou precatório, conforme o caso, a parcela relativa aos honorários contratados com seu constituinte, desde que ainda não tenham sido pagos. Precedentes

do STJ. 3. A respeito da *possibilidade de limitação do destaque dos honorários contratuais*, a regra geral é a não intervenção do Poder Judiciário no percentual dos honorários contratuais pactuados entre o segurado e seu patrono. 4. Não se afasta, contudo, de forma definitiva a possibilidade de que as cláusulas contratuais relacionadas ao percentual da remuneração devida pelo segurado ao seu patrono sejam revistas pelo Poder Judiciário. 5. Há que se fazer, necessariamente, uma apreciação do contrato à luz dos princípios da boa-fé objetiva, da boa-fé contratual e da vedação ao enriquecimento sem causa de um dos contratantes em prejuízo do outro, tendo como referência as próprias disposições do Estatuto de Ética e Disciplina da ordem dos Advogados do Brasil. 6. Resumindo, tem-se a respeito do tema o seguinte panorama: a regra geral é a não intervenção do Poder Judiciário no contrato de honorários advocatícios. Deve-se, contudo, admitir a redução, pelo juiz, até mesmo de ofício, do percentual da verba honorária contratual naquelas situações em que se mostrar imoderado o montante contratado, tendo como parâmetro máximo para tal verificação a impossibilidade de que a demanda resulte mais benéfica ao advogado do que ao próprio cliente.

(AG 00072268720124040000, CELSO KIPPER, TRF4 - SEXTA TURMA, D.E. 18/09/2013.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. ALVARÁ DE LEVANTAMENTO. POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO DE GUIAS SEPARADAS AO ADVOGADO E À PARTE. 1. Pela inteligência do art. 38 do Código de Processo Civil, uma vez conferido ao patrono da parte mandato com poderes expressos e especiais para receber e dar quitação, este pode proceder ao levantamento dos depósitos judiciais efetuados no processo de execução. 2. A determinação do direito que deve prevalecer no caso concreto, o juiz deve verificar não só se o direito existe, mas também qual o sentido exato da norma aplicável e se esta norma aplica-se ao fato sub judice. 3. *Dentre as normas comuns de hermenêutica legal, aplica-se também ao direito processual a chamada interpretação sociológica ou teleológica que objetiva adaptar o sentido ou finalidade da norma às novas exigências sociais, conforme previsto pelo art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.* 4. *A lei arma o juiz de poderes para atuar de ofício contra a fraude processual e, ainda que não haja nos autos qualquer indício de má-fé por parte dos respectivos procuradores, deve-se resguardar o segurado de quaisquer percalços, evitando-se eventuais fraudes.* 5. As razões trazidas pela agravante não demonstram a ocorrência de prejuízos ou transtornos à parte. 6. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AG 200203000366736, JUIZ WALTER DO AMARAL, TRF3 - SÉTIMA TURMA, 07/12/2005)“

A medida adotada restrita ao plano puramente processual (sem interferir no exame da validade do contrato) fundamenta-se, portanto, no poder geral de cautela (art. 798 do CPC) e tem por escopo prevenir



e evitar possível lesão grave e de difícil reparação ao segurado rural, cuja hipossuficiência é notória, caso venha a lograr êxito no reconhecimento do direito à limitação dos honorários contratuais a 30% do valor das parcelas retroativas do benefício previdenciário.

Fundamenta-se, também, na orientação adotada por essa Seção, em casos semelhantes, no sentido de que não há, necessariamente, direito líquido e certo de as impetrantes terem expedido, em seus nomes, os alvarás de levantamento de valores depositados em juízo, ainda que possuam poderes para receber e dar quitação, uma vez que a procuração outorgada pela parte exequente não retira desta o direito de receber referidos valores, já que é o próprio titular do direito.

Em parecer ofertado nos autos do Mandado de Segurança 0022178-55.2012.4.01.0000/MG, cuja ementa se encontra acima colacionada, manifestou-se o Procurador Regional da República, Eugênio Paccelli:

[...] Temos que não assiste razão às impetrantes.

Inicialmente, não há de se falar em impossibilidade da parte de levantar o alvará por falta de capacidade postulatória. *A expedição do alvará em nome do procurador é exceção, sendo necessária procuração com poderes especiais para dar quitação. A regra, portanto, é a expedição em nome da parte.* Desse modo, ainda que fosse expedido em nome do procurador é lícito à parte fazer o levantamento dos valores, dado que é a titular do direito.

*Não existe, tampouco, a inaplicabilidade do art. 114 da Lei 8.213/91 (Lei da previdência social) pelo CC e pelo CPC como alegam as impetrantes. Ao contrário, Bobbio ensina que “o conflito entre o critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente”* (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. Pág. 108). Nesse sentido já se posicionou o STF [...]

No mérito, não existe direito líquido e certo que imponha a concessão da ordem. Como bem destacou a Relatora em sua decisão, *a procuração com poderes especiais para levantar o alvará não obriga o juiz, analisando as circunstâncias do caso, a indeferir o pedido para resguardar o direito da parte, nem impede que os valores sejam levantados pela parte titular do direito.* [...] (Grifei)

Na hipótese dos autos, a medida se justifica, também, em face da natureza alimentar do benefício previdenciário, destinado à subsistência do segurado e de sua família.

Assim, não se legitimando a redução, de ofício, do patamar contratado a título de honorários, ficará a

cargo das partes, titulares do direito, procederem ao acerto com as advogadas da parcela restante (15%) ou discutir, em ação própria, a legalidade da cobrança avençada no patamar excedente a 30%.

Pelo exposto, concedo, em parte, a segurança postulada para determinar ao juízo impetrado que se abstenha de reduzir, de ofício, o percentual de 45% (quarenta e cinco por cento), referente a honorários devidos às impetrantes por força de cláusula contratual, autorizando, porém, *ad cautelam*, a expedição de alvará, RPV ou precatório, em nome da parte-autora da ação, no percentual correspondente a 70% (setenta) por cento do valor da condenação nas parcelas retroativas do benefício, reservando-se o percentual de 30% às advogadas impetrantes, devendo eventual discussão quanto à legalidade da cobrança da parcela controversa (15%) ser solucionada na via própria entre as partes-autoras das ações previdenciárias e suas advogadas.

Sem honorários de advogado. (Lei 12.016/2009, art. 25.)

Custas na forma da lei.

É como voto.

## Voto-Vogal Vencedor

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Tendo em vista notícia que eu recebi de que há precedente da 2ª Turma que admite o corte *ex officio* e levando em consideração o disposto no art. 144 da Lei 8.213/1991, que diz que é absolutamente nula qualquer convenção para procurações no sentido de levantamento de parte dos benefícios atrasados para terceiros, mesmo em causa própria, denego a segurança.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Vossa excelência denega integralmente, não é?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Integralmente.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Qual esse dispositivo último referido por vossa excelência?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Art.114 da Lei 8.213/1991. Diz assim:

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.

## Voto-Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Entendo que, de fato, à luz do que advertido por sua excelência, o Des. Jirair, o art. 114 põe, sem qualquer possibilidade de dúvida, como nula a constituição de qualquer ônus sobre benefício previdenciário, portanto, tornando nula a cláusula contratual de honorários advocatícios que nela se baseia, não obstante isso, por considerar que o Poder Judiciário não pode agir de ofício, cuida-se aqui de um outro processo, ninguém provocou o Poder Judiciário, que não é fiscal de profissões, não é fiscal de contratos, não tem esse poder. O próprio Ministério Público, eventualmente, poderia atuar para apurar interesse indisponível, não tomou qualquer providência, não me parece que, *de ofício*, seja papel. Reconheço que há jurisprudência, referida por sua excelência, o Dr. Henrique, mas não reconheço no Poder Judiciário tal competência e, portanto, no caso, defiro a segurança.

## Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos D'Ávila Teixeira:* — Senhor presidente, eu acompanho a posição do Dr. Jirair, que abriu a divergência.

## Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão:* — Desembargador, também acompanho a divergência, sob o argumento de que nós estamos no âmbito de um direito social e, nesse âmbito, o juiz tem que ter uma presença, uma intervenção mais pronunciada. Se reconhecermos de antemão, como já o faz a jurisprudência pátria, de que seriam extorsivos os valores cobrados acima de 5%, então, reconhecer o contrário seria admitir a possibilidade de efetivação desse abuso reconhecido pela jurisprudência. Por essas razões e pelas razões apresentadas pela divergência em relação ao art. 114, que dá essa autorização ao Judiciário, de proteger o caráter social desse benefício e não transmutar num valor meramente patrimonial, apenas monetário, não, o benefício tem uma dimensão social e deve permanecer com essa dimensão social, cabe ao Poder Judiciário Federal decidir, mantendo essa dimensão social, daí por que está legitimado a proteger esse direito de qualquer transmutação que se faça na vida civil acerca dessa dimensão social. Por essas razões, pedindo vênua a vossa excelência e reconhecendo a estruturação lógica, muito bem construída nos argumentos, mas adiro a essas razões de cunho material, legal e jurisprudencial apresentadas pela divergência e, assim, também nego provimento ao mandado de segurança.

## Voto-Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes:* — Senhor presidente, meu voto é um pouco diferente dos que me antecederam. A minha posição é no sentido do não conhecimento do mandado de segurança, porque a alegação é de que é uma decisão teratológica, pois foi uma decisão proferida em um processo judicial cabível de agravo de instrumento, claramente. Foi uma decisão fundamentada, numa fase de execução, em que se reduziu o valor do destaque da verba honorária. Pelos próprios fundamentos trazidos, vê-se claramente que há muita divergência em cima da matéria, a matéria é controvertida, e a decisão que reduziu a verba honorária contratual, que foi até em parte acolhida pelo relator, mostra-se claramente que não é teratológica. Então, essa discussão toda deveria estar sendo discutida no âmbito de um agravo de instrumento, e não no âmbito de um mandado de segurança. E o pior ainda, além dessa questão da inadequação da via eleita, vejo que o pedido do mandado de segurança, apesar de fundamentado nessa decisão, os impetrantes pedem um verdadeiro salvo-conduto, para que o juiz não faça isso mais em nenhum outro processo que vier a despachar, ou seja, é totalmente inadequada, processualmente, uma ordem dessa natureza.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Esse é um segundo pedido? Pergunto, porque tenho que reajustar o meu voto, e meu voto também vai ser a concessão parcial, pois não abrangeria esse.

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha:* — Só esclarecendo que esse não foi acolhido no dispositivo da minha conclusão.

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes:* — Então, desse pedido também não conheço, porque é totalmente inadequado, pois pede um salvo-conduto para todo e qualquer processo. Essa palavra aqui:

Determinar a autoridade coatora que, doravante, em todo e qualquer processo nos quais as impetrantes figurem como advogadas, respeite os termos do instrumento de mandato outorgado [...];

ou seja, é o impedimento de que o juiz possa fazer qualquer juízo de valor nos próximos processos. Penso ser inadequada uma ordem dessa natureza. Por esses fundamentos, não conheço do mandado de segurança pela inadequação da via eleita.

## Primeira Seção

Numeração única: 0037128-98.2005.4.01.3400

Embargos Infringentes 2005.34.00.037672-7/DF

Relator: Desembargador Federal Ney Bello  
Relator p/ acórdão: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)  
Embargante: União Federal  
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
Embargado: Lúcio Campos Silva  
Advogados: Dr. Raul Canal e outro  
Publicação: e-DJF1 de 08/08/2014, p. 286

### Ementa

*Administrativo. Servidor. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Agravamento da pena sugerida pela comissão processante. Desproporcionalidade. Ausência de má-fé. Embargos infringentes desprovidos.*

I. Conquanto possa a autoridade administrativa, motivadamente e baseada em prova, deixar de acolher as conclusões da comissão processante, também o Judiciário, examinando a questão sob o prisma da proporcionalidade, pode rever a decisão final da Administração Pública, ante o monopólio da jurisdição e a inafastabilidade de seu exercício, pelo Poder Judiciário.

II. Merece revisão a pena de demissão imposta a servidor público, contrariando as conclusões da comissão disciplinar, se, não obstante a constatação da prática de irregularidade, o dolo ou a má-fé não foram comprovados; isso sem olvidar os antecedentes do servidor que, com mais de trinta anos de serviço, jamais sofreu penalidade, além do fato de não ter havido dano ao Erário ou prejuízo efetivo para o serviço público.

III. O ato administrativo que impõe pena disciplinar, apesar de discricionário, é sindicável pelo Poder Judiciário, em especial sob o prisma da razoabilidade e proporcionalidade.

IV. Embargos infringentes a que se nega provimento.

### Acórdão

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

1ª Seção do TRF 1ª Região – 22/06/2014.

Juiz Federal *Renato Martins Prates*, relator p/ acórdão.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello:* — Cuida-se de embargos infringentes opostos pela União Federal em razão de acórdão da 2ª Turma deste Tribunal que deu provimento ao recurso de apelação interposto por Lúcio Campos Silva, para, por maioria, anular o ato de demissão do apelante no cargo de policial rodoviário federal, e determinar a sua reintegração no serviço público, e o correspondente pagamento da remuneração correspondente ao período de afastamento, acrescida de correção monetária e juros moratórios de 6% ao ano.

Eis a ementa do acórdão embargado:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. AGRAVAMENTO DA PENA ESTIPULADA PELA COMISSÃO PROCESSANTE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE NA PROVIDÊNCIA. REINTEGRAÇÃO DO SERVIDOR. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Com base na prova colhida no processo administrativo a comissão processante concluiu pela aplicação da pena de advertência ao apelante, sendo que, apenas na hipótese descrita no parágrafo único do art. 168 da lei 8.112/90 é que essa pena poderia ter sido agravada.

2. A longa ficha funcional do servidor sem nenhuma mácula, a menor gravidade da infração cometida e ainda a ausência de dolo em seu cometimento, tudo isso sopesado na decisão proferida pela comissão processante, justificam a prevalência desta em relação ao agravamento levado a efeito pela autoridade superior.

3. Determinação de reintegração do servidor, com o pagamento das parcelas que ele deixou de auferir por força da demissão indevida.

4. Apelação a que se dá provimento.

O voto vencido que vem lançado às fls. 646-649, naquilo que importa, tem os seguintes termos:

Não há, todavia, nulidade alguma a contaminar o procedimento administrativo, o qual registrou estrita obediência aos requisitos legais, tendo sido plenamente observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, conforme assinalou a decisão recorrida.

De fato, a Portaria nº 309/2003/CG/DPRF/MJ, que instituiu a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar objetivando apurar os fatos narrados no Processo nº 08.650.001.002.12002-43, consignou os nomes dos servidores e pormenorizou as respectivas condutas. O indiciado amplamente se defendeu, produzindo as provas que entendeu necessárias, tendo sido representado por advogado regularmente constituído.

No que diz respeito à mudança na capitulação legal das condutas, circunstância ocorrida na oportunidade em que a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça ofertou seu parecer, nada há a prover, uma vez que, como é de curial sabença, o indiciado se defende dos fatos descritos na peça acusatória e não de sua capitulação legal.

[...]

Por outro lado, o art. 168, da Lei 8.112/90 possibilita à autoridade competente para a aplicação da sanção divergir do relatório da comissão processante, como ocorreu no presente caso, desde que a sanção aplicada esteja devida e suficientemente motivada. Pode, ainda, aplicar pena mais severa, devendo para tanto, vincular-se aos fatos e elementos apurados no processo disciplinar. Ressalto, ainda, que não há irregularidade alguma na opção da autoridade sancionadora lastrear-se em parecer jurídico antes de produzir seu julgamento como ocorrido na espécie.

[...]

Por último, há que se ter em mira que a pena imposta está adequada aos fatos apurados na sindicância e confirmados no procedimento administrativo disciplinar, como bem asseverado na sentença recorrida [...]

O voto-vogal condutor da decisão da e. 2ª Turma, às fls. 651, contém, naquilo que importa, os seguintes fundamentos:

No meu entendimento, houve sim imensa desproporcionalidade entre a aplicação da punição e o que foi investigado pela comissão processante a respeito de condutas atribuídas ao policial indiciado. Na minha visão, a autoridade julgadora administrativamente só pode divergir da conclusão a que chegou a comissão processante na hipótese do parágrafo único do art. 168 da Lei 8.112/90, vale dizer, quando o relatório da comissão chegar a alguma conclusão que não esteja lastreada na prova dos autos, seja para prejudicar ou para favorecer o indiciado, poderá o julgador, motivadamente, dela divergir agravando a penalidade, abrandando-a, ou isentando o servidor de toda e qualquer responsabilidade. Não é o que aconteceu no processo ora analisado. As conclusões da comissão, ao final, sugeriram a aplicação da pena de advertência, e fez isso levando em consideração, ao que entendi, não só a gravidade das faltas, a ausência de dolo, como também o passado limpo do servidor, que em trinta e um anos de serviço ligado à área policial, tão rica em oportunidades de cometimento de infrações, sejam elas leves ou não, jamais respondeu a processo disciplinar, jamais sofreu advertência, não existindo do conhecimento dos julgadores que atuaram no feito, em qualquer que seja a instância, nenhuma motivação para que se chegasse à pena máxima de demissão a bem do serviço público. Tenho para mim que, apuradas as faltas atribuídas ao servidor, ele deveria sim ser advertido ou ser suspenso, mas jamais, nessas circunstâncias, exonerado.

O voto de desempate, proferido após vista requerida, naquilo que importa, consigna, às fls. 654, que,

[...] analisada a questão posta, comungo com o entendimento da eminente Desembargadora Neuza, no sentido de que a pena aplicada foi desproporcional às faltas cometidas pelo apelante.

Alega o embargante que o processo administrativo se houve com respeito aos princípios constitucionais de regência, e que a conclusão da comissão processante foi devidamente motivada, não cabendo ao Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo, sob pena de flagrante ofensa ao art. 168 da Lei 8.112/1990. Citando jurisprudência e doutrina do e. Superior Tribunal de Justiça, afirma que há parcela de discricionariedade da autoridade administrativa que possui atribuição para aplicar a sanção administrativa, não se vinculando à conclusão da Comissão Administrativa Disciplinar.

Pugna pela reforma da decisão com provimento destes embargos infringentes.

Em sede de contrarrazões às fls. 676-685, o embargado, outrora apelante, sustenta que “as faltas

por ele cometidas não foram de gravidade tal que ensejasse a pena máxima de demissão”.

Afirma que foi processado por improbidade administrativa, e demitido por desídia, e que a dita improbidade foi negada em sede de decisão judicial, mantida pela Quarta Turma, Segunda Seção desta Corte.

Alega absoluta desproporcionalidade entre os atos praticados e a penalidade imposta, porque não foi observado o disposto no art. 128 da Lei 8.112/1990. Afirma que a legalidade da sanção gravosa pode ser apreciada pelo Poder Judiciário, não sendo o caso de se afirmar a existência de limites ao poder de correção do ato administrativo.

Lembra que em 31 (trinta e um) anos de serviço público não sofreu qualquer reprimenda administrativa, e este passado probo não foi levando em consideração pela autoridade administrativa quando da lavratura da decisão de demissão.

Pleiteia o improvimento dos embargos.

Embargos infringentes admitidos às fls. 762.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 770-773, pelo provimento dos embargos infringentes, ao argumento de que

[...] a autoridade competente para aplicar a sanção administrativa pode divergir das conclusões da comissão disciplinar e impor penalidade diversa da sugerida, ainda que mais grave, desde que apoiada tal decisão em suficiente motivação, [...]

em consonância com o julgado do Superior Tribunal de Justiça no MS 14856/DF, 3ª Seção, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 25/09/2012.

Sustenta, demais disso, que a

[...] Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado [...].

Tudo conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça nos julgados MS 16.567/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 18/11/2011 e MS 15.951/DF, rel. Min. Castro Meira, *DJe* 27/09/2011, ambos da 1ª Seção.

Opina pelo provimento dos embargos infringentes.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: — Conforme se vem de ver, a r. sentença de fls. 575-580 foi desconstituída em sede de apelação em razão de voto divergente, acompanhado de voto-vogal que entenderam conjuntamente que houve franca desproporcionalidade entre a sanção fixada no processo administrativo e os fatos que deram azo ao apuratório. Demais disso, o voto da relatora para o acórdão ainda consigna, como razão da divergência com o ilustre relator, o fato que — no seu entender — não pode a autoridade administrativa divergir das conclusões da comissão processante, salvo nas hipóteses do art. 168 da Lei 8.112/1990.

Vênia concedida pela ilustre relatora para o acórdão, filio-me à corrente que entende ser possível à autoridade administrativa divergir da sugestão de pena indicada pela comissão processante, no esteio do que decido pelo Superior Tribunal de Justiça no MS 14856/DF, rel. Min Marco Aurélio Belizze, onde na ementa resta claro que

[...] a autoridade competente para aplicar a sanção administrativa pode divergir das conclusões da comissão disciplinar e impor penalidade diversa da sugerida, ainda que mais grave, desde que apoiada tal decisão em suficiente motivação.

Creio que este é o caso, e resta perquirir se a pena aplicada pela autoridade administrativa é proporcional ao fato apurado.

A partida, cumpre analisar os limites da atuação do Judiciário quando se trata de análise de ato administrativo, e de seu cotejo com os princípios da legalidade e da discricionariedade.

Nas palavras de Seabra Fagundes, ser administrador é aplicar a lei de ofício, o que implica a máxima obrigação da Administração Pública de cumprir os mandamentos legais em sua integralidade. Contudo, há parcela constitutiva do ato administrativo que admite — dentro dos quadrantes da juridicidade — a fixação de conteúdo por parte de quem executa o ato, sem que isto pressuponha qualquer ilegalidade. A lei não pode tudo prever. A norma não pode especificar toda a gama de atos que podem ser praticados por quem detém as funções administrativas. Dito de outra forma, ha um espaço de conformação de cada ato

\* Participaram do julgamento as Exmas. Sras. Des. Federais Ângela Catão e Neuza Alves e os Exmos. Srs. Juizes Federais Gilda Maria Sigmaringa Seixas, Renato Martins Prates e Cleberson José Rocha (convocados).



administrativo que fica ao talante do administrador, considerando desde logo que lhe foi outorgada uma legitimidade para tanto, dentro do modelo constitucional brasileiro.

Desta maneira, há um conjunto de atos administrativos que fica limitado aos ditames da lei e, naturalmente, pode ser sindicado pelo Judiciário, vez que a legalidade pode ser questionada judicialmente. Há, entretanto, outra gama de atos administrativos que guardam discricionariedade — o que significa que são, quase completamente — de escolha do administrador, pois a lei não lhes determina conteúdo obrigatório, e a posição de administrador impõe a escolha de conteúdos e objetos para esses mesmos atos.

Os atos administrativos discricionários — e não os vinculados — trazem consigo determinados elementos que são de escolha absoluta do administrador, mas isso não significa dizer que haja, para estes atos, alguma reserva de jurisdição, e que, por esta razão, estes atos não possam ser sindicados pelo Poder Judiciário. É possível o controle judicial dos atos administrativos discricionários, mas não em todos os seus parâmetros, como sói acontecer com os atos vinculados.

Dito de outra forma, os atos administrativos vinculados podem ser analisados pelo Poder Judiciário sem qualquer limitação, mas os atos discricionários — quando analisados — o são na medida de seus elementos vinculados, e na medida da sua motivação ou sentido de publicidade, que é a finalidade, deles próprios.

Vem a jurisprudência, de há muito, permitindo que os atos administrativos sejam corrigidos pelo Judiciário quando ofendem o sentido republicano e democrático da administração da coisa pública, isto é, quando abandonam a razoabilidade, a proporcionalidade e a legalidade a que devem estar adstritos.

Nesse sentido, o ato administrativo deve guardar proporcionalidade com os fatos que lhe deram causa, pois a motivação e a finalidade pública dos atos administrativos sempre podem ser sindicados pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, a Lei 9.784, de 29/01/1999, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o princípio da proporcionalidade como de obediência obrigatória. Logo, ao fixar-se a pena em processo administrativo disciplinar, faz-se mister que esta seja proporcional ao fato praticado.

No que diz respeito à obediência da proporcionalidade entre a motivação e a pena

administrativa, diversos são os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como também do STF: MS 21.297-DF, *DJ* 28/02/1992, do Excelso Pretório; do STJ: MS 12.983-DF, *DJ* 15/02/2008; RMS 19.224-MT, *DJ* 1º/07/2005, e MS 13.111-DF. RMS 19.741-MT, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 11/03/2008; MS 13.678-DF, *DJe* 1º/08/2011; MS 12.429-DF, *DJ* 29/06/2007, e MS 13.091-DF, *DJ* 07/03/2008. MS 17.490-DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 14/12/2011; MS 12.369-DF, *DJ* 10/09/2007, e MS 8.401-DF, *DJe* 17/05/2009. RMS 29.290-MG, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 18/02/2010.

Assim, é bastante pacífico na jurisprudência patricária que os atos administrativos discricionários podem ser analisados pelo Judiciário em diversos de seus elementos, e dentre eles quanto à aplicação correta da proporcionalidade, que nada mais é do que a fixação correta entre a causa do ato e o conteúdo do ato em si.

Neste aspecto, vale verificar a jurisprudência desta Corte Regional que vem entendendo no sentido de que cabe ao Judiciário verificar e sindicat a existência de proporcionalidade entre os fatos e atos que deram causa ao PAD e a pena escolhida e aplicada pela Administração Pública em reprimenda ao fato praticado.

Veja-se:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENALIDADE DE DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. ASSIMETRIA ENTRE OS FATOS APURADOS NO PROCESSO E AS RAZÕES QUE MOTIVARAM A APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. REINTEGRAÇÃO. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. 1. A Lei 8.112/90, em seu artigo 128, resguarda a proporcionalidade entre a infração cometida e a pena a ser aplicada. O ilícito pelo qual o apelante foi punido - permuta ilícita de senhas funcionais eletrônicas -, não obstante ilegítima, teria sido realizada com certa frequência em seu ambiente de trabalho, com o conhecimento, inclusive, de superiores, pelo que não poderia ensejar a penalidade máxima de demissão que lhe foi ao final aplicada. 2. Não obstante tenha restado incontroverso nos autos o emprego da senha do servidor (aqui apelante) para a inclusão fraudulenta de verbas remuneratórias para outrem, entretanto, remanesceu não esclarecida nos autos, tanto do processo penal como do procedimento administrativo, a autoria ou não do apelante na indevida inserção de valores remuneratórios. Em termos simples, sabe-se da utilização indevida de sua senha no fato delituoso, mas não se sabe, no caso concreto, se foi o apelante quem de fato a utilizou. 3. Qualquer sanção mais ajustada ao

caso, advertência ou mesmo a suspensão, já teria sido superada e consumida pelo tempo decorrido desde o início deste processo. 4. Ausente o vínculo causal entre a conduta do Estado-administração e eventuais danos morais sofridos pelo apelante, não se pode pretender a condenação por danos morais. Com efeito, se dano moral existiu, teria sido de fato muito mais reconduzível ao apelante do que à Administração que, no caso concreto, agiu dentro do que lhe incumbia, aplicando ao servidor sanção por ilícito que de fato ele praticou. A eventual ausência de proporcionalidade entre a sanção aplicada e a conduta do apelante não é juízo, portanto, que se possa sem mais atribuir à Administração, já que, de fato, o servidor praticou o ato delituoso que lhe foi imputado, apenas não se mostrando proporcional a sanção a ele aplicada. 5. Censurada apenas a proporcionalidade da sanção aplicada, não negando a prática do ilícito pelo apelante, rejeita-se a existência de danos morais, ante a ausência, na espécie, de responsabilidade por parte da Administração. 6. Apelação a que se dá parcial provimento, para julgar procedente a apelação, com a consequente reintegração do apelante e o pagamento de indenização pela remuneração por ele não percebida no período de afastamento e demais consectários remuneratórios, a serem apurados em liquidação de sentença. (AC 0001336-18.2002.4.01.3100 / AP, rel. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, rel. Acor. Des. Federal Néviton Guedes, 3ª Turma Suplementar, e-DJF1 p. 338 de 11/09/2013)

Reconhecida a possibilidade de sindicarse a proporcionalidade da pena adremente aplicada, em cotejo com os fatos provados que lhe deram causa, surge a questão posta em juízo: No caso em tela, a pena de demissão aplicada foi proporcional aos fatos comprovados no processo administrativo?

Noto que neste ponto faz-se mister consignar uma diferença entre desconstruir um ato administrativo por ofensa à proporcionalidade entre os motivos e o ato de demissão deles decorrente, e entre a atitude de substituir-se ao administrador em razão de juízo de valor diferenciado, dentro de uma possível proporcionalidade. Em outras palavras, uma coisa é averiguar a flagrante desproporcionalidade entre o ato de demissão e os fatos ocorridos, e outra coisa é o juízo de valor diferente, embora proporcional, que pode conduzir a decisões divergentes.

O administrador público não pode ser desproporcional, desarrazoado ao aplicar a sanção administrativa, mas o seu posicionamento, mesmo em desconformidade com o pensamento do julgador ou do próprio administrado, pode ser proporcional aos fatos.

Não cabe ao Judiciário se colocar na posição do administrador público tomando a decisão que tomaria acaso não exercesse função distinta, por critérios próprios de correção e oportunidade, mas, sim, averiguar, apenas e tão somente, se a decisão é desproporcional, não se ela é equivocada, a seu talante.

O Judiciário não é substituto da Administração Pública.

Há substancial diferença entre analisar se a pena aplicada foi proporcional ou não ao fato aplicado — e se os fatos que sustentam a tese da desproporção foram ou não provados no decorrer do processo administrativo — de se nulificar a decisão pelo fato de ela não ser a mais justa, ou a mais equânime, ao talante do magistrado.

No caso vertente, os fatos que ensejariam a pena — determinação irregular de pagamento de verbas públicas, haver-se com irregularidade em procedimentos licitatórios, doação irregular de bens, fracionamento irregular de despesas, etc — são ou não desproporcionais à pena de demissão? Vejamos.

Conforme parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça (fls. 464-517), o pagamento e percepção indevidos pelo embargado de adicional noturno a servidores, no período de janeiro de 2001 a fevereiro de 2002,

[...] careceram de respaldo fático e legal, já que não comprovaram as horas noturnas efetivamente trabalhadas, com isso caracterizando a irregularidade, na esteira do quanto aferido pelo Tribunal de Contas da União às fls. 2965-2972 [...] (fls. 472).

Quanto à tramitação de processos de licitação visando à aquisição de veículos e equipamentos de informática sem a observância das normas de regência e sem a respectiva justificativa para a utilização e necessidade de determinados aparelhos, diz o parecer que o servidor se encontrava sujeito à observância da legalidade, pois atuou no exercício do dever que é deferido ao agente público, sendo que eventual omissão de sua parte não pode isentá-lo de responsabilidade.

A doação irregular de bens pertencentes ao acervo patrimonial do DPRF/MG, feita pelo embargado, também deixou de observar as medidas cabíveis à espécie, havendo ele realizado reparação de parte deles (um nem mesmo pertencia mais à corporação) para, posteriormente, cedê-los ou doá-los, onerando, como observou o parecer, o Erário, ressaltando que

[...] não se justifica a conduta do servidor, ao reparar veículos então prestes a serem doados e cedidos, ou mesmo quando já transferidos a outros órgãos, implicando com isso violação aos diplomas normativos citados [...] (fls. 495),

já que, com tal conduta, adveio prejuízo aos cofres da corporação.

O parecer da Consultoria Jurídica sugere a demissão do servidor Lúcio Campos pelo fato de, como ordenador de despesas, haver permitido o possível fracionamento de despesa na contratação e manutenção de viaturas, bem como haver excedido o limite para contratação de serviço com dispensa de licitação junto à empresa Serv-Kar, burlando a exigência legal atinente ao dever de licitar. Adotando, de modo reiterado, tal prática, ou seja, ao longo dos anos de 2000 a 2002, demonstrou o embargado, segundo o parecer,

[...] atuação contrária aos ditames preconizados na Lei nº 8.666/93, apartando-se da conduta que se exige de um administrador público, mormente porque no caso vertente a licitação era imperiosa [...] (fls. 496).

Segundo testemunhas, a empresa Rotauto reparava os veículos, embora as notas fiscais fossem emitidas por outras empresas, porquanto aquela encontrava-se irregular perante o Sicaf (fls. 3.685-3.687). Assim, a conclusão do parecer é no sentido de que

[...] inequívoca se revela a frustração ao dever de licitar, perpetrada pelo servidor. Ressalte-se, aliás, que sua alegação – consistente na ausência de meios para justificar a emergência, a fim de dispensar o certame -, não tem qualquer subsistência, posto que se não dispunha de meios para aquela justificativa, é porque emergência não existia, razão pela qual, forçosamente, haveria de se valer de regular processo licitatório, a fim de contratar os serviços de reparos nos veículos, mormente considerando-se o teor do artigo 7º, § 9º, da Lei 8.666/1993 [...] (fls. 497).

Também as obras de ampliação em prédio do 5º Distrito, realizado com procedimento licitatório sem observância das normas legais, pode ter causado prejuízo ao Erário, embora este não tenha sido comprovado. Isso porque, segundo a Comissão,

[...] o fato de a licitação ser dispensável não afastaria a necessidade de se remeter o caso à análise jurídica, devendo-se a mesma ser procedida pelo DPRF/MG, já que o distrito não dispunha de assessoria própria [...] (fls. 498).

Considerou que,

[...] dos três orçamentos referidos, dois apresentavam valores consideravelmente elevados,

em relação aos preços de areia praticados no mercado, o que denota manobra tendente a favorecer justamente a empresa ao final vencedora [...] (fls. 498),

motivo pelo qual, pede o parecer a pena de demissão para o servidor.

O embargado também transferiu

[...] veículos de outras regionais, realizando gastos para tanto e para remoção dos mesmos, além de reparo daqueles efetivamente não utilizados por outros órgãos [...] (fls. 499).

Exemplo disso, conforme o parecer, a despesa promovida com o caminhão boiadeiro, placa KCR 1650, no montante de R\$ 12.740,10 (doze mil, setecentos e quarenta reais e dez centavos), sendo que o mesmo não foi utilizado pela Polícia Federal, pois que destinado à Polícia Militar.

Frisando o ponto que não se trata de substituir a decisão menos justa pela mais justa, mas, sim, de averiguar a proporcionalidade da decisão, tenho-a por proporcional e razoável, embora severa, o que não permite, *prima facie*, a desconstituição do ato administrativo de demissão.

Isto posto, *dou provimento aos embargos infringentes* para manter hígida a sentença de 1º grau.

É o voto.

## Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates:*  
— Excelência, ouvi com muita atenção a defesa feita da tribuna, o voto proferido pelo ilustre Des. Ney Bello e convirjo com sua excelência em toda essa parte introdutória de sua explanação no voto, de que existem aspectos, mesmo no ato discricionário, que são sindicáveis pelo Poder Judiciário, em especial a razoabilidade e a proporcionalidade, o que se aplica, inclusive consoante jurisprudência que sua excelência trouxe à colação e já pacífica no âmbito do STJ e também do nosso Tribunal, aos processos administrativos disciplinares e respectivas penas.

No caso, o cerne da questão é se a pena aplicada de demissão é proporcional aos fatos praticados. Conquanto não me tenha sido dado examinar com muita profundidade exatamente a falta cometida, pelo que me foi dado a saber pelo próprio relatório, diz respeito a irregularidades em licitação, e aí deve vir à consideração o fato de que os mesmos fatos deram origem à ação de improbidade, que foi julgada improcedente tanto em 1ª instância quanto neste Tribunal — se estiver errado, me corrija o

relator, mas parece-me que nas duas instâncias foi julgado improcedente — pela constatação de que não houve má-fé por parte do servidor público. Essa circunstância me parece relevante, porque estamos falando da pena mais grave, que é a pena de demissão a um servidor que tem uma ficha limpa, vamos dizer assim, com mais de trinta anos de serviço público sem nenhuma penalidade anterior; e houve, sem dúvida, irregularidade nessa licitação, mas não dolo ou má-fé, por isso, entendo exagerada ou irrazoável a penalidade máxima, que é a aplicação da pena de demissão, tanto pela vida pregressa do servidor quanto pelas próprias consequências e ausência constatada, certificada de má-fé. Ademais houve, sim, um juízo prévio da comissão responsável pela apuração do ilícito, que foi contrariada pela autoridade superior e que havia deliberado pela aplicação da pena menor, de advertência. Portanto há um espaço muito grande, um buraco entre essa pena mais grave de demissão e a pena sugerida pela comissão disciplinar, que foi a pena de advertência. De fato a autoridade pode, motivadamente, e baseada nas provas, deixar de acolher as conclusões da comissão, mas também aqui no Judiciário podemos, examinando a questão sob o prisma da proporcionalidade, não acatar essa decisão final da Administração Pública, porque isso decorre do monopólio da jurisdição e da inafastabilidade da jurisdição pelo Poder Judiciário. Portanto, com essas considerações, e após rápida leitura que fiz aqui do voto-vogal proferido pela Dra. Neuza quando da decisão pela 2ª Turma, com a vênua do relator, nego provimento ao recurso de embargos infringentes.

## Voto-Vogal

### Pela Ordem

*A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: —* Acompanho integralmente o relator, creio que ele deu um voto brilhante, pegou todos os aspectos da questão, e entendo que pode, efetivamente, mudar para uma sanção mais gravosa ou menos gravosa.

## Voto-Vogal

### Pela Ordem

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: —* Senhora presidente, cada vez que enveredo pela análise do problema, mais me convenço do acerto da minha interpretação, por isso quero adiantar o voto no sentido de acompanhar a divergência, pedindo vênua ao excelentíssimo relator.

[...]

## Voto

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: —* Após debates na sessão de julgamento resolvi pedir vista dos autos para melhor formular meu convencimento.

Trata-se de embargos infringentes contra acórdão da 2ª Turma que, por maioria, deu provimento à apelação do autor para julgar procedente seu pedido de anulação do ato administrativo e determinou sua reintegração aos quadros da Polícia Rodoviária Federal – PRF.

Nos presentes embargos busca-se fazer prevalecer o voto vencido do Juiz Federal José Henrique Guaracy Rebêlo que negava provimento à apelação do autor.

A questão discutida nos autos é a proporcionalidade do ato de demissão do servidor Lúcio Campos Silva da Polícia Rodoviária Federal.

Após voto do relator, no qual sua excelência explorou de forma clara e elucidativa a natureza do ato administrativo e a possibilidade de o Judiciário aquilatar a proporcionalidade entre a pena aplicada e o ato de demissão do servidor, entendeu pela adequação do ato administrativo, mantendo o voto vencedor que, por sua vez, entendeu como legal o ato demissionário.

Pedi vista para analisar melhor a questão.

Com a devida vênua do nobre relator, acompanharei a divergência, com uma ressalva ao final.

Quanto ao direito tenho que foi por demais esclarecedor o voto do relator quanto à possibilidade de o Judiciário sindicat o ato administrativo para verificar a proporcionalidade entre a gravidade dos atos cometidos pelo servidor e a pena a ele aplicada.

A divergência fica somente quanto ao juízo de adequação da pena aplicada aos atos investigados e apurados no processo administrativo. O relator entende que a pena de demissão é proporcional e a divergência a entendeu desproporcional, com a qual este juiz concorda. Vejamos.

O autor/embargado foi investigado por vários atos administrativos tendo o relatório da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar manifestado no sentido da aplicação da pena inicial de *advertência* pelos 7 (sete) fatos investigados.

No Ministério da Justiça a Consultoria Jurídica, na Nota Técnica adotada para basear o ato demissionário, entendeu de manter a pena de *advertência* para 4 (cinco) atos, *suspensão por 5 dias* para 1 (um) fato e *demissão* em relação a 2 (dois) atos investigados, tendo

prevalecido a pena mais grave de demissão, cuja ato foi formalizado pelo ministro da Justiça (fls. 519).

De início cabe ponderar que o autor/embargado pede a nulidade completa do processo administrativo, com oportunidade de ampla defesa, e sucessivamente a anulação da demissão e substituição por pena mais leve condizente com a gravidade dos atos apurados.

O pedido do autor na ação é para anulação do PAD por alegados vícios em sua tramitação com reabertura do procedimento, o que está devidamente afastado na sentença e no acórdão proferido na 2ª Turma.

A ressalva que tenho quanto ao voto vencedor foi que não acolhido o pedido principal, cabe a anulação da pena de demissão, mas possibilitando ao Executivo a readequação da pena aplicada pelos atos, inclusive a *suspensão*, sugerida pela Nota Técnica para um dos fatos que poderia ser agravada em razão da consideração de todos os atos em conjunto, o que sequer é objeto de insurgência do autor/embargado. Logo, a pena inicial de *suspensão por 5 dias*, salvo agravamento pelos demais fatos, já seria de rigor quando se afastar a pena de *demissão*.

De toda sorte, estando limitado nos embargos infringentes aos votos já proferidos no julgado da Turma, não se abre margem para essa discussão.

Por isso que acompanharei a divergência, com essa ressalva, de que poderá o Executivo readequar a pena para ajustar à gravidade dos fatos apurados conjuntamente.

A demissão não cabe no caso como se verá.

A manifestação da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça foi pela pena de *demissão* por dois fatos investigados; a) o fracionamento de despesa na contratação de serviço com dispensa de licitação; e b) realização de obras sem obediência aos procedimentos licitatórios.

Passa-se a verificar a gravidade desses fatos e a justeza da pena de demissão a eles aplicada, para afastá-la.

Primeiro é preciso assentar que da análise do caso parece ter razão a manifestação da Comissão de Sindicância Administrativa, de caráter inquisitorial, quando afirmou, após a breve investigação inicial, o seguinte (fls. 212):

Levando-se em consideração que o administrador só pode fazer o que a lei permite (princípio da legalidade), nas denúncias previamente apuradas por esta Comissão, em nenhuma delas

conseguimos vislumbrar “dolo” por parte do Insp. Lúcio Campos, ex-chefe do 5º Distrito, sendo certo que a falta do “dolo” não exclui a punibilidade dos envolvidos.

Podemos dizer que o que faltou ao administrador, foi experiência no ramo “administrar”, haja vista que a maioria das irregularidades cometidas foram primárias, ou seja, por pura falta de conhecimento do Chefe do Distrito.

Também na manifestação da Consultoria do MJ não se apontou dolo na prática dos autos ou prejuízo efetivo ao patrimônio público.

*O fracionamento de despesa na contratação de serviço com dispensa de licitação*

Quanto ao primeiro fato — a) o fracionamento de despesa na contratação de serviço com dispensa de licitação — é fácil verificar que a defesa do autor lança fundada dúvida acerca do equívoco, pois o que ocorreu no caso foi a manutenção de veículos feitas nos anos de 2000 a 2002, cujo valor ao final de cada ano superou o limite para dispensa de licitação.

A norma do art. 24 da Lei 8.666/1993, que dispensa a licitação no caso tem a seguinte redação:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (*Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998*)

A interpretação da norma é de que a despesa possa ser realizada conjunta e concomitantemente, o que parece não se amoldar ao caso de manutenção de veículos utilizados no serviço de fiscalização.

Para comprovar essa interpretação fático-jurídica pode-se recorrer à planilha elaborada pela Comissão de PAD (fls. 102-103) da qual se extrai vários consertos em 29 veículos ou reboques, cujos valores individuais são inferiores àquele para o qual é dispensada a licitação, salvo um que superava o valor de dispensa (item 21).

Dessas despesas, algumas foram realizadas no mesmo veículo três vezes ao longo de um ano.

Ainda, que a interpretação da norma deva ser no sentido de privilegiar a realização da licitação, é, no mínimo, discutível, se não impossível, afirmar que os reparos deveriam ser feitos ao mesmo tempo.

Tal implicaria parar alguns veículos estragados para se aguardar que outro ou outros ficassem danificados para se iniciar um procedimento licitatório,



o que representaria ofensa grave ao princípio da eficiência, ainda mais quando se trata de um órgão de fiscalização.

No tocante ao item 21 que superava o valor de dispensa, tenho que a praxe utilizada e a falta de conhecimento do servidor da legislação de regência, aliada à falta de dolo e de prejuízo para os cofres públicos, afasta a gravidade da conduta para atrair a pena de demissão.

Finalmente, a possível irregularidade de realização de serviço em empresa com restrição no Sicaf não foi apurada no procedimento de que se cuida, tendo sido mandado apurá-la em outro procedimento, motivo pelo qual não pode prejudicar o pedido do autor.

*b) realização de obras sem obediência aos procedimentos licitatórios*

Quanto segundo fato e — b) realização de obras sem obediência aos procedimentos licitatórios — tenho que não é suficiente para sustentar a pena de demissão, pois executado sem *dolo* e sem qualquer elemento que demonstre efetivo prejuízo ao Erário.

Cabe ressaltar que a própria Comissão de PAD e a Nota Técnica da Consultoria do MJ assentaram a ausência de dolo no cometimento do ato investigado e que a obra era de valor em que a licitação era dispensada.

Contudo, assentou a manifestação de demissão da Consultoria Jurídica no fato da inobservância de regras da Lei 8.666/1993, quais sejam: 1 – Ausência de aprovação de projeto básico; e 2 – inexistência de termo de inspeção ou recebimento da obra.

Alegaram ainda a intenção de beneficiar uma empresa, posto que o preço da *areia* cotada por ela em R\$ 12,00 era muito inferior aos demais orçamentos que orçaram em R\$ 150,00 e 130,00, respectivamente (fls. 498 da Nota Técnica da CJ/MJ).

Mais uma vez não se demonstrou efetivo prejuízo financeiro ou benefício próprio na prática do ato, bem como se afastou a existência do dolo.

A Comissão do PAD assentou no relatório final o seguinte (fls. 106):

Evidentemente que eventuais prejuízos ao erário não restaram comprovados, pois se assim o fosse, a indicição do acusado ocorreria em relação a inobservância da Lei de Improbidade (Lei 8.429/92), cuja as sanções certamente seriam mais graves.

Assim, não se tem comprovação nos autos de que o autor/embargado buscou favorecer a empresa que forneceu o material para a obra de ampliação,

que, repita-se, estava dispensada da licitação pelo valor abaixo do estabelecido para o procedimento. A afirmação da nota técnica que sustentou a demissão com base na aparente manobra para favorecer a empresa, não encontra comprovação nos autos, pois tal demandaria demonstração do prejuízo ao Erário.

O que de fato se apurou foi inobservância ao procedimento licitatório causado pelo desconhecimento da legislação específica pelo servidor e pela ausência de órgão jurídico na localidade para submissão do processo para análise.

Esse fato não adquire gravidade para majorar a pena de advertência, sugerida pela Comissão do PAD, para a pena de demissão aplicada.

*Fundamento legal para demissão*

Cabe finalmente verificar que o fundamento legal para o ato de demissão foi a conduta desidiosa do servidor (art. 117, XV c/c art. 132, XIII, ambos da Lei 8.112/1990).

Em regra a desídia demanda Esse fato não adquire gravidade para majorar a pena de advertência, sugerida pela Comissão do PAD, para a pena de demissão aplicada.

*Conduta desidiosa*

A Consultoria do MJ alterou a conclusão da comissão que processou o PAD para tipificar a conduta pelo inciso XV do art. 117 da Lei 8.112/1990 (proceder de forma desidiosa, mas a tenho que os fatos apurados nos autos não se amolda ao tipo legal. Vejamos.

A doutrina esclarece que a desídia requer dois elementos: a) conduta dolosa ou intencional na reiteração de desleixo, negligência, descaso, inércia etc como serviço; b) resultado de tornar ineficaz ou moroso o serviço; e) represente certa gravidade para atrair a tipificação.

No caso, embora possa extrair imperícia, não se pode taxar essa conduta como dolosa ou resultante de grave culpa, pois o servidor não tinha preparo para o exercício do cargo de chefia, como assentado pela Comissão de Sindicância Administrativa, quando assentou que as faltas foram primárias e praticadas sem qualquer intenção dolosa.

Quanto ao segundo elemento, ao contrário de causar ineficiência ao serviço público, ele promoveu atos com irregularidades formais, como já analisado, mas fez foi agilizar procedimentos como a manutenção de veículos e execução rápida de pequena obra, fatos que atraíram as penas de demissão.

Vejamos a doutrina a respeito da desídia.

## 8 Cometimento de desídia

Enunciado do tipo disciplinar previsto do inciso XV do art. 117: “proceder de forma desidiosa”.

Em sentido corrente, segundo os léxicos, o termo *desídia* significa incúria, negligência, desleixo, descaso, indolência, inércia, preguiça, etc. De efeito, infere-se que procede de modo desidioso o servidor público que desenvolve a sua função com negligência, desleixo e incúria.

O tipo disciplinar em comento, como se depreende de sua redação (“proceder de forma desidiosa”), é por demais vago, genérico, indeterminado e impreciso. Esta circunstância implica dilatar de modo por demais descomedido a inscrição do detentor do poder disciplinar. Devendo a autoridade hierárquica, por conta de tal ductilidade, observar de modo bem atento os refreios jurídicos que, por essa razão, lhe são antepostos.

Assim como a cavalo comedor se concede cabresto curto, a toda potestade disciplinar discricionária se contrapõem as limitações jurídicas oriundas da teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*), dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, dos motivos determinantes e da potencialidade ofensiva, dentre outros.

*A objetividade jurídica tutelada pelo tipo é a normalidade do serviço público vislumbrada sob o particular aspecto da intensidade e eficácia das tarefas públicas postas em prática pelo servidor.*

Daí por que o elemento material da conduta desidiosa do funcionário se funda na *baixa produtividade de suas atribuições e nos eventuais prejuízos causados ao erário*. Notadamente quando se verifica abrupta e injustificada diminuição de cuidado e zelo pelas suas atribuições, o que faz presumir, até prova em contrário, a desídia do servidor.

Para a caracterização da proibição disciplinar *sub lite* não basta, porém, que se constate as conseqüências materiais referidas acima, sendo, também, de rigor que ela resulte de uma *conduta voluntária* reveladora de negligência, imprudência e imperícia (descaso, incúria, falta de zelo, etc.) atribuída ao funcionário.

Entretanto, ressalte-se que o *proceder de forma desidiosa*, para configurar causa motivadora de pena capital de demissão requisita, além dos elementos acima referidos, que a incúria imputada ao agente público se revista de *certa gravidade, sob pena de se afrontarem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade previstos no art. 2º da Lei n. 9.784/94*).

(COSTA, José Armando. Direito Administrativo Disciplinar. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 391/392)

De outro lado, a desídia pode ser habitual ou fortuita ou ocasional, estando o caso em análise, ao

nosso Juízo, enquadrado na *desídia ocasional*, que não atrai a pena máxima de demissão. Confira-se a doutrina.

*XV) Proceder de forma desidiosa;*

A infração disciplinar consiste na violação dos deveres ligados ao exercício das atribuições/funções do servidor público, sendo proibida a prática da conduta desidiosa por parte desse.

Em assim sendo, como infração disciplinar, a desídia em sentido técnico, está interligada ao desleixo, à desatenção, à indolência com que o servidor público executa as funções que lhes estão afetas.

Não resta dúvida que *a desídia decorre de um comportamento rebelde do servidor público, voltado para um desleixo intencional e voluntário*. Essa é a desídia habitual, onde o servidor causa transtorno ao andamento dos serviços, com prejuízos constatados pelo mau desempenho de suas funções ou pela má vontade com que as executa.

Deve o servidor ser zeloso quando do exercício de seu *múnus* público. Sendo certo que o dever do zelo é aquele que une o servidor à Administração Pública, através do conhecimento e do respeito às normas legais regulamentares e demais atos normativos, que são estabelecidos para manter o aperfeiçoamento da execução do serviço. Nesse sentido, M. Leal-Henrique, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, define o zelo como:

[...] - *dever de zelo* – O funcionário deve exercer as suas atribuições com eficiência e correção, procurando, para tanto instruir-se no conhecimento das normas regulamentares do serviço e das instruções dos seus superiores hierárquicos, e aperfeiçoar a sua preparação técnica e método de trabalho. Da sua violação nasce a negligência ou a incompetência profissional. [Grifo nosso]

O dever de zelo proíbe a execução indolente das obrigações/tarefas de responsabilidade impostas ao servidor público.

Portanto, o eficiente servidor público, que cumpre os seus deveres continuamente, com diligência, desempenhando condignamente o serviço que lhe é atribuído, não é desidioso.

A desídia se classifica em duas atribuições legais: *desídia habitual e desídia fortuita ou ocupacional*.

Na primeira hipótese legal, qual seja, a desídia habitual, o servidor público é relaxado, relapso, na execução de suas atribuições ou funções, praticando sucessivos atos desleixados e indolentes. Esse descaso e incúria por parte do servidor público passam a ser

diários, constante, onde a sua produção (eficiência) fica comprometida em decorrência da contumaz indolência com que ele administra o andamento das suas tarefas, não somente as que são de sua responsabilidade, mas também as de toda repartição pública.

Essa reiteração e repetição de atos desleixados constatados pelo incessante descaso do servidor público, mesmo quando advertido, multado, suspenso ou repreendido é que caracteriza o núcleo da presente infração disciplinar, que possui no dolo o elemento subjetivo do tipo.

Para que reste comprovado o tipo da infração disciplinar da desídia habitual, devem estar presentes os seguintes requisitos:

- incúria diária;
- advertência, repreensão e etc., do superior hierárquico;
- reiteração dos atos desidiosos;
- habitualidade;
- elemento subjetivo do tipo, o dolo.

Não basta o servidor público ser assíduo ou pontual em seu trabalho, pois o mesmo possui o dever de ser cumpridor de suas tarefas diárias, com zelo e dedicação, acatando e executando as ordens verbais e escritas de seus superiores hierárquicos, desde que legais. Essa destreza é que dignifica a função exercida, em decorrência de que a preguiça, a incúria, o menosprezo e a desatenção diários configura a desídia intencional, habitual, do servidor público. Nessa situação, restará comprovada a violação do dever funcional de ser zeloso e diligente quando do exercício do *múnus* público.

Portanto, a desídia habitual é vedada pelo dispositivo disciplinar em questão.

Já a *desídia fortuita ou ocasional* é aquela que provém de um descuido de momento, causado por uma desatenção isolada e por determinado período, que não chega a caracterizar a continuidade da conduta irregular do servidor público.

Nessa hipótese legal, onde a desatenção não é intencional, o servidor não poderá ser apenado com as mesmas sanções cabíveis na hipótese de desídia habitual. Ou seja, não constitui motivo de punição com a demissão do serviço público, sendo excludente da mesma.

A desídia fortuita ou intencional implica na diminuição da punição do servidor público, pois ao ser constatada a maneira ocasional em que a mesma ocorre, não se configura o elemento subjetivo do

tipo, qual seja, o dolo, requisito da desídia habitual. Máxime para a imposição de uma sanção de demissão. Na desídia fortuita ou ocasional, poderá haver punição a título de culpa, v.g., ato praticado com um descuido não proposital. Pois o ser humano é falível e imperfeito, podendo ainda se encontrar acometido de graves problemas emocionais e pessoais, capazes de desviarem a sua atenção na execução do serviço que lhe cabe fazer. Nessa eventualidade, a produção momentânea sofre um déficit, ocasionado por um problema passageiro, não podendo essa situação ser comparada com a desídia habitual, que uma vez consumada fica o servidor público sujeito a imposição da sanção de demissão do seu cargo, após o devido processo legal. A fim de não se cometer injustiças ou excessos na aplicação da penalidade disciplinar, a Administração Pública é obrigada a fazer a devida dosimetria, com a finalidade de estabelecer um nexo de causalidade entre a conduta do servidor público (ação) e o resultado, tendo em vista os dois tipos de desídia, com gradações de sanções bem diferentes.

A eventualidade da desídia possui o condão de retirar a subsunção da conduta do servidor público do presente tipo disciplinar, para fins da imposição da pena de demissão ou de outro tipo de penalidade grave.

A diferenciação dos tipos de desídia é imperiosa, pois senão teríamos séria e grave perseguição aos servidores públicos zelosos e cumpridores de suas tarefas, que, em uma eventualidade, poderiam estar acometidos de algum problema pessoal, inclusive uma doença, e por uma desídia fortuita ou ocupacional, sofreriam a mesma punição do mau servidor, que tem na desídia uma habitualidade.

A razoabilidade exige que o poder público faça essa avaliação e diferenciação, para que os problemas psicológicos, físicos ou outros momentâneos, não maculem a conduta do servidor público que eventualmente se tornou desidioso, por problemas alheios à sua vontade.

O fator intenção é de suma importância para que ocorra a subsunção no inciso *sub examem*.

(MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008. p. 540-543)

No caso, embora a apuração tenha sido sobre 7 (sete) fatos ao longo dos anos de 2000 a 2002, foram por período que não caracterizou a habitualidade, porque o conjunto demonstra que foram atos praticados sem intenção de descumprir normas legais e administrativas, sem dolo e sem prejuízo para a

efetividade do serviço e para o Erário, como assentado em várias passagens do PAD. Nem a nota técnica da Consultoria do Ministério da Justiça conseguiu demonstrar qualquer efetivo prejuízo para o serviço público, nem para o Erário, revelando-se apenas descumprimento de formalidades legais.

A desídia habitual requer, indene de dúvidas, a reiteração na prática com descuido ou desleixo, mesmo após advertido da irregularidade da conduta. Isso não ocorreu no caso dos autos, posto que jamais fora alertado ou advertido de incorreção no exercício da chefia. Ao contrário, o servidor em 31 anos de serviço público, ao que consta dos autos, teve nesse PAD a primeira punição, já pela pena mais grave.

#### Conclusão

Em face do exposto, tenho que a pena de demissão foi desproporcional para o caso do autor/

embargado, cabendo ao Executivo readequar a pena à gravidade e ao conjunto dos fatos apurados, cujas penalidades individuais foram pela nota técnica de *advertência* (4 fatos) e *suspensão por 5 dias* (1 fato), e *demissão* (2 fatos), sendo essa última anulada para ser novamente submetida à apreciação administrativa e readequação em conjunto com as demais, afastada a pena de *demissão*.

Como nos embargos infringentes não há margem para a adequação que tenho como cabível, entendo não merecer provimento os embargos infringentes, mantendo o acórdão tal como proferido.

Dessa forma, peço licença ao relator para acompanhar o voto divergente nesta 1ª Seção e negar provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

## Segunda Seção

### Inquérito Policial 0026823-26.2012.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal I'talo Mendes  
 Relatora p/ acórdão: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes  
 Autora: Justiça Pública  
 Procuradora: Dra. Adriana Costa Brokes  
 Indiciado: Vicente Pereira de Souza Neto  
 Advogados: Dr. Nagashi Furukawa e outros  
 Indiciado: Ésio de Jesus Rocha  
 Advogado: Dr. Renato da Silva Oliveira  
 Publicação: e-DJF1 de 04/07/2014, p. 20

### Ementa

*Penal. Condição análoga à de escravo. Art. 149, Código Penal. Competência. Justiça Federal. Jornada exaustiva. Não caracterização. Safra perecível. Serviço temporário. Imprescindibilidade da colheita. Denúncia. Rejeição.*

I. Compete à Justiça Federal o processamento e julgamento de ação penal em que se apuram fatos relacionados à redução à condição análoga à de escravo, por submissão do empregado a situações degradantes de trabalho, bem como de frustração de direito assegurado por lei trabalhista. (Precedente desta Corte)

II. O crime de redução à condição análoga à de escravo caracteriza-se mediante a submissão dos trabalhadores em sentido amplo, de modo que um pequeno excesso na jornada de trabalho é justificativa insuficiente para aperfeiçoá-lo.

III. A necessidade de colheita imediata de uma safra perecível, serviço de natureza temporária, embora não justifique a exploração dos trabalhadores contratados para este fim, é circunstância comum no campo que exige um esforço extra da mão de obra, sem, em tese, caracterizar trabalho escravo.

IV. Denúncia cujos fatos narrados não se relacionam ao crime que se pretende imputar ao agente e nem a qualquer outro deve ser rejeitada.

## Acórdão

Decide a Seção, por maioria, rejeitar a denúncia contra Vicente Pereira de Souza Neto e Éσιο de Jesus Rocha.  
2ª Seção do TRF 1ª Região – 19/03/2014.  
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*, relatora p/ acórdão.

## Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal *Clemência Maria Almada Lima de Ângelo*: — Trata-se de denúncia oferecida, em 30 de maio de 2012 (fls. 2-A/2-F), pelo Ministério Público Federal, em desfavor de Vicente Pereira de Souza Neto e Éσιο de Jesus Rocha, identificados na inicial, na qual se lhes imputou a prática da conduta descrita “[...] no art. 149 do CP, com o aumento previsto no § 2º, inciso I [...]” (fl. 2-E)

Notificado, o denunciado Vicente Pereira de Souza Neto ofereceu sua resposta às fls. 118-128, ocasião em que, em síntese, argumentou:

1) “I – Da incompetência da Justiça Federal” (fl. 120);

2) “Em nenhum trecho da denúncia ou das provas do inquérito policial existe menção ao fato de que trabalhadores tiveram sua liberdade cerceada por ação do defendente: há apenas afirmações de que trabalhavam em condições degradantes e insalubres.

*Trata-se, portanto, de típico caso de acusação que deve ser julgada pela Justiça Estadual*” (fl. 123);

3) “Não é possível sequer em tese no presente caso se falar em crime pois essa banalização do tipo penal além de ferir frontalmente o princípio da reserva legal, transformaria todas as cotidianas infrações trabalhistas que ocorrem em fazendas, obras de construção civil, indústrias, estabelecimentos comerciais e até residências, em crime. Subverter-se-ia o princípio do direito penal mínimo” (fls. 124/125);

4) “Pela própria descrição dos fatos feita na denúncia, com base no Relatório de Fiscalização Móvel – GEFM do Ministério do Trabalho e do Emprego se vê que os fatos apurados no inquérito policial são típicos de descumprimento de obrigações trabalhistas” (fl. 126);

5) “As condições encontradas pela fiscalização na lavoura do defendente eram exatamente iguais à de centenas de propriedades rurais do Estado de Goiás. Não há menção de cerceamento da liberdade dos trabalhadores e muito menos da existência de mecanismos para obrigá-los, contra a vontade, a permanecer no trabalho que livremente escolheram” (fl. 126);

6) “No máximo o defendente infringiu normas trabalhistas e por essa irregularidade já pagou as multas administrativas e todos os direitos dos trabalhadores, até em duplicata” (fl. 127); e

7) “Em suma, falta justa causa para o recebimento da denúncia, que deve ser rejeitada ou desde logo julgada improcedente a acusação [...]” (fl. 127).

Por sua vez, o denunciado Éσιο de Jesus Rocha ofereceu sua resposta às fls. 142-145, alegando, em resumo, que:

1) “Inicialmente, cumpre ressaltar que da análise detida dos autos verifica-se que a denúncia não merece prosperar, pois, os fatos concretos demonstram que na realidade não ocorreu situação que viesse a caracterizar o fato típico de condição análoga à de escravo (art. 149 do CP c/c aumento do § 2º, inciso I), como alega o Ministério Público Federal em sua denúncia” (fl. 143);

2) “Assim, verifica-se a ocorrência de ilícitos de cunho meramente trabalhistas, os quais foram todos resolvidos mediante o Termo de Ajustamento de Conduta nº 0217/2010 anexo aos autos (fls. 39/45), sendo que o referido Termo foi devidamente cumprido pelo denunciado Vicente Pereira de Souza Neto” (fl. 144);

3) “Convém salientar, que no presente caso jamais ocorreu cerceio à liberdade de ir e vir dos trabalhadores, o que descaracteriza os fatos narrados na denúncia como sendo fato típico de condição análoga à de escravo” (fl. 145);

4) “Por fim, quanto às irregularidades trabalhistas, estas foram resolvidas administrativamente e cumpridas rigorosamente pelo denunciado Vicente Pereira de Souza Neto, sendo a rejeição da denúncia medida que se impõe” (fl. 145).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal requereu, em resumo, fosse “[...] recebida a denúncia, com o devido prosseguimento do feito” (fl. 157).

É o relatório.

## Voto\*

A Exma. Sra. Juíza Federal *Clemência Maria Almada Lima de Ângelo*: — Inicialmente, com a devida

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Alves, Mônica Sifuentes, Olindo Menezes, Hilton Queiroz e o Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado).



vênia de entendimento outro, não merece acolhida o argumento da defesa do ora denunciado *Vicente Pereira de Souza Neto*, quanto à alegada incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal em questão.

Com efeito, a esse respeito, deve ser ressaltado que é da Justiça Federal a competência para processar e julgar as ações penais em que se apuram fatos relacionados à redução à condição análoga à de escravo, por submissão do empregado a condições degradantes de trabalho, bem como de frustração de direito assegurado por lei trabalhista.

A propósito, merecem realce os precedentes jurisprudenciais do egrégio Supremo Tribunal Federal e da Quarta Turma deste Tribunal Regional Federal cujas ementas seguem abaixo transcritas:

*EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. TRABALHO ESCRAVO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME CONTRA A COLETIVIDADE DOS TRABALHADORES. ART. 109, VI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho. Nesses casos, a prática do crime prevista no art. 149 do Código Penal (Redução à condição análoga à de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça Federal (art. 109, VI da Constituição) para processá-lo e julgá-lo. Recurso extraordinário conhecido e provido*

*(STF - RE 398041/PA, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado por maioria em 30/11/2006, publicado no DJe-241 de 19/12/2008).*

*PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. REDUÇÃO DE TRABALHADOR À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. COMPETÊNCIA FEDERAL. LITISPENDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.*

1. O Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a competência para processar e julgar as ações penais em que se apuram fatos relacionados à redução de condição análoga à de

*escravo, por submissão do empregado a condições degradantes de trabalho, bem como de frustração de direito assegurado por lei trabalhista é da Justiça Federal. Decisão com base na qual o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo conflitos de competência que se instauram entre juízo federal e estadual.*

2. Fixada a competência da Justiça Federal, não há falar-se em litispendência dessa ação com outra ação que tramita na Justiça do Estado, na medida em que a litispendência pressupõe a duplicidade de ações entre juízes com competência concorrente. Havendo ações que tramitam em juízos de competência funcional distinta a hipótese é de arguição de exceção de incompetência, que não é reconhecida neste julgamento.

3. Ordem de habeas corpus denegada [...]

*(TRF - 1ª Região, HC0051704-38.2010.4.01.0000/MT, Relator Desembargador Federal Olindo Menezes, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 28/08/2012, publicado no e-DJF1 de 20/09/2012, p. 240) – Destaques acrescidos.*

Passando-se, agora, ao exame do recebimento, ou não da denúncia, tem-se que, acerca dos fatos, a peça inicial, naquilo que, *concessa venia*, reputo como essencial para o deslinde da matéria em discussão, narra que:

#### I – DOS FATOS E DAS PROVAS

*Consta do incluso inquérito policial que, nos meses de setembro a novembro de 2009, nas dependências da Fazenda Santana, situada na zona rural do Município de Vianópolis/GO, os denunciados Vicente Pereira de Souza Neto e Éσιο de Jesus Rocha, o último sob as ordens do primeiro, intencional e propositadamente, reduziram os mais de 20 (vinte) trabalhadores, inclusive dois menores, que lá estavam prestando serviços de colheita de batatas à condição análoga à de escravo, submetendo-os a condições subumanas de existência e de trabalho.*

*O denunciado Vicente Pereira de Souza Neto arrendou as terras na Fazenda Santana, no ano de 2009, para o plantio de batatas, sendo que o denunciado Éσιο foi por ele encarregado da arregimentação e administração dos trabalhadores rurais, muitos provenientes de locais distantes, destinados à colheita de batatas nas terras arrendadas.*

*O Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM, do Ministério do Trabalho e Emprego, entre 13 a 20 de novembro de 2009, promoveu fiscalização na Fazenda Santana, onde constatou que havia mais de 20 trabalhadores em condições degradantes, sendo 2 menores, realizando a colheita de batatas. Extrai-se do relatório, verbis:*

#### ‘5- Descrição da situação encontrada

*No dia 13.11.2009, o Grupo Especial de Fiscalização Móvel de combate ao trabalho em condições análogas à de escravo da SRTE-GO encontrou um grupo de mais de vinte trabalhadores*

realizando a colheita de batatas na Fazenda Santana, em Vianópolis/GO. Esses trabalhadores não estavam usando nenhum tipo de equipamento de proteção, com muitos trabalhando descalços. No local não havia instalações sanitárias, proteção contra intempéries por ocasião das refeições, bem como local para guardar marmitas. O transporte da cidade para o campo era realizado em ônibus irregular e por motorista sem qualificação e sem Carteira de Habilitação. Além de tudo isso, não havia fornecimento de água potável e fresca, sendo os próprios trabalhadores que tinham que levar a sua água que era colhida diretamente das torneiras do alojamento. A maioria dos trabalhadores estava sem registro e sem suas CTPS (Carteiras de Trabalho) anotadas. E mesmo trabalhando numa atividade bastante penosa (devido ao peso dos balaies com batatas que tinham que carregar, à poeira, à dificuldade de se locomover na terra fofa e aos repetitivos movimentos de agachamento), não gozavam de intervalo mínimo legal para repouso e alimentação e laboravam todo os dias da semana, inclusive domingos e feriados.

[...]

Que administrava os serviços, inclusive a contratação dos empregados, eram os 'gatos' (aliciador de mão de obra) Éσιο de Jesus Rocha e Walter Moreira da Silva, os quais recebiam percentual de 4% (quatro por cento) de toda a produção realizada pelos trabalhadores. Segundo entrevistas e depoimentos dos trabalhadores do Sr. Vicente, o 'gato' Éσιο era encarregado, inclusive, de contratar trabalhadores em outros estados. Ainda segundo depoimentos e entrevistas, um grupo de 20 (vinte) trabalhadores foi contratado irregularmente (sem registro) e transportado clandestinamente (vans) do município de Colinas-MA até o povoado de Domiciano Ribeiro pelo referido 'gato' para trabalhar na colheita de batatas do Sr. Vicente. As despesas de transporte foram pagas pelo 'gato', que depois descontou do pagamento dos trabalhadores a importância de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) pela passagem. Deste grupo de 20 (vinte) trabalhadores só restaram 6 (seis), pois os demais não suportaram as más condições do trabalho e alojamento a que eram submetidos e retornaram para o estado do Maranhão. Além de não terem recebido local adequado para dormir, os trabalhadores migrantes também não recebiam alimentação. Os mesmos disseram que desde que aqui chegaram e começaram a trabalhar para o 'gato' Éσιο (ago/2009) sempre foram submetidos a condições precárias de alojamento e refeição, pois além de terem que dormir no 'chão', tinham que ratear as despesas com alimentação, chegando a passar fome e ter que fazer vaquinha para comprar comida.

[...]

A fiscalização detectou, portanto, que os trabalhadores rurais encontrados na Fazenda Santana estavam submetidos a condições extremamente degradantes e insalubres no trabalho, quais sejam:

- alojamento inadequado, sem camas, sem armários, com um único banheiro para mais de

20 pessoas. Os trabalhadores dormiam em redes e colchonetes espalhados sob o chão;

- falta de sanitário na área de trabalho. Faziam as necessidades fisiológicas no mato;

- falta de proteção contra as intempéries, sujeitos a sol e chuva na área de trabalho;

- alimentação inadequada e ausência de água potável. Bebiam água que traziam na casa, retirada diretamente da torneira;

- equipamentos mínimos de trabalho. Não tinham luvas ou mesmo calçado para o trabalho;

- ausência de intervalos mínimos para descanso e alimentação e de repouso semanal.

Demonstrada, portanto, a materialidade do crime previsto no art. 149 do CP, inclusive com a causa de aumento prevista no § 2º, inciso I, tanto pelo Relatório de Operação (fls. 03/34 do Apenso I), quanto pelos depoimentos colhidos naquela oportunidade, colacionados às fls. 72/84. Também, pelos demais documentos de ambos os apensos.

A autoria, por sua vez, é inconteste. A autoridade policial promoveu a oitiva de Éσιο de Jesus Rocha que, após confirmar as declarações feitas ao Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda (fls. 72/73 do apenso I), reconhece que arregimentava trabalhadores para prestarem serviços na Fazenda Santana, arrendada por Vicente:

'Que, conforme declarado, o papel do interrogado no processo foi o de proceder à contratação de mão de obra de trabalhadores rurais, observando-se que ganhava 4% sobre a produção de cada trabalhador contratado; Que deseja consignar que, em abril de 2010 recebeu a Notificação PTM/ Anápolis nº 0217/2010, proveniente da Procuradoria do Trabalho neste município, dando ciência ao interrogado sobre celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta em relação ao assunto tratado neste Procedimento, cuja cópia apresenta e pede para ser juntada aos autos; Que deseja consignar ainda que esta foi a primeira vez que prestou este tipo de serviço ao Sr. Vicente Pereira de Souza Neto; Que deseja esclarecer ainda que deixou esta atividade e hoje se dedica (fls. 32).

Da mesma forma, ao ser ouvido junto à Polícia, destacou o denunciado Vicente Pereira:

'Que arrendou terras na Fazenda Santana, localizada no município de Vianópolis/GO, onde foi realizado o plantio de batatas no ano de 2009; ...; que trabalhava na lavoura cerca de vinte trabalhadores, à época da fiscalização realizada pelo Ministério do Trabalho; que os responsáveis pelas contratações dos trabalhadores foram os Srs. Elzo e Valter; que Elzo e Valter tinham apenas contrato verbal com o reinquirido e através desta palavra afiançada, contratava trabalhadores para a colheita de batatas na terra arrendada; ...; que em relação a alojamentos e condições de trabalho como : horas trabalhadas, folgas, percentuais pagos, etc., todo este movimento ficava por conta de Elzo e Valter, observando-se que

*frequentava a plantação de dois a três dias por semana, porém não interferia no andamento do trabalho; ...; que não concorda com a conclusão a que chegaram os fiscais quando da elaboração do relatório, posto que, na sua avaliação o alojamento dos trabalhadores era na zona urbana do município de Vianópolis/GO, perto do Fórum e do cemitério; que, entretanto, nunca adentrou ao mencionado alojamento;’ (fls...)*

*Estão comprovadas, portanto, pelas provas dos autos, a autoria e materialidade do delito tipificado no art. 149 do CP, com o aumento previsto no § 2º, inciso I, por Vicente Pereira de Souza Neto e Ésio de Jesus Rocha (fls. 2-A/2-E).*

Faz-se necessário apontar, inicialmente, que a rejeição da denúncia somente pode ocorrer quando se constatar, de plano, de forma clara e incontroversa, a ausência de justa causa à instauração da ação penal.

No caso, a conduta que se aponta delituosa imputada aos denunciados foi suficientemente descrita, com os elementos essenciais do tipo penal, devendo ser destacado que a existência de eventual divergência fática entre o que restou narrado na denúncia e na defesa oferecida pelos ora denunciados somente poderá ser dirimida com a superveniente instrução processual penal.

Além do mais, não merece acolhida o argumento da defesa do denunciado Ésio de Jesus Rocha de que

*[...] no presente caso jamais ocorreu cerceio à liberdade de ir e vir dos trabalhadores, o que descaracteriza os fatos narrados na denúncia como sendo fato típico de condição análoga a de escravo [...] (fl. 145),*

considerando o asseverado pelo Ministério Público Federal no sentido de que

*[...] o fato de não restar demonstrado o ‘cercamento do direito de locomoção’ não descaracteriza o tipo, já que, como já se expôs, pode ser cometido de outras formas, como é o caso [...] (fl. 156).*

Primeiramente há de se apontar que os fatos ocorreram em 2009, após a alteração do art. 149 do Código Penal ocorrida pela Lei 10.803, de 11/12/2003, que tornou explícitas outras formas de redução de trabalhador a condições análogas à de escravo, entre elas, os trabalhos degradantes e jornada exaustiva.

*Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:*

*Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.*

*§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:*

*I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;*

*II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.*

*§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:*

*I – contra criança ou adolescente;*

*II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.*

A denúncia aponta fatos que, em tese, podem configurar pelo menos a existência de trabalho:

a) em “condições degradantes”, quando enuncia situações em que as vítimas trabalhavam em uma atividade penosa (colheita de batata) que exige esforço acentuado do corpo humano, por envolver deslocamento de consideráveis pesos e repetitivos agachamentos em terreno fofo. Registrou ainda que desenvolviam essas atividades descalços e sem equipamento de proteção e sem abrigo do sol para descanso ou local para guardar as marmitas. Aponta ainda que dormiam em instalações precárias na cidade próxima e sem alimentação suficiente ou decente.

b) “em jornada exaustiva”, quando afirma que as vítimas trabalhavam sem intervalo intrajornada (intervalo para refeições ou descanso), sem repouso semanal ou feriados.

Vale lembrar que alguns trabalhadores foram arregimentados em Colinas/MA, cerca de 2.000 Km de distância do local de trabalho, o que demonstra maior condição de vulnerabilidade e portanto maior possibilidade de aceitação quanto às condições degradantes.

Tais fatos aliados a outras circunstâncias apontadas na denúncia, em tese, são passíveis de corresponder às figuras do art. 149 do CP (submissão à jornada exaustiva ou condições degradantes de trabalho).

Deve ainda ser destacado que a acusação feita pelo Ministério Público Federal contra os ora denunciados poderá, ou não ser confirmada durante a instrução criminal, em face do exame das provas a serem eventualmente coligidas e da pertinente análise das circunstâncias do caso concreto.

Assim sendo, tratando-se de denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, e não se vislumbrando, ainda, no caso, a presença das

hipóteses do art. 395 do mesmo Código de Processo Penal, não há que se falar em sua rejeição.

Diante disso, recebo a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em desfavor do Sr. Vicente Pereira de Souza Neto e do Sr. Ézio de Jesus Rocha, instaurando-se a respectiva ação penal, a ser processada e julgada com a observância das formalidades legais.

Expeça-se carta de ordem à Seção Judiciária do Estado de Goiás, para os fins de citação e recebimento de defesa prévia, a serem eventualmente oferecidas pelos ora denunciados.

À Secretaria, para promover a reatuação do presente feito como ação penal, com observância das formalidades e cautelas legais e de praxe.

É o voto.

### Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo:* — Senhor presidente, tratando-se de recebimento de denúncia, acompanho a relatora por ser o caso de apurar com mais cuidado e fazer um exame valorativo dos fatos que são tratados na denúncia.

### Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Acompanho vossa excelência, para melhor exame mais adiante, mas a impressão que avulta, no momento, é que essa denúncia não vai aterrissar, porque os núcleos abertos desse tipo permitem uma série de interpretações. Vislumbro no caso mais um descumprimento da legislação trabalhista, no que diz respeito à jornada exaustiva, falta de intervalo etc. Acompanho vossa excelência, até que sejam apurados melhor os fatos, no curso da instrução.

É o voto.

### Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz:* — Na dúvida, vou acompanhar.

### Voto-Vogal Vencedor

*A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes:* — Senhor presidente, vou pedir vênia à eminente relatora. Na 3ª Turma temos sido bastante rígidos no tocante à caracterização desse crime do art. 149 porque por vezes ele resvala para a violação de direitos trabalhistas e não para essa configuração em que os tipos, como vossa excelência diz, são bem abertos. No caso, a única

conduta que a relatora identifica que pudesse caracterizar o crime do art. 149 seria a jornada de trabalho excessiva. No entanto, pelas próprias características que a relatora aponta quanto à configuração do fato, verifica-se que esses trabalhadores foram contratados para um serviço temporário, para atuarem em uma colheita, que sabidamente, se não é feita dentro de determinado prazo, o resultado pode ser infrutífero, pode vir a se perder o resultado da produção, e as outras imputações que lhe foram dadas pelo Ministério Público não vieram a se comprovar. Verifico, então, que neste caso, não há indício de materialidade, por quê? Porque me parece que toda essa caracterização se configuraria melhor ou se resolveria no âmbito do Direito do Trabalho ou mesmo no âmbito de uma indenização civil, se for o caso, mas principalmente na seara da Justiça trabalhista, onde então serão sanadas essas faltas a respeito da inexistência de carteira de trabalho, do excesso de horas-extras a que foram submetidos esses trabalhadores, enfim, aquelas regras de contrato de trabalho temporário, que, a meu ver, se justificam e são plenamente aplicáveis neste caso. Então, senhor presidente, peço vênia à eminente relatora e aos meus colegas que a acompanharam para rejeitar a denúncia.

### Retificação de Voto

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Des. Mônica Sifuentes, quando votei tive a mesma impressão que vossa excelência retrata no seu voto, mas preferi não abrir a divergência. Agora, com as razões do voto de vossa excelência, que reputo muito lúcidas, porque centradas no foco da questão, parece-me que a denúncia não reúne condições de ser recebida. Cuida-se de colheita de um produto agrícola, de uma safra de batata, produto altamente perecível, que precisa ser feita no tempo estabelecido, com concentração de esforços, sob pena de prejuízos, pelo que são razoáveis várias das ocorrências retratadas na denúncia. Isso não quer dizer que as pessoas dos trabalhadores devem ser exploradas e trabalhar sem os seus direitos, caso que não é o dos autos. Pelo que ouvi dos debates, sobretudo quanto à questão do excesso de jornada, ela tem solução eficaz no campo do Direito do Trabalho, nada tendo a ver com trabalho escravo. Se a hipótese for de empreitada ou de uma parceria, em face do Estatuto da Terra, a solução, da mesma forma, deve ser dada pela Justiça do Trabalho; não pelo Direito Penal. Nesse cenário probatório, no qual os elementos informativos dos autos não são suficientes para configurar o crime de trabalho escravo, cuidando-se apenas de uma colheita temporária de batata, com o fornecimento de transporte diário aos trabalhadores,



que pernoitam na cidade, sem elementos que caracterizem o trabalho escravo, peço licença a vossa excelência para, adotando os fundamentos do seu voto, também rejeitar a denúncia.

É o voto.

### Retificação de Voto

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz:* — Senhor presidente, pela ordem, peço a palavra a vossa excelência e peço vênias à eminente relatora para retificar o voto, acompanhando o voto da eminente Des. Mônica Sifuentes à conta de que a denúncia destaca a temporariedade do trabalho, que, como tal, foi a tempo certo premido pelas circunstâncias da colheita da batata, não havendo um destaque quanto ao uso de produtos químicos em detrimento da saúde desses trabalhadores cujo emprego tivesse sido autorizado pelo denunciado, de modo a justificar numa linha muito esgarçada de tipicidade essa imputação do art. 149. Então, com essas considerações, retifico o voto e rejeito a denúncia.

### Retificação de Voto

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo:* — Senhor presidente, também quero tomar a mesma coragem de vossa excelência para retificar meu voto, esclarecendo o seguinte: debatendo essa questão do 149, quando começamos a aplicar com mais regularidade esse dispositivo, porque ele passou muito tempo dormitando, com poucas hipóteses fáticas, poucas hipóteses de aplicação, ele ganhou a alcunha de trabalho escravo, porque se buscou dentro dele um liame com a questão da liberdade do trabalhador. Quer dizer, era fundamental na época da construção das primeiras interpretações desse artigo a questão da impossibilidade de deslocamento do trabalhador, de que o trabalhador fosse forçadamente submetido àquelas condições, e não que o trabalhador, por exemplo, aceitasse aquelas condições, conscientemente, sabendo que era uma transgressão da questão de Direito trabalhista, mas aceitasse. Parece-me, assim, que realmente, agora, depois de todos os esclarecimentos, a linha para se admitir o aperfeiçoamento do tipo penal ficou tênue por demais. Então, também vou pedir vênias à relatora e aos colegas para acompanhar a divergência.

## Segunda Seção

### Embargos Infringentes e de Nulidade 0017052-79.2007.4.01.3304/BA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro  
 Embargante: Marcos Antônio Zimmermann  
 Advogados: Dr. Paulo César Garcia Rosado e outro  
 Embargada: Justiça Pública  
 Procurador: Dr. José Jairo Gomes  
 Publicação: e-DJF1 de 04/08/2014, p. 18

### Ementa

*Penal. Crime de inserção de dados falsos nos sistemas informatizados ou banco de dados da Administração Pública. Código Penal, art. 313-A. Crime formal. Elemento subjetivo. Dolo específico. Ausência. Embargos infringentes. Provimento.*

I. Configura-se o crime descrito no art. 313-A do Código Penal a conduta de inserir dados falsos no sistema informatizado da Administração Pública. É crime formal, bastando, para a consumação do delito, a simples inserção de informações falsas.

II. O elemento subjetivo do tipo exige a presença do dolo específico, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem e requer, ainda, um fim especial de agir, no caso, com o fim de causar dano à Administração Pública.

III. Na hipótese, não restou comprovado o dolo específico consistente no “fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano” à Administração Pública.

IV. Embargos infringentes providos, para absolver o embargante.



## Acórdão

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

2ª Seção do TRF 1ª Região – 23/06/2014.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Mário César Ribeiro*: — O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra *Marco Antonio Zimmerman*, funcionário da Caixa Econômica Federal, imputando-lhe a prática do delito previsto no artigo 313-A c/c o art. 61, II, g, e art. 71; art. 327, todos do Código Penal, em virtude de supostamente ter inserido dados falsos nos sistemas informatizados da CEF e da Administração Pública (Sinic, Siara, Sinad, SICDC e Cadin),

*[...] assim como alterou e excluiu dados corretos constantes desses sistemas, com o fim de obter vantagem indevida em proveito próprio, consistente em uma série de empréstimos pessoais [...].*

Narra a denúncia que o acusado trabalhou na agência da CEF em Serrinha/BA, de outubro de 2001 a janeiro de 2004, no cargo de gerente de atendimento e, nessa condição,

*[...] fez reiteradas vezes suas próprias avaliações de risco de crédito, mediante a alteração de sua renda bruta e líquida e outros procedimentos irregulares, o que possibilitou a contratação de quinze operações de empréstimos em seu próprio benefício, nas modalidades de crédito direto ao consumidor e crédito em consignação [...].*

Consta, ainda, da peça acusatória que

*[...] o denunciado inseriu dados no SIRIC para o seu próprio código GERIC (431043), manipulando informações sobre Renda Formal – PJ (origem da remuneração do empregado) e alteração cadastral (negativação cadastral), com objetivo definido de obter vantagens na contração de empréstimos, pois, ao aumentar a remuneração e eliminar a ocorrência cadastral, possibilitava a contratação de novo empréstimo [...] [e, ainda, que] [...] já respondeu a inquérito policial por utilização indevida de recursos do FGTS, o que culminou em transação penal em Santo Ângelo/RS [...].*

Sentenciando o feito (fls. 627-637), o MM. juiz singular julgou procedente a denúncia e condenou *Marcos Antonio Zimmermann* à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão pela prática do delito previsto no art. 313-A do Código Penal em continuidade delitiva (CP, art. 71).

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação (fls. 644-657), sustentando, preliminarmente, a inépcia da denúncia e cerceamento de defesa, uma vez que

*[...] nenhuma oportunidade de defesa foi ofertada ao funcionário MARCOS ANTONIO ZIMMERMANN, administrativamente, o que invalida todos os passos seguintes do feito e, por consequência, comprometeu a r. Sentença ora atacada [...]; [que] [...] foi elaborada uma minuta de Representação por Ato de Improbidade Administrativa, sem qualquer assinatura, data, ou qualquer indício de quem a tenha elaborado e remetida ao representante do MPF [...],*

o que torna a denúncia inepta “por falta de documentos comprobatórios dos fatos.

No mérito, alega que nenhum ato ilícito foi praticado pelo apelante, uma vez que “resultou de vez afastada qualquer eventual ocorrência de inserção de dados falsos por parte de MARCOS ZIMMERMANN”; que a materialidade do suposto delito não foi devidamente demonstrada nos autos; que, atualmente, goza “do mais alto conceito junto a CEF, eis que vem sendo promovido constantemente, estando absolutamente dentro das normas funcionais e morais da Empresa”.

Assevera que, quanto a renda do acusado, “ficou provado que este obtinha parte dela através da venda de produtos da própria Caixa, bem como prestava serviços de informática nas horas vagas”; que não restou comprovado que os dados inseridos no sistema tenha sido utilizada a senha do acusado; que “o depoimento das testemunhas apresentadas pela acusação não foi coerente e também não demonstra a necessária certeza”; que “negou a prática do delito afirmando que jamais teve a intenção de obter vantagem pessoal indevida com as operações que contratou com a CEF”; que nenhum prejuízo causou para a empresa.

Assim, requereu a reforma da r. sentença recorrida, absolvendo o acusado.

Com contrarrazões (fls. 679-688), subiram os autos a esta Corte Regional Federal onde receberam parecer ministerial pelo não provimento do recurso de apelação (fls. 694-696).

A egrégia Quarta Turma desta Corte Regional Federal, em Seção realizada no dia 11/02/2014, decidiu, por maioria, dar parcial provimento ao recurso apenas

para deferir ao réu os benefícios da assistência judiciária gratuita, mantendo, pois, a sentença condenatória; vencido o Des. Federal *Hilton Queiroz*, que dava total provimento ao apelo do réu para absolvê-lo “*pelo benefício da dúvida*” (fls. 709-710).

O acusado opôs embargos infringentes (fls. 736-754), sustentando, em síntese, que:

- deve prevalecer o entendimento divergente, consignado no voto vencido prolatado pelo Desembargador Federal HILTON QUEIROZ, que entende pela absolvição do réu pelo benefício da dúvida, uma vez que não teria o acusado agido com dolo de prejudicar a administração, com a vontade livre e consciente de prejudicar a administração;

- que “*não tinha a exata consciência de que estaria praticando um crime, considerando-se que pretendia apenas obter um empréstimo para ser pago em momento posterior, como os demais que a Empresa Caixa oferecia a seus clientes*”, o que foi feito, pois pagou todos os empréstimos, “*não restando qualquer prejuízo para a Caixa Econômica Federal*”;

- que na hipótese, não há “*prova robusta sobre a existência do crime de inserção de dados falsos*”; que “*o depoimento das testemunhas apresentadas pela acusação não foi coerente e também não demonstra a necessária certeza*”.

Requer a reforma do acórdão para que prevaleça o entendimento consubstanciado no voto vencido proferido pelo Des. Federal Hilton Queiroz.

Contrarrazões aos embargos às fls. 759-758.

Com o relatório, ao revisor (art. 309, § 5º, do RITRF 1ª Região).

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Mário César Ribeiro*: — Trata-se de *embargos infringentes* opostos pela defesa de *Marcos Antonio Zimmermann* contra acórdão da Quarta Turma desta Corte que, por maioria, deu *parcial provimento* a recurso de apelação, apenas para conceder os benefícios da assistência judiciária, objetivando prevalecer o voto vencido proferido pelo Des. Federal Hilton Queiroz, no sentido da absolvição do réu das imputações referentes à prática do delito previsto no art. 313-A do Código Penal.

Vejamos.

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais l'talo Mendes, Olindo Menezes e Hilton Queiroz e os Exmos. Srs. Juizes Federais Renato Martins Prates e Pablo Zuniga Dourado (convocados).

1. O voto do relator tem os seguintes termos, que destaco:

[...] verifica-se da análise dos autos, que a materialidade e a autoria do delito pelo qual o acusado, ora apelante, foi condenado em primeiro grau de jurisdição restaram demonstradas nos autos, conforme demonstrou o MM. Juiz Federal a quo, ao proferir a v. sentença penal condenatória de fls. 627/637, particularmente às fls. 629/631, quando asseverou que:

Concluída a instrução probatória, constato que o fato narrado na inicial restara demonstrado.

A existência da infração penal está devidamente materializada no laudo pericial contábil de fls. 247/261, do qual se extrai o seguinte trecho:

A análise desses documentos, emitidos no período de outubro/2000 a julho/2004, demonstram que o empregado da Caixa, enquanto ocupante da função de confiança de Gerente de atendimento e Essencial na Agência de Serrinha/BA, utilizou-se de suas prerrogativas gerenciais para aprovar em benefício próprio operações de empréstimo, para tanto, realizou alteração de dados cadastrais e de avaliação [...] (fl. 250)

A Tabela 2, na qual constam as alterações dos dados cadastrais e de avaliação, está em fls. 250/255. Dela se extrai a seguinte conclusão:

- a partir de fevereiro/02, o empregado passou a fazer avaliações de crédito com alterações em sua renda bruta e líquida que possibilitaram a realização de novas operações de empréstimos, nas modalidades de ‘crédito direto ao consumidor’ e ‘crédito em consignação’. (FL. 258)

Em 08/2003, 10/2003 e 12/2003, foram viabilizados empréstimos mediante significativas alterações falsas dos dados referentes à renda bruta/líquida do Sr. MARCOS ANTONIO ZIMMERMANN, nos termos do laudo contábil:

[...] Desta forma, para conseguir os empréstimos, o empregado alterou no sistema de avaliação de crédito da Caixa Econômica Federal os valores de renda bruta e líquida, certamente, nos meses de agosto, outubro, novembro e dezembro do ano de 2003. (fl. 259)

Há ainda outro dado relevante, no sentido de que muito embora houvesse restrições cadastrais em nome do Sr. MARCOS ANTONIO ZIMMERMANN, elas não eram levadas em consideração pelo sistema durante a avaliação.

Nesse ponto, também se destaca o testemunho de auditor participante da investigação administrativa à época, no qual consta a informação de que o Sr. MARCOS ANTONIO ZIMMERMANN sabia de uma falha na segurança do sistema, o qual não registrava inadimplência caso a contratação estivesse vinculada a uma conta-poupança,

deixando-se de promover a respectiva cobrança (fl. 361).

Com relação à autoria, não restam dúvidas de que o Sr. MARCOS ANTONIO ZIMMERMANN, valendo-se da facilidade que lhe propiciava a sua condição de gerente de atendimento da Caixa Econômica Federal, fez uso irregular de suas prerrogativas gerenciais para inserir dados incorretos no sistema informatizado da CEF, manipulando informações sobre renda formal, com vistas ao recebimento de vantagem indevida.

Além das informações acima destacadas, a prova oral fora convergente quanto à conduta delitiva praticada pelo réu. As testemunhas assim afirmaram:

[...] Que o depoente atuou na auditoria realizada na agência de Serrinha, referente a situação envolvendo o denunciado MARCOS ANTONIO; que na referida auditoria ficou demonstrado que o réu, valendo-se de sua condição de gerente, burlou o sistema de avaliação de risco da CEF, para com isso auferir vantagem pessoal [...] (NEWTON DE FREITAS PEREIRA – fls. 361/362).

[...] Que é perito da PF; que se recorda de haver feito uma perícia contábil; ficou constatada a manipulação de dados cadastrais no sistema da CEF, implementada pelo réu MARCOS ANTONIO [...] (depoimento de ADILSON CARVALHO SILVA – fls. 363).

[...] Que na época dos fatos, foi designado para presidir uma comissão administrativa de apuração de irregularidades na agência de Serrinha, supostamente praticadas pelo acusado, consistente na alteração de sua renda pessoal no sistema da Caixa, majorando-a, a fim de possibilitar a contratação de operações de créditos em valores superiores ao que o risco ordinário permitiria; durante a apuração, que ocorreu no mês de julho de 2004, durante cerca de 20 dias, constatou-se que o denunciado efetivamente alterou suas rendas brutas e líquidas, nos sistemas da Caixa Econômica Federal, e com isso, conseguiu contratar algumas operações de crédito [...] (depoimento de EDMILSON ASSIS DE OLIVEIRA – fls. 374/375).

Além disso, cumpre destacar que o próprio denunciado reconheceu ter efetuado a inserção dos dados, conforme se extrai do seu interrogatório:

[...] Que tinha acesso ao sistema, para a inserção de dados visando encaminhamento de solicitações de créditos; que, nessa condição, promoveu a inserção de dados no sistema daquela empresa pública, inclusive sobre Renda Formal – PJ (origem da remuneração do empregado), mas não com o intuito de obter vantagens pessoais na contratação de empréstimos; [...]; que, de fato, procedeu alteração de negativação cadastral; [...]; que confirma as transações e valores apontados no laudo pericial produzido pelo serviço de criminalística do DPF, que lhe foi mostrado neste momento; [...] (fls. 274/275).

Apesar de ter negado a ilicitude do fato, admitiu a sua autoria. (fls. 629/631).

Presentes, assim, no caso em comento, data vênua, a materialidade e a autoria do delito pelo qual foi condenado em primeiro grau de jurisdição o acusado, ora apelante, não há que se cogitar na ausência, ou insuficiência, de provas a embasar a prolação de uma sentença penal condenatória.

Por outro lado, também não merece acolhida a assertiva do acusado, ora apelante, no sentido de que a obtenção de parte da renda se dava '[...] através da venda de produtos da própria Caixa, bem como prestava serviços de informática nas horas vagas' (fl. 650), tendo em vista o asseverado pelo MM. Juiz Federal a quo, ao proferir a v. sentença apelada, no sentido '[...] de não haver qualquer indício material que possa evidenciar a obtenção de renda informal, de modo a justificar a informação de renda superior. Nada acerca disso consta da sua DIRPF, conforme reconheceu, bem como não se observou a formalidade prevista pela própria CEF em caso de renda informal' (fl. 631).

Além do mais, no que concerne à alegada ausência de prejuízo (fl. 653), não se pode ignorar que, na forma do que restou consignado na v. sentença apelada, '[...] tal fato não exerce qualquer influência sobre a existência do crime, já que este é doutrinariamente classificado como crime formal, não se constituindo o efetivo prejuízo como requisito para a sua ocorrência [...]]' (fl. 632).

Por fim, é de se deferir ao acusado, ora apelante, os benefícios da assistência judiciária gratuita, na forma do postulado à fl. 657, aplicando-se, na hipótese, no que couber o disposto nos arts. 4º e 12, da Lei n. 1.060/1950.

Diante disso, dou parcial provimento à apelação, apenas para deferir ao acusado, ora apelante, os benefícios da assistência judiciária gratuita.

É o voto. (fls. 705/707 – grifei).

Já o voto vencido do Des. Federal *Hilton Queiroz (Vogal)* sufraga o seguinte entendimento:

[...] vou pedir vênua tanto a Vossa Excelência quanto ao eminente Desembargador OLINDO para, no caso, *absolver* o acusado pelo benefício da dúvida realmente. Pelo benefício da dúvida que teria o acusado aquele dolo de prejudicar a administração, a vontade livre e consciente de prejudicar a administração, fazendo aquela falsa inserção de dados em seus registros cadastrais para esse precípua escopo de prejudicar o banco de dados da administração pública, parece-me que não.

Ele agiu por uma leviandade, uma inconsequência, mas procurando, sim, receber um empréstimo, tirar um empréstimo, obter empréstimos da Caixa, que vieram a ser pagos. Formalmente, e Vossas Excelências têm razão quando dizem que esse crime tem uma conotação

formal do art. 313-A, formalmente houve a prática delituosa pelo aspecto da tipicidade, mas o elemento subjetivo, que é aquela vontade livre e consciente de prejudicar a administração; e notem o tipo penal. Eu estava examinando o Código, quando descreve a conduta incriminada, coloca a Administração Pública, justamente para chamar a atenção, no meu entender, de que é preciso esse escopo de prejudicar a administração pública. E eu não estou vendo esse aspecto do prejuízo à administração pública.

Houve, sim, uma vantagem para o funcionário, como já dissera, mas que não resultou em prejuízo efetivo para a administração, pelo aspecto material e, quanto ao aspecto formal, veio posteriormente uma auditoria e, verificada a falta, fez-se a reparação dos registros, colocando-se os assentamentos pelos modos corretos, segundo supunho, e não resultou em nenhum apenamento administrativo para esse funcionário da Caixa. E agora, num plus, impõe-se a sanção penal para uma conduta que não teve repercussão administrativa, no sentido de apenamento do servidor, que poderia ser demitido, que poderia até ser alvo de uma ação de improbidade administrativa, e não há notícia nos autos de que isso tenha ocorrido, sendo certo, pela afirmação do eminente advogado, encontrando ressonância dentro do bojo do processo, sendo certo que continua o servidor na Caixa e recebe promoções. Então, continua no emprego e é punido, e o juiz sequer decretou a perda da função pública. Parece-me que a sanção penal é uma demasia, até porque não houve, como disse, apenamento administrativo, sequer se fala em uma incursão no âmbito da improbidade administrativa, e, no meu entender, como disse, essa é a linha do meu pensamento, o dolo consistente na vontade livre e consciente de realizar o delito formal é duvidoso, porque o escopo, como eu disse, do apelante foi o de obter empréstimo, mas não o de fraudar os dados de si e por si da administração pública. E essa fraude indireta que houve veio a ser corrigida por força da auditoria, não tendo nenhuma repercussão dentro da esfera administrativa, onde o servidor continua a prestar seus serviços à empresa pública federal Caixa Econômica Federal como gerente, função de alta confiança da Caixa.

Senhor Presidente, como eu disse, pedindo vênias tanto a Vossa Excelência quanto ao eminente revisor, absolvo o acusado pelo benefício da dúvida, dando provimento, portanto, a sua apelação. E o meu voto. (fls. 709/710)

## 2. Da Divergência

A divergência consiste, pois, em saber se deve prevalecer o entendimento do Des. Federal *Hilton Queiroz*, que concluiu pela *absolvição* do réu, por falta de prova suficiente para a condenação, ou o entendimento da maioria, no sentido de confirmar a sentença condenatória.

Pois bem, assim preceitua o art. 313-A do Código Penal:

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário público, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Sobre o tema, ao comentar esse dispositivo leciona *Paulo José da Costa Jr.* que o elemento subjetivo do tipo

[...] exige a presença do dolo específico, representado pela expressão ‘com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou causar dano’. Não basta o dolo genérico, que estaria representado pela vontade consciente e livre de proceder a inserção de dados falsos, de alterar ou excluir os dados corretos [...] (in *Código Penal Comentado* – DPJ Editora – 9. ed. p. 975).

No mesmo sentido, *Damásio E. de Jesus* (in *Código Penal Anotado* – Saraiva – 18. ed. – p. 968): o elemento subjetivo do tipo,

[...] primeiro é o dolo, vontade livre e consciente dirigida à inserção ou à facilitação da inclusão de dados falsos e à alteração indevida em dados corretos ou sua alteração em sistema de informações da Administração Pública. Além do dolo, o tipo requer um fim especial de agir, o elemento subjetivo contido na expressão ‘com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano [...] (grifei).

E, ainda, segundo *Celso Delmanto* e outros (in *Código Penal Comentado* – Saraiva – 8. ed. – p. 898), “para que haja crime, as condutas incriminadas [...] devem ser juridicamente relevantes e ter potencialidade lesiva.” (grifei).

Na hipótese, não identifico, na conduta do embargante, o dolo específico consistente no “fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano” e bem assim “a potencialidade lesiva”.

Com efeito, assiste razão ao Des. Federal *Hilton Queiroz* ao consignar que “o escopo do réu foi o de obter empréstimo, mas não o de fraudar os dados de si e por si da administração pública” (fl. 710).

Corroboram essa linha de entendimento as seguintes assertivas que destaco da r. sentença recorrida, referindo-se ao ora embargante:

[...] pagou todos os valores obtidos nos empréstimos, antes mesmo do recebimento da



*denúncia, quitando os respectivos contratos, conforme consta de documentos juntados em fls. 422 e 433 [...]; [...] desde a prática do crime, o acusado tem obtido promoções em sua carreira, a revelar que a própria instituição já absorvera o fato ocorrido. Presume-se, portanto, que seja um funcionário eficiente, sendo certo que, à falta de maiores informações, a conduta criminosa aqui descortinada parece ter sido um fato isolado em sua vida profissional [...] (fl. 636).*

Com essa compreensão, com a devida vênia da douta maioria, adiro aos termos do voto do eminente Des. Federal *Hilton Queiroz*, que destaco:

[...] Pelo benefício da dúvida que teria o acusado aquele dolo de prejudicar a administração, a vontade livre e consciente de prejudicar a administração, fazendo aquela falsa inserção de dados em seus registros cadastrais para esse precípua escopo de prejudicar o banco de dados da administração pública, parece-me que não.

[...] Eu estava examinando o Código, quando descreve a conduta incriminada, coloca a Administração Pública, justamente para chamar a atenção, no meu entender, de que é preciso esse escopo de prejudicar a administração pública. E eu não estou vendo esse aspecto do prejuízo à administração pública.

[...] não resultou em prejuízo efetivo para a administração, pelo aspecto material e, quanto ao aspecto formal, veio posteriormente uma auditoria e, verificada a falta, fez-se a reparação dos registros, colocando-se os assentamentos pelos modos corretos, segundo supenho, e não resultou em nenhum apenamento administrativo para esse funcionário da Caixa. E agora, num plus, impõe-se a sanção penal para uma conduta que não teve repercussão administrativa, no sentido de apenamento do servidor, que poderia ser demitido, que poderia até ser alvo de uma ação de improbidade administrativa, e não há notícia nos autos de que isso tenha ocorrido, sendo certo, pela afirmação do eminente advogado, encontrando ressonância dentro do bojo do processo, sendo certo que continua o servidor na Caixa e recebe promoções. Então, continua no emprego e é punido, e o juiz sequer decretou a perda da função pública. Parece-me que a sanção penal é uma demasia, até porque não houve, como disse, apenamento administrativo, sequer se fala em uma incursão no âmbito da improbidade administrativa, e, no meu entender, como disse, essa é a linha do meu pensamento, o dolo consistente na vontade livre e consciente de realizar o delito formal é duvidoso, porque o escopo, como eu disse, do apelante foi o de obter empréstimo, mas não o de fraudar os dados de si e por si da administração pública. E essa fraude indireta que houve veio a ser corrigida por força da auditoria, não tendo nenhuma repercussão dentro da esfera administrativa, onde o servidor continua a prestar seus serviços à empresa pública federal

Caixa Econômica Federal como gerente, função de alta confiança da Caixa.” (grifei – fl. 710)

Isto posto, por tais razões e fundamentos, *dou provimento* aos embargos infringentes para prevalecer o voto vencido que absolveu o acusado *Marcos Antonio Zimmermann* com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

É como voto.

## Voto Revisor

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado:*  
— Marcos Antonio Zimmermann opõe embargos infringentes contra acórdão proferido pela 4ª Turma deste Tribunal, que, por maioria, manteve sua condenação pela prática do crime previsto no art. 313-A do Código Penal e lhe concedeu os benefícios da assistência judiciária.

Objetivam os presentes embargos que faça prevalecer o voto vencido, proferido pelo Des. Hilton Queiroz, que entendeu deva ser ele absolvido das imputações que lhe foram feitas.

O acusado era gerente da Caixa Econômica Federal e tinha conhecimento de uma falha de segurança no sistema do banco, no qual não registrava inadimplência, quando uma contratação estivesse vinculada à conta-poupança. Assim, embora ele próprio tivesse restrições cadastrais, manipulou o sistema informatizado do banco, alterando os valores bruto e líquido por ele auferidos, a fim de obter empréstimos para si mesmo. A Quarta Turma deste TRF 1ª Região entendeu que deve prevalecer a sentença que condenou o réu, uma vez que há provas suficientes nos autos da autoria e materialidade delitivas.

O entendimento do Des. Hilton Queiroz foi de que o acusado não teve a intenção de fraudar o sistema e que não houve efetivamente prejuízo para a Administração Pública. Veja-se (fls. 710):

[...] não resultou em prejuízo efetivo para a administração, pelo aspecto material e, quanto ao aspecto formal, veio posteriormente uma auditoria em verificada a falta, fez-se a reparação dos registros, colocando-se os assentamentos pelos modos corretos, segundo supenho, e não resultou em nenhum apenamento administrativo para esse funcionário da Caixa.

Para que seja configurado o crime capitulado no art. 313-A do Código Penal é necessária a presença do dolo específico. No caso, acompanho o Des. Hilton Queiroz, que entendeu que “o escopo do réu foi o de obter empréstimo, mas não o de fraudar os dados de si e da própria Administração Pública”. Além do mais,



os valores dos empréstimos que obteve por meio da fraude foram todos pagos à CEF bem como não houve sequer sanção administrativa para o acusado. Contrário a isso, continua exercendo a função de gerência e galgando níveis mais altos em sua carreira, o que se presume ser um bom funcionário, com apenas essa mácula.

Ademais, como ressaltou a sentença recorrida, o acusado pagou todos os valores recebidos a título de empréstimos, antes do recebimento da denúncia, quitando os respectivos contratos.

Por fim, não houve interesse da Administração Pública em penalizar o acusado, pelo contrário, a própria instituição o absolvera, na medida em que o manteve no cargo de gerente, bem como lhe concedeu promoções, após os fatos aqui descritos.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos infringentes para que prevaleça o voto vencido que absolveu o acusado Marcos Antonio Zimmermann, com esteio no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

É como o voto.

### Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Senhor presidente, votei, neste caso, na 4ª Turma, fui revisor de vossa excelência. Assim que terminou o julgamento, até cheguei a comentar com o Des. Hilton Queiroz que tinha ficado de certo modo impressionado com o ponto que ele focou no seu voto. Este crime é, efetivamente, um crime formal. Entende-se por crime formal aquele em que o resultado é presumido. Veja, mas, neste caso, foi demonstrado que ele é presumido, mas o que se demonstrou é que o resultado não ocorreu. Então, parece-me que um fato que diga que algo não ocorreu há que prevalecer em relação a uma presunção desse fato; que houve a inserção dos dados no sistema, efetivamente, houve; tanto uma falta possivelmente moral da parte, com relação a qual a Caixa não pretendeu dar maior destaque; mas o que está em julgamento, aqui, é o aspecto penal. Se, efetivamente, a Caixa, a instituição onde o embargante trabalhava, não experimentou nenhum prejuízo material, tanto é que, ao que se sabe, ele não teve nenhum problema na sua carreira, na Caixa Econômica Federal, parece-me que é mais do que razoável que esse fim objetivo de prejudicar a Administração, a que se refere o tipo, não deva ter o destaque apenas formal. Portanto, apesar de ter votado pela manutenção da condenação na Turma; agora, refletindo e ouvindo o eminente relator, que detalhou no seu voto, e o Juiz Federal Pablo Zuniga, que também deu o voto de revisor detalhado, estou,

efetivamente, convencido de que o Des. Hilton Queiroz, na Turma, esposou a melhor interpretação para o caso. E, por essas razões, eu acompanho o eminente relator.

### Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz:* — Senhor presidente, conforta-me perceber dos votos que me antecederam que os eminentes colegas, o relator Des. Mário César, o Juiz Federal Pablo Zuniga, o Des. Olindo, que já, também, votou neste caso, reexaminados os fatos, que foram joeirados no julgamento da Turma, reexaminando esses fatos, chegaram à percepção a que cheguei quando ouvi o relatório, ouvi o voto do eminente relator, ouvi o voto do revisor e ouvi a sustentação oral do advogado. Senhor presidente, o Direito Penal tem essas particularidades. Vede, na evolução histórica, sabemos: Direito Penal, dentre os que construíram as teorias penais, aquela escola de Carrara, que dizia que o crime é a infração da lei do Estado, então, formalmente posta a lei, houve a infração da lei, caracteriza-se o crime e aplica-se a sanção, mas a evolução do Direito Penal, da ciência penal, procura, além da exegese da lei para vislumbrar a infração da lei do Estado, ver o homem que praticou a infração, não se pode dissociar a infração do suposto criminoso, então, é o homem na circunstância e, nessa circunstância concreta, realmente pode parecer que houve o cometimento formal do crime, mas no contexto humano a dúvida surge: como, por que agiu, qual foi realmente a vantagem que teve a pessoa? Obteve um empréstimo, não poderia obtê-lo, mas ele quis obter um empréstimo, por uma leviandade, por, como acentuou o Des. Olindo Menezes, uma fraqueza moral, apelou para aquela inserção de dados, que, na verdade, não prejudicaram o sistema e nem a Administração como um todo e a prova de que não houve essa repercussão negativa para a Administração, a prova é que a Administração, através da empresa pública, a Caixa, não puniu administrativamente o servidor, não envidou ação administrativa e, ao contrário, o promoveu. E há um aspecto também, que foi mencionado da tribuna e consta já dos registros dos autos, é de que o acusado sustenta, e isso foi refletido na sentença, sustenta que tinha rendas informais. O juiz não considerou essa circunstância dizendo que não havia um elemento nos autos que trouxesse amparo a essa alegação do acusado. Havia informação do acusado de que ele tinha rendas informais, então, pelo fato de ser ele acusado, só a declaração dele de que tinha rendas informais em razão de ser ele acusado será desacreditada? Não, porque também o interrogatório dentro do processo penal é meio de

prova e ele diz: eu tinha rendas informais. É possível valorar essa declaração como elemento que se agrega a esse quadro de dúvidas que se instala no caso. Pelo fato de não haver outra comprovação nos autos, no sentido de demonstrar que o acusado tivesse rendas informais, a não ser as próprias declarações do acusado, isso significa que não existissem as rendas informais? Ele diz e não há nenhuma prova em contrário ao que ele diz, então, no meu entender, o quadro de dúvidas quanto ao elemento subjetivo do crime persiste, foi esse o motivo precípua que me levou a proferir esse voto e agora eu sinto conforto de ter adesão já da maioria de meus colegas a esse voto. Então, mantenho o voto que proferi na Turma, senhor presidente.

### Voto-Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Mendes:* — Também vou manter o voto que proferi na Turma sobre o entendimento de que o delito do art. 313-A é um delito formal e, portanto, com essa interpretação formal desse dispositivo do Código Penal é que mantenho o voto.

### Voto-Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal Renato Martins Prates:* — Senhor presidente, com a vênua da maioria que já se manifestou anteriormente, do excelentíssimo senhor relator e demais julgadores desta Corte, que expuseram muito claramente e com fundadas razões seus pontos de vista, mas vou ousar divergir dessa maioria que se instalou nesse julgado, porque, sem dúvida alguma, e não está sendo discutido aqui, houve de fato a inserção de dados falsos no sistema informático da Caixa Econômica Federal. É certo que o crime previsto no art. 313-A do Código Penal exige como elemento

subjetivo a obtenção de vantagem indevida, e aqui centrou-se muito na consideração de que, obter um empréstimo, que será depois pago, não seria uma vantagem indevida, mas eu quero crer que todas as instituições financeiras e bancárias, elas, no momento em que examinam se concedem ou não empréstimos, avaliam o risco dessa operação e, nessa avaliação de risco, valem-se de elementos do seu cadastro, do seu sistema informatizado. Por que o agente, no caso, o réu, alterou esses dados? Com vistas a modificar o cadastro e assim superar eventuais óbices quanto à avaliação do risco da operação bancária e receber aquela quantia que, normalmente, não fosse esse ato ilícito, não lhe seria concedido. Ele não fez aquilo por nada, algum motivo ele teve, é que normalmente ele não teria esse empréstimo, por quê? Porque o banco avaliaria que, pela renda que ele apresentava, constante dos seus dados cadastrais, a operação seria por demais arriscada e não seria recomendada, então, ele valeu-se da sua qualidade de gerente, inseriu dados incorretos no sistema informatizado. Tem, então, que todos os elementos sejam objetivos ou subjetivos do tipo como parecem, no caso, e não autorizam a absolvição. É certo que a vida pregressa, a personalidade, a conduta, tudo isso há de ser avaliado no momento da dosimetria da pena, mas não por se saber se é devido, se se configura ou não o delito previsto no Código Penal, e, por outro lado, também, não me impressiona o fato de não ter sofrido qualquer sanção administrativa, e talvez devesse ter sofrido; acho que o fato em si é relevante no aspecto disciplinar, mas o fato de não ter havido um procedimento interno e aplicado uma penalidade administrativa não interfere na ordem penal, porque, independentes as instâncias administrativa e penal. Por isso, com a devida vênua do relator e dos demais julgadores, nego provimento aos embargos.

## Terceira Seção

Numeração única: 0004660-47.2006.4.01.3400

Agravo Regimental na Apelação Cível 2006.34.00.004690-9/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes  
Apelante: Maria Georgina dos Santos Mustafá  
Advogados: Dra. Marília de Almeida Maciel e outros  
Apelada: União Federal  
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
Publicação: e-DJF1 de 11/07/2014, p. 408

## Ementa

*Agravo regimental. Processual Civil. Embargos infringentes opostos contra dois acórdãos: o primeiro, por maioria, aplicou o § 3º do art. 515 do CPC, e, à unanimidade, deu parcial provimento à apelação. O segundo, à unanimidade, rejeitou os embargos de declaração. Inadmissibilidade.*

I. Não cabem embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, aplicou o § 3º do art. 515 do CPC, para anular sentença extintiva do processo, com fundamento na litispendência, e, no mérito, à unanimidade, deu provimento parcial à apelação, para, afastando os efeitos anulatórios do Edital Esaf 7, de 20/01/2006, considerar válido o resultado divulgado pelo Edital 2, de 12 de janeiro de 2006, do concurso público para auditor-fiscal da Receita Federal, assegurando o direito da autora de participação na segunda etapa do certame.

II. Igualmente incabíveis embargos infringentes opostos contra acórdão que, à unanimidade, rejeitou os embargos de declaração opostos pela União e, por maioria, deferiu o pedido incidental formulado pela autora para que seja afastado o obstáculo à sua nomeação e posse imediatamente.

III. A questão atinente ao pedido de expedição de ofício ao Ministério da Fazenda para os atos de nomeação e posse, questão debatida oralmente pelos eminentes integrantes da Quinta Turma durante o julgamento dos embargos de declaração, foi entendida como consectário lógico do acórdão que deu provimento parcial ao recurso apelatório. E, ademais, os embargos de declaração foram unanimemente rejeitados.

IV. Agravo regimental a que se nega provimento.

## Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 1º/07/2014.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática de fls. 605-606, que não conheceu dos embargos infringentes de fls. 584-593, porque opostos contra acórdão que, à unanimidade, deu parcial provimento à apelação (fls. 537-547) e acórdão que, também, à unanimidade, rejeitou os embargos de declaração opostos pela União (fls. 572-579).

Sustenta a União que, diferentemente do afirmado na decisão recorrida,

[...] o Superior Tribunal de Justiça já consignou o entendimento de que, caso o julgamento de mérito, a partir da aplicação da teoria da causa madura, seja proferido por maioria, cabíveis serão os embargos infringentes, o que excepciona o rigorismo do art. 530 do Código de Processo Civil [...].

No caso em tela, alega a agravante que, como este Tribunal, no julgamento do recurso de apelação entendeu, *por maioria*, pela possibilidade de aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, porque houve contestação e o processo encontrava-se devidamente instruído, são cabíveis os embargos infringentes, devendo, por isso,

ser reformada a decisão ora agravada, para permitir o processamento dos embargos infringentes, evitando-se, por conseguinte, posse e nomeação precárias.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Trata-se de ação ordinária por meio da qual a autora pretende

[...] afastar a ilegalidade do ato administrativo praticado pela ESAF com a finalidade de prevalecer em relação à autora alternativamente ou os efeitos da aprovação nas provas da Primeira Etapa como oficialmente julgado na esfera administrativa nos termos do EDITAL nº 3, ou para que seja anulada a questão nº 33 da Prova de Matemática Financeira e atribuído a pontuação respectiva à autora que passará assim de 190 a 191 pontos e, deste modo, ser classificada nos termos do Edital nº 7 [...]. (cf. fl. 14).

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais João Batista Moreira, Jirair Aram Meguerian, Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

A sentença de fls. 484-487 julgou extinto o processo sem resolução do mérito, com fundamento na litispendência (CPC, art. 267, V).

Interposta apelação, a Quinta Turma deste Tribunal, à unanimidade, anulou a sentença para rejeitar a arguição de litispendência e, *por maioria*, entendeu pela possibilidade da aplicação da norma contida no § 3º do art. 515 do CPC, vencida a relatora, que entendia não estar a causa madura para julgamento (fl. 537).

Prosseguindo no julgamento do feito, no exame do mérito, a Quinta Turma, *por unanimidade*, deu provimento, em parte, à apelação e julgou procedente o pedido,

[...] *para, afastando os efeitos anulatórios do Edital ESAF nº 07, de 20/01/2006, considerar válido o resultado divulgado pelo Edital nº 2, de 12 de janeiro de 2006, do concurso público para Auditor-Fiscal da Receita Federal, assegurando o direito da autora de participação na segunda etapa do certame.* (cf. fls. 542-547).

Contra esse acórdão, a União opôs embargos de declaração (fls. 555-559), que foram rejeitados, à unanimidade, pela Quinta Turma e, *por maioria*, deferiu o pedido incidental formulado pela autora para que seja afastado o obstáculo à sua nomeação e posse imediatamente (fls. 572-580).

Contra ambos os acórdãos, a União opôs embargos infringentes às fls. 584-593, os quais foram inadmitidos, por intermédio da decisão monocrática ora vergastada (fls. 605-606), ao fundamento de ser incabível o seu manejo em face de acórdãos unânimes, o que deu ensejo ao presente agravo regimental.

A decisão agravada encontra-se redigida nos seguintes termos:

Em exame embargos infringentes opostos pela União “em face do acórdão de fls. 537/547-572/579”. Pretende a embargante, em síntese, fazer prevalecer a posição adotada pela Exma. Desembargadora Federal Selene Almeida, quando do julgamento dos embargos de declaração, no sentido de aguardar o trânsito em julgado para os atos de provimento do cargo, ao entendimento de que não há posse de servidor público em caráter precário.

É o relatório do essencial.

O recurso de embargos infringentes, disciplinado pelo art. 530 do Código de Processo Civil, é cabível “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória”.

No caso em exame, o acórdão de fls. 537/547, à unanimidade, deu parcial provimento à apelação, e o acórdão de fls. 572/579, julgando os embargos declaratórios, rejeitou-os também à unanimidade. Nestas circunstâncias, os embargos infringentes não podem ser admitidos, uma vez que esse recurso não é cabível contra acórdão unânime de rejeição de embargos declaratórios. (grifei)

A questão atinente ao pedido de expedição de ofício ao Ministério da Fazenda para os atos de nomeação e posse, questão debatida oralmente pelos eminentes integrantes da Quinta Turma durante o julgamento dos embargos de declaração, foi entendida como consectário lógico do acórdão que deu provimento parcial ao recurso apelatório. E, ademais, os embargos de declaração foram unanimemente rejeitados.

Os únicos recursos cabíveis na hipótese seriam novos embargos de declaração, recurso especial e recurso extraordinário, sem prejuízo do imediato cumprimento da ordem contida no acórdão de fls. 579, consistente na expedição de ofício ao Ministério da Fazenda para dar seguimentos aos atos de provimento do cargo, uma vez que nenhum desses recursos lhe conferiria efeito suspensivo.

Ante o exposto, não conheço dos embargos infringentes opostos, pois manifestamente inadmissíveis – Código de Processo Civil, art. 557, c/c art. 29, XXIV do Regimento Interno – TRF 1ª Região.

Constato que os argumentos expendidos na presente impugnação recursal não têm o condão de abalar a convicção expressa na decisão ora questionada, porquanto, a meu ver, a parte agravante não logrou demonstrar o desacerto do julgado.

Pelo exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É como voto.

## Terceira Seção

Numeração única: 0013374-59.2007.4.01.3400

Embargos Infringentes 2007.34.00.013455-4/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
 Relator p/ acórdão: Desembargador Federal João Batista Moreira  
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
 Embargada: Brasil Telecom S/A  
 Advogados: Dr. Flávio Antônio Esteves Galdino e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 08/08/2014, p. 295

### Ementa

*Serviços de telefonia. Receita de interconexão. Base de cálculo do ônus contratual cobrado das concessionárias. Exclusão.*

I. As receitas oriundas dos serviços de interconexão de redes têm especificidade própria; não decorrem da aplicação dos planos básico e alternativos do serviço de telefonia fixa comutada.

II. Ocorreria, do ponto de vista econômico, duplicidade na cobrança, uma vez que o custo da interconexão é repassado para as tarifas.

III. A inclusão dessa receita na base de cálculo do ônus contratual devido pelas concessionárias de telefonia dependeria de previsão contratual específica, como, aliás, foi posteriormente providenciado pela Anatel.

IV. Negado provimento aos embargos infringentes.

### Acórdão

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

3ª Seção do TRF 1ª Região – 1º/06/2014.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator p/ acórdão.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:*  
 — Trata-se de embargos infringentes opostos pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) ao acórdão proferido pela Quinta Turma deste Tribunal, que, por maioria, deu parcial provimento à apelação interposta por Brasil Telecom S.A., ficando assim ementado (fls. 641-642):

ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO. ÔNUS COBRADO DE CONCESSIONÁRIA. BASE DE CÁLCULO. CONTRATO DE CONCESSÃO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. PLANO DE SERVIÇOS. SERVIÇOS EVENTUAIS E SUPLEMENTARES INERENTES. SERVIÇO DE INTERCONEXÃO. SERVIÇOS ADICIONAIS.

1. A matéria *sub judice*, que diz respeito a interpretação de cláusula de contrato de concessão e de dispositivos normativos da Lei Geral de

Telecomunicações e respectivos regulamentos, é de direito, sendo autorizado o julgamento antecipado da lide, sem que haja cerceamento de defesa.

2. A Lei n. 9427/97 – Lei Geral de Telecomunicações – prevê que a concessão para a exploração de serviços de telecomunicações é onerosa, não detalhando, porém a forma de se calcular o valor a ser despendido pelo concessionário, tarefa que é remetida à lei.

3. Conforme se extrai da cláusula 3.3. do contrato de concessão em exame a receita que serve de base de cálculo do “ônus” a ser pago à concedente: a) corresponde a sua receita; b) deve ser apurada no ano anterior ao pagamento, entre janeiro e dezembro; c) trata-se de receita líquida, isto é, retirada a parcela correspondente aos impostos e contribuições sociais; d) trata-se, ademais de *receita líquida decorrente dos planos de serviços, básico e alternativos*. e) deve ser obtida “das demonstrações financeiras elaboradas conforme legislação societária e princípios fundamentais de contabilidade, aprovadas pela administração



da Concessionária e auditadas por auditores independentes”.

4. O fato de que a receita deva ser apurada conforme a legislação societária e princípios fundamentais de contabilidade não colide com a previsão contratual de que, para os fins específicos da apuração da remuneração do poder concedente, não se deva se apurar toda a receita (ou toda receita líquida) do concessionário, mas apenas a receita líquida decorrente dos *planos de serviços, básico e alternativo*.

5. Não obstante, os serviços de *Prestação Utilidade Comodidade (PUC)*, são inerentes aos planos de serviços, bem assim os serviços adicionais prestados ao próprio usuário do serviço de telefonia fixa comutada. Interpretação da cláusula contratual à luz da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9472/97) e do Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, aprovado pela Resolução n. 426/2005 da Anatel.

6. Diferentemente, os serviços de interconexão e os serviços adicionais prestados a terceiros não se inserem no âmbito dos planos (básico ou alternativos) prestados aos usuários do STFC. Portanto, não podem servir como base de cálculo do encargo a ser pago pelo concessionário à Anatel.

7. Apelação a que se dá parcial provimento para se declarar inexigível a cobrança do ônus à Anatel incidente sobre as receitas do concessionário sobre serviços de interconexão e receitas de serviços adicionais prestados a terceiros que não o próprio assinante dos planos de telefonia.

Divergiu parcialmente a Des. Federal Selene de Almeida, cujo voto a embargante pretende fazer prevalecer, e que deu parcial provimento à apelação em menor extensão do que o relator,

[...] para tão somente declarar inexigível a cobrança dos ônus que incidam sobre as receitas dos serviços adicionais prestados a terceiros e sobre as receitas operacionais que não decorram da aplicação de plano de serviço básico ou alternativo [...] (fl. 630).

Em longas razões (fls. 644-695), a embargante desenvolve os argumentos mediante os quais procura demonstrar o acerto do voto divergente e, conseqüentemente, o desacerto do voto do relator e do voto vogal, que o acompanhou.

Assinala, inicialmente, que a Turma julgadora deu parcial provimento à apelação para excluir do cálculo do ônus previsto na cláusula 3.3 do Contrato de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado:

[...] (i) as receitas de interconexão; e (ii) as receitas de serviços adicionais prestados a terceiros,

que não o próprio assinante dos planos de serviços básicos ou alternativos de telefonia [...],

acrescentando que a divergência se restringe ao item (i), isto é, às receitas de interconexão.

Procura, então, demonstrar que as receitas de interconexão devem integrar a base de cálculo do ônus a ser pago pela concessionária, começando pela análise da cláusula 3.3 e § 1º do Contrato de Concessão, que transcreve, destacando (fl. 652):

Cláusula 3.3. A Concessionária deverá pagar, a cada biênio, durante o período da concessão, *ônus correspondente a 2% (dois por cento) da sua receita*, do ano anterior ao pagamento, *do Serviço Telefônico Fixo Comutado*, líquida de impostos e contribuições sociais incidentes.

§ 1º No cálculo do valor referido no caput desta cláusula será considerada a receita líquida decorrente da aplicação dos planos de serviços, básico e alternativos, objeto da presente concessão.

Na seqüência, enfatiza (fls. 653-654):

Da leitura da cláusula em apreço, verifica-se, inicialmente, que *a natureza jurídica do citado pagamento é contratual*, ou seja, decorre diretamente do ajuste firmado entre a Agência Reguladora e as concessionárias de telefonia, não existindo, assim, relação de natureza tributária.

Na dicção de Silvio de Salvo Venosa “Ônus, na linguagem vulgar, significa algo que sobrecarrega, um peso que incide sobre uma pessoa, ou simplesmente um dever ou um gravame”.

Desse modo, constata-se que no conceito de ônus existe uma ligação entre o exercício de um direito e o resultado, de forma que o titular somente poderá exercer o seu direito se suportar o ônus previsto em contrato.

Assim, no caso em análise, o ônus disposto na referida cláusula nada mais é do que um encargo suportado contratualmente pelas concessionárias do STFC, que se veem obrigadas a efetuar a cada dois anos o pagamento correspondente a 2% (dois por cento) sobre o valor das *receitas decorrentes dos planos de serviços básico e alternativos*. Em contrapartida, exercem o direito de uso da concessão para exploração do serviço de telecomunicações, e auferem todos os bônus desta atividade, em especial os lucros financeiros.

A celeuma, entretanto, gira em torno das receitas que devem integrar a base de cálculo do citado ônus contratual. *Nos termos como disposto no caput da cláusula 3.3 do contrato de concessão, o percentual de 2% (dois por cento) deve incidir sobre as receitas do STFC do ano anterior ao do pagamento.*

*O parágrafo primeiro da referida cláusula, de cunho explicativo, aduz ainda que também serão consideradas as receitas que decorrem da aplicação dos planos de serviço.*

Anote-se que o objeto da concessão é o STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado – de modo que o proveito econômico que as concessionárias receberem decorrentes do citado objeto da concessão é passível de oneração com o ônus contratual, principalmente porque a natureza do encargo é remunerar a União pela exploração do serviço público.

Pois bem!

Consoante o entendimento da Anatel, as receitas decorrentes dos serviços de interconexão, por serem indissociáveis do STFC e serem decorrentes dos planos de serviço básico e alternativos, objeto da concessão, inquestionavelmente integram a base de cálculo do aludo (sic) ônus. (os destaques são do original).

A embargante ainda prossegue em suas longas razões, trazendo, inclusive, para realçar seu entendimento, julgado deste Tribunal na seara tributária, no sentido de que a receita de interconexão integra a base de cálculo da contribuição para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust), visto que “integra a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações”.

Defende, ao final, sua competência “em questões técnicas e relativas ao mérito administrativo pertinente à atuação precípua das Agências reguladoras”, citando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de prestigiar as competências específicas dessas agências, “não cabendo ao Poder Judiciário adentrar nas questões eminentemente técnicas e insertas no âmbito do mérito administrativo” (fl. 686).

Foram apresentadas contrarrazões pela Brasil Telecom S. A. (fls. 742-765).

O recurso foi admitido (fl. 767).

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Na inicial da ação declaratória de inexigibilidade de cobrança, a autora, Brasil Telecom S. A., pediu a exclusão, da base de cálculo do ônus cobrado em razão da concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), das seguintes receitas: (i) receitas decorrentes de interconexão de redes; (ii) receita de Serviços Adicionais – Prestações Utilidades Comodidades; e

(iii) receita de Serviços Adicionais – Outros Serviços Adicionais e Outras Receitas Operacionais do STFC.

A sentença julgou improcedente o pedido, e, no julgamento do recurso de apelação interposto pela autora, a Quinta Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, para declarar inexigível a cobrança do ônus incidente nas receitas sobre serviços de interconexão e receitas de serviços adicionais prestados a terceiros que não o próprio assinante dos planos de telefonia.

A divergência parcial limitou-se às receitas do serviço de interconexão de redes, sendo esse, por conseguinte, o objeto dos presentes embargos infringentes.

Importante, para melhor compreensão da controvérsia, fazer a leitura, ainda que parcial, do voto do relator, Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado), que, no ponto, foi acompanhado pelo Des. Federal João Batista Moreira, e do voto divergente, proferido pela Des. Federal Selene de Almeida.

O relator, depois de transcrever artigos da Lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que tratam da concessão, permissão e autorização para a exploração de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, observou que, não obstante essa lei determine que a exploração desses serviços se dará a título oneroso, não especificou o ônus a recair sobre o concessionário, o qual, assim, deve ser previsto, de forma minudente, no respectivo contrato de concessão.

Fez, então, a transcrição da cláusula 3.3 do contrato, que assim estabelece:

Cláusula 3.3. A concessionária deverá pagar, a cada biênio, durante o período da concessão, ônus correspondente a 2% (dois por cento) da sua receita, do ano anterior ao pagamento, do Serviço Telefônico Fixo Comutado, líquida de impostos e contribuições sociais incidentes.

§ 1º No cálculo do valor referido no caput desta cláusula será considerada a receita líquida corrente da aplicação dos planos de serviço, básico e alternativos, objeto da presente concessão.

§ 2º O cálculo do percentual referido no caput desta cláusula será feito sempre relativamente à receita líquida das deduções de impostos e contribuições incidentes, apurada entre janeiro e dezembro do ano anterior e obtida das demonstrações financeiras elaboradas conforme legislação societária e princípios fundamentais de contabilidade, aprovadas pela administração da Concessionária e auditadas por auditores independentes, e o pagamento terá vencimento em

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais João Batista Moreira, Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

30 de abril do ano subsequente ao da apuração do ônus.

[...].

Prossiguiu o Relator, *verbis*:

Da cabeça do artigo e do seu parágrafo primeiro e segundo extrai-se que a receita que serve de base de cálculo do “ônus” a ser pago à concedente: a) corresponde a sua receita; b) deve ser apurada no ano anterior ao pagamento, entre janeiro e dezembro; c) trata-se de receita líquida, isto é, retirada a parcela correspondente aos impostos e contribuições sociais; d) trata-se, ademais de *receita líquida decorrente dos planos de serviços, básico e alternativos*. e) deve ser obtida “das demonstrações financeiras elaboradas conforme legislação societária e princípios fundamentais de contabilidade, aprovadas pela administração da Concessionária e auditadas por auditores independentes”.

Afigura-me pouco razoável a tese desenvolvida em contrarrazões recursais, em que a apelada prende-se exclusivamente ao que dispõe o parágrafo segundo acima transcrito, como se pudesse ou devesse ser isolado do que se encontra disposto no parágrafo primeiro. A assertiva de que a receita deva ser apurada conforme a legislação societária e princípios fundamentais de contabilidade não colide com a previsão contratual de que, para os fins específicos da apuração da remuneração do poder concedente, não se deve tomar por base toda a receita (ou toda receita líquida) do concessionário, mas apenas aquela decorrente dos *planos de serviços, básico e alternativo*, como expressamente prevê o parágrafo 1º da cláusula 3.3 do contrato de concessão.

A interpretação literal de leis e contratos nem sempre chega aos melhores resultados. Nada obstante, as palavras têm um conteúdo mínimo, em relação aos quais o operador do direito não pode se afastar, pena de ingressar no terreno da incerteza e do arbítrio. Se palavras nada significam, a comunicação torna-se impossível, bem assim ineficaz quaisquer normas jurídicas, pois o instrumento de quem expede os comandos normativos é a linguagem. Se não há acordo em relação a conteúdos mínimos dos vocábulos, nada se constrói, como não se construiu a Torre de Babel da história bíblica. Na feliz expressão de Luís Roberto Barroso, “*as palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados sob o risco de se perverter seu papel de transmissores de idéias ou significados*”. E, para se apreender o sentido técnico das palavras, há que se valer o intérprete do sistema em que são utilizadas, mais especificamente, no caso, das normas legais e regulamentares que versam o tema do Direito das Telecomunicações.

Em sendo assim, resta apurar o que significa “serviço telefônico fixo comutado”, bem assim “planos de serviço, básico e alternativo”. Para tanto,

deve-se considerar todo o sistema de definições da LGT e das respectivas normas regulamentares.

“Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC)”, consoante prevê o artigo 3º, XXIII do Regulamento anexo à Resolução n. 426/2005 da Anatel (RSTFC) e a cláusula 1.2. do contrato, trata-se do “*serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia*”. Diz respeito ao serviço de telefonia tradicional, fixa, que se opõe à telefonia móvel (celular).

Na forma dos artigos 47 e 48 do mesmo Regulamento, a prestadora deve oferecer ao usuário do serviço um plano *básico*, assim entendido o “*de oferta obrigatória e não discriminatória a todos os usuários ou interessados no STFC*” e *pode* (faculdade) oferecer ao usuário um plano alternativo. O primeiro (plano básico) tem a estrutura tarifária e critérios de tarifação definidos em regulamentação específica; o segundo, na forma do regulamento citado, tem a estrutura de preços e demais características associadas definidas pela prestadora e aprovadas pela Anatel. Tratam-se, inequivocamente, de planos destinados ao usuário final, pessoa física ou jurídica, consumidora do serviço telefônico fixo comutado (STFC).

Relevante trazer-se à baila o conceito de plano de serviço, que na forma do art. 3º, XI, do RSTFC é “documento que descreve as condições de prestação do serviço quanto às suas características, ao seu acesso, manutenção do direito de uso, *utilização e serviços eventuais e suplementares a ele inerentes*, as tarifas ou preços associados, seus valores e as regras e critérios de sua aplicação”.

Feita essa análise da cláusula contratual e dos dispositivos legais pertinentes, o ilustre relator concluiu que,

[...] com exceção da receita decorrente dos serviços de interconexão – que dizem respeito ao relacionamento e contratos celebrados entre as operadoras do sistema de telefonia de modo a possibilitar o acesso recíproco às respectivas redes – todos os demais itens de receita são inerentes aos planos de serviço ofertados aos usuários [...] (fl. 598).

E prossiguiu (fls. 598-599):

No que toca aos serviços de interconexão, conquanto em verdade destinem-se a melhor atender aos usuários dos serviços de telefonia, em realidade implicam no relacionamento e na contratação entre as concessionárias, operadoras do serviço, de modo que as respectivas receitas não provêm diretamente dos usuários dos serviços de telecomunicações.

Eis aqui o ponto da divergência, já que a Des. Federal Selene Almeida não entendeu da mesma

forma, tendo, a propósito, assim se manifestado (fls. 628-629):

*Receitas advindas dos serviços de interconexão*

Como bem ressaltado pelo Relator, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.427/97) não desce a detalhes nem especifica o ônus a recair sobre o concessionário. Cabe ao respectivo contrato de concessão fazê-lo, e foi o que fez a Anatel, valendo-se dos termos e definições constantes de sua Resolução nº 426/2005.

A citada Lei nº 9.472/97, no parágrafo único de seu art. 146, define interconexão como “a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários dos serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis”.

Ou seja, a interconexão é devida quando o usuário de uma empresa de telefonia fixa (que possui um plano básico ou alternativo) efetua uma ligação para um usuário de outra empresa (que também possui um plano básico ou alternativo). Para que a chamada seja efetivada uma empresa utilizar-se-á da rede da outra empresa. A Lei Geral de Telecomunicações obriga, em nome do interesse coletivo, que as empresas disponibilizem suas redes sempre que solicitadas por outra prestadora.

Como não se concebe que um usuário da rede de telefonia fixa da prestadora “X” não possa se comunicar, sem restrições, com outro que se utiliza da prestadora “Y”, a interconexão é, a toda prova, inerente ao plano de serviço e, portanto, ao objeto da concessão.

Expostas as duas posições conflitantes, entendo que deve prevalecer a do voto vencido, que, efetivamente, foi ao cerne da questão.

Com efeito, em que pesem os sólidos fundamentos do voto do relator, não há como afastar a conclusão de que os serviços de interconexão são inerentes, ou mais precisamente, *decorrentes* do plano de serviço, básico ou alternativo.

Nesse sentido, afirma a embargante, em suas razões, que “*as receitas oriundas dos serviços de interconexão de redes são decorrentes da aplicação dos planos básico e alternativos do Serviço de Telefonia Fixa Comutada*”, acrescentando (fl. 660):

Diga-se, desde já, que não é possível falar-se em receitas de interconexão sem que haja a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. Todas as receitas auferidas a título de interconexão decorrem da prestação deste serviço, que é o objeto do Contrato de Concessão.

E arremata (fls. 661-662):

Sendo assim, repise-se: quando um usuário, que possui um plano de serviço, básico

ou alternativo, efetua uma ligação telefônica, e desta ligação surge uma receita de interconexão, é evidente que esta receita de interconexão *teve origem* na aplicação do plano de serviço, que é o vínculo do usuário com a concessionária. E como a cláusula 3.3 do Contrato de Concessão dispõe que base de cálculo do respectivo ônus considera “a receita líquida *decorrente* da aplicação dos planos de serviço, básico e alternativo, objeto da presente concessão” (g.n.), não há dúvidas de que as receitas de interconexão estão abrangidas nesta base de cálculo.

[...]

No caso dos autos, a *clara intenção da Anatel* com a inclusão da expressão “*decorrente da aplicação dos planos de serviço*” no § 1º da cláusula 3.3 dos Contratos de Concessão *é considerar todas as receitas que possuem origem na aplicação dos planos de serviço, básico ou alternativo, incluídas na base de cálculo do ônus tratado neste dispositivo contratual.*

Em conclusão, penso que assiste razão à embargante.

Diante do exposto, dou provimento aos embargos infringentes, para fazer prevalecer o voto vencido, proferido pela eminente Des. Federal Selene Almeida.

É o meu voto.

## Voto-Vogal Vencedor

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* — Sem querer enfrentar os sólidos argumentos trazidos pelo ilustre relator e só como forma de melhor esclarecimento dos demais membros desta Seção, uma vez que, pelo que foi dito, apenas eu, dos componentes desta Seção, teria já enfrentado esta matéria, vou fazer a leitura do voto que proferi na Turma. A Taquigrafia não precisa fazer o registro porque vou me prender aos argumentos sustentados naquela ocasião. Disse o seguinte: “Senhora Presidente, com os elementos [...] [lê] [...] da Lei 9.784/1999”.

Vejo que, posteriormente a esse julgamento, a Anatel baixou resolução para expressamente incluir as receitas da interconexão na base de cálculo do ônus que é pago pelas empresas. Só por isso não significa que esteja reconhecendo que antes essa parcela não estava incluída na base de cálculo. Não é pelo fato de vir norma posterior deixando explícita a inclusão que podemos concluir, *a contrario sensu*, que antes não era devida a parcela, é questão de interpretação, mas é um elemento a considerar. A própria Anatel admite com isso que anteriormente a exigência não era explícita.

Agora vem, neste julgamento da Seção, a argumentação de que estaria havendo *bis in idem*, porque, quando alguém recebe uma ligação que



passa pela interconexão, no preço de sua conta está embutido, evidentemente (não digo de forma direta, mas pelo menos indiretamente), o preço da interconexão, ou seja, aquilo que a empresa que está prestando o serviço vai pagar para a outra cujas redes foram utilizadas. Então, essa empresa paga os 2% sobre a receita obtida diretamente dos usuários do serviço de telefonia e a outra recebe pela interconexão, que, pelo menos economicamente, já repercutiu naquele preço da conta telefônica da empresa que presta finalmente o serviço. Recebe dessa empresa pela interconexão e vai pagar novamente 2%. Do ponto de vista econômico, há, sim, *bis in idem*. Isso constituiria um vício? Até do ponto de vista tributário parece que não há objeção a esse tipo de ocorrência, porque há aquele argumento de que é questão econômica, e não jurídica. Mas penso que é um elemento relevante na medida em que estamos levando em conta a razoabilidade para interpretar a norma. Qual o sentido que devemos dar a essa norma? Há *bis in idem* do ponto de vista econômico e não parece racional essa duplicidade.

Na verdade, essa renda da interconexão não provém dos planos de serviço. É uma espécie de exploração do capital da rede de que a empresa dispõe, é a mesma coisa que alugar um bem de sua propriedade; está *alugando* a rede para a outra empresa. Incluir essa parcela como renda do plano de serviços para efeito de ser estabelecida a base de cálculo do ônus contratual [...]

Esse ônus é uma entidade que não tem definição jurídica precisa. Há quem entenda que, na verdade, é um tributo; outros “dizem, é um preço pela utilização de bem público”. Outros: “Não, é algo de uma terceira natureza, a natureza não é nem de preço público nem tributária; tem especificidade própria, esse ônus”. No caso específico, penso que há muito de natureza tributária, pois uma parte vai para o Fistel, serviço de fiscalização das telecomunicações; seria taxa de polícia, nesse aspecto. A outra parte vai para o Tesouro para ser empregada na universalização do serviço de telecomunicações, atividade típica do custeio por meio de impostos, interesse geral da sociedade. Penso que esses aspectos levam a que tenhamos que nos debruçar para ver até que ponto poderia haver interpretação ampliativa? Penso que, no mínimo — não digo que seja literal, como foi dito da tribuna (art. 111 do Código Tributário Nacional); a interpretação literal é prevista só quando a norma preveja isenção, dispensa de tributo —, aqui não é o caso, não é interpretação literal, mas, em meu ponto de vista, deve ser, sim, interpretação estrita.

Por outro lado, há o argumento relevantíssimo de que, foi dito pelo doutor Procurador, é a principal fonte de receita da Anatel. Até que ponto, no momento em que assinaram os contratos, as empresas estavam prevendo que futuramente pudesse vir essa interpretação? Lembro-me de ter conversado (parece-me que com o Desembargador Fagundes, que disse: “Não, as empresas, no momento em que assinaram o contrato, já calcularam o ônus incluindo essa parcela. Isso não vai ser repassado para o consumidor, não. Na verdade, o que vai acontecer se for excluída a parcela, é o aumento do lucro das empresas, porque, no momento em que elas assinaram o contrato, já sabiam que essa parcela estava, sim, incluída na base de cálculo”. Não sei até que ponto essa objeção deve ser ponderada [...]

De qualquer modo, mantenho o voto dado na Turma, reconhecendo que é um dos casos difíceis de interpretação dos contratos.

Nego provimento aos embargos infringentes.

## Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins:* — Peço vênias ao relator nos embargos infringentes para manter o acórdão proferido, por maioria, pela Turma, por entender que não há a possibilidade na cláusula contratual firmada entre as partes de cobrança do serviço de interconexão de acordo com a cláusula 3.3. Destaco do voto do relator da apelação o seguinte trecho: no que toca o serviço de interconexão, conquanto em verdade destinem-se a melhor atender aos usuários de telefonia, em realidade implicam no relacionamento e na contratação entre as concessionárias operadoras do serviço de modo que as respectivas receitas não provêm diretamente dos usuários do serviço de telecomunicações. Ora, a cláusula 3.3 estabelece que o ônus será pago a cada biênio, o ônus correspondente a 2% da sua receita dos serviços telefônicos fixos comutados. Ora, o serviço de interconexão não é, a toda evidência, salvo melhor juízo, integrante do serviço telefônico fixo comutado normal. Trata-se de uma facilidade entre as empresas. A interconexão é feita por contrato entre as empresas para possibilitar que o usuário de uma empresa X se comunique com o usuário da empresa Y. E essa receita não advém, em princípio, do serviço telefônico fixo comutado contratado pelo usuário. Sendo assim, portanto, peço vênias ao relator dos embargos infringentes para aderir à divergência inaugurada pelo presidente e negar provimento a esses embargos.



## Quarta Seção

Numeração única: 0007775-51.2007.4.01.3300

Embargos Infringentes 2007.33.00.007776-8/BA

Relator: Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado)  
 Embargante: Gerson de Oliveira e Oliveira  
 Defensor: Defensoria Pública da União – DPU  
 Embargado: Conselho Regional dos Corretores de Imóveis – Creci/BA – 9ª Região  
 Procuradores: Dr. Álvaro Rodrigues Teixeira Júnior e outro  
 Publicação: e-DJF1 de 25/06/2014, p. 137

### Ementa

*Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Execução fiscal. Conselho Regional dos Corretores de Imóveis – Creci/BA. Anuidades e cobranças correlatas. Natureza jurídica. Autarquia. Tributo. Cobrança por ato administrativo. Ausência de amparo legal. Lei 11.000/2004. Destinatário específico. Conselhos Federal e Regional de Medicina. Precedentes. Embargos infringentes acolhidos.*

I. As anuidades exigidas pelos conselhos profissionais enquadram-se no conceito de contribuições, de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação na fiscalização das áreas respectivas, nos termos previstos no art. 149 da Constituição Federal de 1988.

II. Tais contribuições possuem natureza jurídica de tributo, cuja instituição é de competência exclusiva da União, sobre serem submetidas aos princípios que regem o sistema tributário nacional, dentre eles, o da reserva legal, que determina a vedação de exigência ou majoração de tributo sem lei que a estabeleça, nos termos do art. 150, I, da Carta Magna.

III. Os conselhos de fiscalização de profissões apresentam natureza autárquica e as contribuições por eles exigidas possuem nítido caráter tributário (STF, ADI 1.717/DF, DJU de 28/03/2003).

IV. Não se permite aos conselhos profissionais, por ausência de lei que os autorize, instituir ou corrigir suas anuidades por meio de resolução ou qualquer outro ato administrativo, por manifesta afronta ao princípio da legalidade, previsto no art. 150, I, da CF/1988.

V. “As anuidades dos Conselhos Profissionais, à exceção da OAB, têm natureza tributária, de tal modo que seus valores somente podem ser fixados nos limites estabelecidos em lei, pois elas decorrem de lei e não podem ser arbitradas por resolução e em valores além dos estabelecidos pela norma legal.” (STJ, REsp 1.074.932/RS, Segunda Turma, na relatoria do Min. Castro Meira, DJe de 05/11/2008.)

VI. A Lei 11.000/2004 aplica-se somente aos Conselhos Federal e Regional de Medicina (TRF 1ª Região, EIAC 2004.33.00.027987-5/BA, Quarta Seção, na relatoria da Des. Federal Maria do Carmo Cardoso).

VII. Embargos infringentes providos para que prevaleça, no julgamento da Apelação Cível 2007.33.00.007776-8/BA, o voto vencido do eminente Des. Federal Reynaldo Fonseca, que negara provimento ao recurso.

### Acórdão

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

4ª Seção do TRF 1ª Região – 23/04/2014.

Juiz Federal *Rodrigo de Godoy Mendes*, relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes: — Trata-se de embargos infringentes opostos por Gerson de Oliveira e Oliveira contra o acórdão proferido, por maioria, no julgamento da Apelação Cível 2007.33.00.007776-8/BA interposta pelo Conselho Regional dos Corretores de Imóveis – Creci/BA, nos termos do voto divergente proferido pelo Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado), assim resumido:

PROCESSUAL CIVIL — EXECUÇÃO FISCAL EM VARA FEDERAL — CONSELHO PROFISSIONAL — INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI N. 11.000/2004 NÃO DECLARADA PELO STF – PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS – ADIN N. 1717/5/DF: INAPLICABILIDADE.

1. A Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, embora disponha em seu enunciado, tratar-se de norma para alteração da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, em seu art. 2º, traz dispositivo de maior generalidade e abrangência, nesse mesmo sentido: “Os Conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais, devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como as multas e os preços de serviços, relacionados com suas atribuições legais, que constituirão receitas próprias de cada Conselho.” Referida norma está em pleno vigor, sem notícia de afastamento ou suspensão de sua vigência por decisão da Suprema Corte, a quem se submeteu o exame de sua constitucionalidade.

2. O STF, ao examinar a Lei n. 9.649/1998 (ADI n. 1.717-6/DF), declarou a inconstitucionalidade do art. 58, “caput” e parágrafos. Tal decisão, entretanto, não afeta o caso, pois o aludido acórdão do STF, Rel. Min. SIDNEY SANCHES, só e apenas afirmou que os Conselhos de Fiscalização (porque “autarquias” criadas por lei, sujeitas ao controle pelo TCU) não poderiam ser transmutados em entidades privadas, já porque indelegáveis a tais entes “atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir”; mais não foi dito, dele não se podendo extrair a conclusão ampla de que o ato de delegar capacidade tributária seria, só por si e sempre, inconstitucional (o STF não fez tal afirmação, em linha de controle abstrato de constitucionalidade).

3. Apelação provida.

4. Autos recebidos em Gabinete, em 27/11/2012, para lavratura do acórdão. Peças liberadas em Brasília, 5 de dezembro de 2012, para publicação do acórdão.

Sustenta a parte embargante que o acórdão teria deixado de aplicar o disposto no art. 97, II, c/c o art. 2º, § 2º e § 5º, II, III e IV, da Lei 6.830/1980 dispondo,

este último, sobre a obrigatoriedade de ser o valor das dívidas ativas fixado por lei. Segundo o recorrente, o aresto embargado legitimaria os conselhos de representação a terem prerrogativas “*que nem mesmo a Fazenda Pública possui, ou seja, de impor tributos por mero ato administrativo, sem a observância Legal.*” Alega, por fim, a não aplicação da Lei 11.000/2004 aos conselhos de corretores de imóveis, ressaltando destinar-se aquela norma exclusivamente aos Conselhos Regionais de Medicina.

Requer a prevalência do voto vencido prolatado no julgamento referido, de relatoria do Des. Federal Reynaldo Fonseca, assim resumido:

A controvérsia estabelecida nos autos cinge-se à questão do inconformismo da exequente com a sentença que julgou extinta a execução fiscal relativa à cobrança de anuidade, ao fundamento da inaplicabilidade e validade da Lei nº 6.530/78 e da Lei nº 11.000/04, por supostos vícios de ilegalidade/inconstitucionalidade na constituição do crédito tributário.

Esclarece-se que as Leis acima mencionadas outorgam aos Conselhos de Fiscalização Profissional o poder de fixar (e majorar) as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas vinculadas às suas atribuições legais.

O art. 16 da Lei 6.530/78 dispõe que “Compete ao Conselho Federal: (...) X – fixar as multas, anuidades e emolumentos devidos aos Conselhos Regionais;”

Todavia, o disposto na legislação transcrita vai de encontro ao art. 149 e 150, inciso I, da Constituição Federal, verbis:

*Art. 149* - Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no Art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

*Art. 150* - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Da leitura dos dispositivos constitucionais acima citados, verifica-se a nítida natureza tributária da contribuição profissional em apreço e a conseqüente necessidade de obediência ao princípio da legalidade, que exige sua instituição ou aumento por meio de lei.

Não há que se falar, de outra parte, em incidente de inconstitucionalidade, (CF/88, art. 97) pois a Lei 6.530/78 é anterior à Constituição. Logo, a hipótese é de revogação/recepção de Lei

pelo texto constitucional superveniente (matéria infraconstitucional).

Por outro lado, a Lei 11.000/04 prevê também a fixação, cobrança e execução por autarquia corporativa “das contribuições anuais, devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como as multas e os preços de serviços, relacionados com suas atribuições legais, que constituirão receitas próprias de cada Conselho”.

Tal diploma normativo, todavia, dirige-se aos Conselhos Regionais de Medicina e não se aplica aos demais Conselhos profissionais. A propósito, confira-se:

ADMINISTRATIVO, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - LEGITIMIDADE - CONSELHO PROFISSIONAL (CREA/MG) - ANUIDADE: NATUREZA TRIBUTÁRIA - MAJORAÇÃO/INSTITUIÇÃO POR ATO ADMINISTRATIVO: IMPOSSIBILIDADE - LEI 11.000/04.

1. Autoridade coatora é o agente público que pratica o ato impugnado, isto é, aquele que tem o dever funcional de responder pelo seu fiel cumprimento e o que dispõe de competência para corrigir eventual ilegalidade, possuindo o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura legitimidade para figurar como autoridade coatora em se tratando de cobrança de anuidade.

2. Em face do caráter tributário da contribuição social devida aos conselhos profissionais é ilegal a sua instituição por meio de resolução ou deliberação administrativa.

3. A Lei 11.000/04 dispõe sobre os Conselhos de Medicina, não se aplicando a outros conselhos (TRF1, REOMS 2005.38.00.008826-7/MG).

4. Apelação e remessa oficial não providas.

5. Peças liberadas pelo Relator, em 09/06/2009, para publicação do acórdão.

(AC 2007.38.00.008112-4/MG, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.408 de 31/07/2009).

(omissis)

De outra parte, em recente julgamento, a colenda Oitava Turma deste Tribunal vislumbrou até mesmo a inconstitucionalidade da Lei 11.000/04, tanto que afetou o tema à Corte Especial. Veja-se:

(omissis)

No meu entendimento, a arguição suscitada não interfere no julgamento desta causa, pois penso que a Lei 11.000/2004 é aplicável somente ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais de Medicina, por interpretação lógica e sistemática.

Para confirmar a interpretação que ora oferto, acaba de ser editada a Lei 12.514, de 28 de outubro de 2011, decorrente da conversão da Medida Provisória 536, de 2011. Nesse diploma, a chamada é a seguinte: “dispõe sobre as atividades do médico-residente; e trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral.” (grifei).

Agora sim, há um diploma normativo, de cunho geral, dirigido a todos os conselhos profissionais. Já a Lei 11.000/04 foi endereçada somente aos conselhos profissionais da medicina: “altera dispositivos da Lei no 3.268, de 30 de setembro de 1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências.”

De outra parte, a nova Lei (12.514/11) passou a indicar critérios rígidos de fixação das anuidades (arts. 3º/ 6º), deixando para os Conselhos a função meramente regulamentar ( art. 6º, § 2º).

Com efeito, a partir de 28/10/2011, a situação das anuidades dos conselhos profissionais passa a ser a mesma da Lei 12.382/2011, que tratou do salário-mínimo. Na dicção do STF (ADI nº 4568, Rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Sessão de 03/11/2011, maioria: 8x2), o ato regulamentar, em tal hipótese, passa a ser de mera aplicação da fórmula, do índice e da periodicidade para ele estabelecidos pela norma aprovada pelo Parlamento. Não se trata de delegação de poder autônomo, mas tão somente de atribuição de, obedecendo aos parâmetros fixados pelo Congresso Nacional pela Lei 12.514/2011, calcular matematicamente o valor da anuidade. No ponto, a lei impugnada não dá aos conselhos profissionais discricionariedade para fugir da norma aprovada pelo Congresso e sancionada pela Presidente da República.

Assim, em relação à Lei 12.514/11, a norma impôs aos conselhos profissionais, a divulgação e fixação da anuidade conforme índices arbitrados pelo Congresso (art. 6º, §§ 1º e 2º). Não se cria direito novo. A atuação das autarquias especializadas passa a ser verdadeiramente administrativa e declaratória.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

Intimado do *decisum* de admissibilidade dos embargos, transcorreu o prazo legal sem manifestação do Creci/BA (fls. 89-91).

Embargos infringentes admitidos.

Após livre distribuição, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes: — O deslinde da controvérsia estabelecida no julgamento da apelação subjacente aos presentes embargos infringentes passa pelo exame da compatibilidade, com o ordenamento jurídico brasileiro, da exigência,

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tolentino Amaral, Maria do Carmo Cardoso, Reynaldo Fonseca, Novély Vilanova e o Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso (convocado).

por parte de conselho de fiscalização de profissão regulamentada, do pagamento de anuidades e demais serviços — fixados por resoluções administrativas — objeto de execução fiscal.

De início, ressalto meu entendimento no sentido de que as anuidades exigidas pelos conselhos profissionais se enquadram no conceito de contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação na fiscalização das respectivas áreas, nos termos previstos no art. 149 da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, referidas contribuições possuem natureza jurídica de tributo, cuja instituição é de competência exclusiva da União, sobre serem submetidas aos princípios que regem o sistema tributário nacional, dentre eles, o da anterioridade e o da reserva legal, que determina a vedação de exigência ou majoração de tributo sem lei que as estabeleça (art. 150, I, da CF/1988).

Não é permitido aos conselhos profissionais, portanto, por ausência de lei que os autorize, instituir ou corrigir suas anuidades por meio de resolução ou qualquer outro ato administrativo, por manifesta afronta ao princípio da legalidade, previsto no art. 150, I, da Carta Magna.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal assentou a orientação segundo a qual os conselhos de fiscalização de profissões apresentam natureza autárquica e as contribuições por eles exigidas possuem nítido caráter tributário (ADI 1.717/DF, DJU de 28/03/2003).

Verifico, por outro lado, que não há que se falar, no caso ora em exame, em incidente de inconstitucionalidade (art. 97 da Constituição Federal) em relação à Lei 11.000/2004, que trata da cobrança e execução

*[...] das contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como as multas e os preços de serviços, relacionados com suas atribuições legais, que constituirão receitas próprias de cada Conselho [...].*

Ocorre que a Lei 11.000/2004 tem sua aplicação restrita aos Conselhos Regionais de Medicina, não se aplicando aos demais conselhos. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados da Sétima Turma desta Corte:

ADMINISTRATIVO, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - LEGITIMIDADE - CONSELHO PROFISSIONAL (CREA/MG) - ANUIDADE: NATUREZA TRIBUTÁRIA - MAJORAÇÃO/INSTITUIÇÃO POR ATO ADMINISTRATIVO: IMPOSSIBILIDADE - LEI 11.000/04.

1. Autoridade coatora é o agente público que pratica o ato impugnado, isto é, aquele que tem o dever funcional de responder pelo seu fiel cumprimento e o que dispõe de competência para corrigir eventual ilegalidade, possuindo o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura legitimidade para figurar como autoridade coatora em se tratando de cobrança de anuidade.

2. Em face do caráter tributário da contribuição social devida aos conselhos profissionais é ilegal a sua instituição por meio de resolução ou deliberação administrativa.

3. A Lei 11.000/04 dispõe sobre os Conselhos de Medicina, não se aplicando a outros conselhos (TRF1, REOMS 2005.38.00.008826-7/MG).

4. Apelação e remessa oficial não providas.

5. Peças liberadas pelo Relator, em 09/06/2009, para publicação do acórdão."

(TRF/1ª Região, AC 2007.38.00.008112-4/MG, Sétima Turma, na relatoria do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, e-DJF1 de 31/07/2009, p.408 – grifou-se.)

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DOS REPRESENTANTES COMERCIAIS. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. ANUIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO/MAJORAÇÃO POR MEIO DE RESOLUÇÃO. NATUREZA TRIBUTÁRIA DA CONTRIBUIÇÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CF/88, ARTS. 149 e 150.

1. Os conselhos de fiscalização profissional não podem fixar, por meio de simples Resolução, o valor de suas anuidades, tendo em vista a natureza tributária de tais contribuições.

2. Nesse diapasão, "em face do caráter tributário da contribuição social devida aos conselhos profissionais é ilegal a sua instituição por meio de resolução ou deliberação administrativa. A Lei 11.000/04 dispõe sobre os Conselhos de Medicina, não se aplicando a outros conselhos (TRF1, REOMS 2005.38.00.008826-7/MG)." - AC 2007.38.00.008112-4/MG, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.408 de 31/07/2009.

3. Na dicção do E. STF, as anuidades devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza de tributo, na espécie contribuição parafiscal, prevista no art. 149, CF (contribuição de interesse das categorias profissionais ou econômicas) e, como tais, devem irrestrita obediência ao princípio da legalidade tributária, com o que, mostra-se absolutamente incompatível o disposto no art. 25, da Lei nº 3.820/60, que transfere aos Conselhos Regionais a atribuição de fixar as anuidades. Trata-se de dispositivo cuja vigência submete-se ao comando do art. 25, I, ADCT (MS nº 21.797-9/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.05.2001).

4. Violação do princípio da reserva legal (CF, art. 150, I). Precedentes do STJ e deste Tribunal.

5. Registro, por oportuno, que a 4ª Seção desta egrégia Corte, em sessão realizada no dia 13.03.2013, confirmou, por maioria, o entendimento de que a Lei nº 11.000/04 é aplicável somente aos Conselhos Federal e Regional de Medicina (EAC 2004.33.00.027987-5/BA, Relatora para acórdão Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso).

6. Apelação não provida.

(TRF 1ª Região, AC 0001991-08.2012.4.01.3304/BA, Sétima Turma, na relatoria do Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, e-DJF1 de 31/05/2013, p.101 – grifou-se)

Importante asseverar, por oportuno, que a Oitava Turma do TRF 1ª Região, tratando do mesmo tema, suscitou incidente de inconstitucionalidade, nos termos do art. 97 da Constituição Federal:

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. CREFITO. ANUIDADES. FIXAÇÃO. VALOR. LIMITE LEGAL. RESOLUÇÃO. ART. 2º DA LEI 11.000/2004. ADI 3408/DF.

1. A norma constante do art. 2º da Lei 11.000/2004 autoriza os conselhos profissionais a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais, a eles devidas, em desrespeito ao princípio da reserva legal e ao entendimento do Supremo Tribunal Federal que, na ADI 1.717-5/DF, declarou inconstitucional a autorização conferida pelo art. 58, § 4º, da Lei n. 4.649/98 para delegação da competência para fixação das anuidades aos conselhos profissionais.

2. Questão já discutida em sede de arguição de inconstitucionalidade em outras Cortes Regionais (TRF4, AMS n. 2006.72.00.001284-9/SC, DJU 12/04/2007; TRF5, AC n. 410.826/PE, DJU 11/10/2007), que entenderam que o art. 2º da Lei n. 11.000/2004, por representar esta mera repetição do art. 58, § 4º, da Lei n. 9.649/98, deveria seguir a mesma sorte deste último preceito legal, que foi, por fim, expurgado do ordenamento jurídico pelo Pretório Excelso.

3. Decorrido o prazo legal de 01 ano, previsto no § 5º c/c o inciso IV, alínea “a”, ambos do art. 265 do CPC, relativamente à ADI 3408, proposta em 2005, não mais se justifica suspensão do curso da EF, sob pena de ofensa à inafastabilidade da apreciação judicial e da duração razoável do processo.

4. Suscitado incidente de inconstitucionalidade.

5. Remessa dos autos à Corte Especial deste Tribunal (arts. 355 a 360 do RITRF1ª Região), em obediência ao art. 97 da Constituição Federal de 1988, e sobrestamento da tramitação do feito.”

(TRF/1ª Região, AC 0002875-61.2008.4.01.3600/MT, Oitava Turma, na relatoria do Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Convocado Juiz Federal Cleberson José Rocha, e-DJF1 de 10/06/2011, p.617 – grifou-se)

Compartilhando do posicionamento manifestado pelo eminente Des. Federal Reynaldo Fonseca, em seu voto na Apelação Cível 0001991-08.2012.4.01.3304/BA, penso que a arguição suscitada não interfere no julgamento desta causa, uma vez que a Lei 11.000/2004, por interpretação lógica e sistemática, é aplicável somente ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais de Medicina, não se relacionando ao caso em presença, em que se cuida de cobrança de anuidade fixada por Conselho Regional de Corretores de Imóveis.

Deve-se salientar, ainda, que em sessão realizada aos 13/03/2013, a Quarta Seção desta egrégia Corte confirmou, por maioria, o entendimento de que a Lei 1.000/2004 tem aplicação restrita aos Conselhos Federal e Regional de Medicina (EAC 2004.33.00.027987-5/BA, relatora para acórdão Des. Federal Maria do Carmo Cardoso).

Na espécie em presença, como bem ressaltado pelo juiz de primeiro grau, “o valor da(s) anuidade(s) e/ou multa(s) cobrada(s) foram instituídos/majorados mediante ato administrativo, o que viola o nosso sistema constitucional.” (fl. 38)

Com efeito, o voto vencido proferido no exame da apelação subjacente ao presente recurso coaduna-se também com o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema em debate, senão vejamos:

*As anuidades dos Conselhos Profissionais, à exceção da OAB, têm natureza tributária, de tal modo que seus valores somente podem ser fixados nos limites estabelecidos em lei, pois elas decorrem de lei e não podem ser arbitradas por resolução e em valores além dos estabelecidos pela norma legal [...] (STJ, REsp 1.074.932/RS, Segunda Turma, na relatoria do Min. Castro Meira, DJe de 05/11/2008).*

Ante o exposto, dou provimento aos embargos infringentes para que prevaleça, no julgamento da Apelação Cível 2007.33.00.007776-8/BA, o voto vencido proferido pelo eminente Des. Federal Reynaldo Fonseca, que negara provimento à apelação.

*É como voto.*



## Quarta Seção

### Ação Rescisória 0043371-97.2010.4.01.0000/MT

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso  
Autora: Fazenda Nacional  
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
Réu: Hermogênio Alves da Conceição Filho  
Defensor/S/OAB: Defensoria Pública da União  
Publicação: e-DJF1 de 31/07/2014, p. 270

### Ementa

*Processual Civil. Tributário. Ação rescisória. Art. 485, V e VIII, do CPC. Sentença de extinção da execução. Pedido da Fazenda Nacional. Remissão da dívida. Lei 11.941/2009. Súmula 343 do STF não aplicada. Matéria pacífica à época do julgado. Mudança de entendimento posterior. Impossibilidade de rescisão. Segurança jurídica. Renúncia — que não se confunde com confissão, desistência ou transação.*

I. Cabe ao contribuinte a atualização do seu endereço nos cadastros do Fisco. Não localizado o réu no endereço por ele informado, válida a citação por edital.

II. Não se aplica a Súmula 343/STF se, à época da prolação do julgado rescindendo, a matéria não era controvertida nos tribunais.

III. *A mudança de entendimento adotado no Superior Tribunal de Justiça não pode justificar, somente por este motivo, a impugnação por via da ação rescisória. Isso porque, após o trânsito em julgado, a lei beneficia a segurança jurídica em lugar da justiça. O fato de a matéria ter entendimento pacificado, à época, afasta a possibilidade de violação de 'literal disposição de lei', ainda que a jurisprudência posteriormente tenha-se firmado consoante a pretensão da parte.* (STJ, AgRg no REsp 1244089/RS, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 03/05/2011.)

IV. Apenas após o julgamento do REsp 1.208.935/AM, em 13/04/2011, no regime do art. 543-C do CPC, da relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, adotou-se o entendimento de que *a remissão prevista no art. 14 da Lei 11.941/2009 deve ser considerada pela totalidade dos débitos do sujeito passivo, não pelo valor isolado de cada execução fiscal.* Entendeu-se, ainda, que *não pode o magistrado, de ofício, pronunciar a remissão, analisando isoladamente o valor cobrado em uma execução fiscal, sem questionar a Fazenda sobre a existência de outros débitos que somados impediriam o contribuinte de gozar do benefício.*

V. Assim, ainda que o entendimento dado à matéria, desde abril de 2011, seja no mesmo sentido do que pretendido pela autora, à época em que proferida a sentença rescindenda, a matéria era pacificada em sentido contrário.

VI. Incabível a ação rescisória com base no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

VII. A confissão, desistência ou transação a que se refere o inciso VIII do art. 485 do Código de Processo Civil não se confundem com a renúncia.

VIII. Ação rescisória da qual não se conhece.

### Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, não conhecer da ação rescisória.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 23/04/2014.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:*  
— Esta ação rescisória foi proposta pela Fazenda Nacional, com base no art. 485, V e VIII, do Código de Processo Civil, para rescindir sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso, que, na Execução Fiscal 9300011553, diante do pedido da Fazenda Nacional de extinção do feito (fl. 180) em razão da remissão da dívida concedida pela Lei 11.941/2009, julgou extinta a execução, nos termos do art. 794, III, do CPC (fl. 183).

Alega a autora que houve violação a literal disposição de lei, que justifica a invalidação da renúncia da União, diante da constatação de que o ato de vontade foi manifestado equivocadamente.

Informa que houve erro no sistema ao desconsiderar a existência de outras inscrições sob a responsabilidade do réu, que, juntas, ultrapassam o patamar de R\$10.000,00, o que acarretou o pedido de extinção do processo de execução fiscal.

Sustenta que o pedido de renúncia — sem que cumpridos os requisitos do art. 14 da Medida Provisória 449/2008, posteriormente convertida na Lei 11.941/2009 — fere dispositivo legal.

Por fim, entende que a renúncia deve ser invalidada, pois praticada sob interpretação equivocada da lei, logo carente de autorização legal, uma vez que o crédito público está sujeito ao princípio da indisponibilidade.

O réu foi citado por edital e não se manifestou, motivo pelo qual, nos termos do art. 9º, inciso II, do CPC, foi nomeada a Defensoria Pública da União como sua curadora especial.

Em contestação (fls. 235-243), a Defensoria Pública da União defende, preliminarmente, a nulidade da citação por edital, por considerar que não foi observada a legislação processual sobre o assunto, uma vez que a União não demonstrou ter realizado diligências na busca do endereço do réu. Requer a aplicação da Súmula 343 do STF e, alternativamente, o reconhecimento da improcedência do pedido.

O representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ação rescisória, em razão do disposto na Súmula 343 do STF, com a extinção do processo sem resolução do mérito (fls. 286-291).

É o relatório.

## Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:*  
— O trânsito em julgado da sentença rescindenda ocorreu em 17/9/2009 (fl. 183). Considero, assim, tempestiva a presente ação rescisória, ajuizada em 16/07/2010 (fl. 2).

Não merece prosperar a alegação da Defensoria Pública da União — nomeada curadora —, de nulidade da citação por edital, pois cabe ao contribuinte a atualização do seu endereço nos cadastros do Fisco, o que não foi feito. Assim, não localizado o réu no endereço por ele informado, válida a citação por edital.

O réu e o representante do Ministério Público Federal entendem aplicável ao caso a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal.

A ação rescisória, pela natureza do provimento a que se destina (rescisão de decisão acobertada pela coisa julgada material), e em razão dos questionamentos que provoca (estabilidade das relações jurídicas x injustiça), reclama utilização consciente e exata, sob pena de se instaurar clima de insegurança no meio social.

Assim, seu manejo indiscriminado deve ser combatido, mormente quando sua natureza é desvirtuada para espécie de recurso ordinário com prazo mais alongado.

Das partes e dos respectivos patronos deve ser exigida a boa-fé processual de não se utilizar, de forma inconsequente, de expedientes que venham a procrastinar a entrega da prestação jurisdicional, eternizando a angústia dos envolvidos no litígio.

Esse entendimento, longe de restringir a função jurisdicional, serve para democratizá-la, na medida em que mantém des congestionadas suas vias de acesso.

A questão processual refere-se ao valor a ser considerado para efeitos da remissão prevista no art. 14 da Lei 11.941/2009 — se a totalidade dos débitos do sujeito passivo ou o valor isolado de cada execução fiscal.

Inicialmente, destaco que não se aplica ao caso a Súmula 343/STF, uma vez que à época da prolação do julgado rescindendo, 17/09/2009, a matéria não era controvertida nos tribunais.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Novély Vilanova e Tolentino Amaral e os Exmos. Srs. Juizes Federais Roberto Carvalho Veloso e Rodrigo de Godoy Mendes (convocados).

A título de exemplo, transcrevo os seguintes julgados, na mesma linha da sentença rescindenda:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR COBRADO INFERIOR A R\$ 10.000,00. REMISSÃO. ART. 14 DA MP N.449/2008. PERDA DE OBJETO. SOMATÓRIO COM OUTROS DÉBITOS. IMPOSSIBILIDADE. TRIBUNAL DE ORIGEM CONSIGNA VALOR INFERIOR AO LIMITE. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

O cancelamento da certidão de dívida ativa por remissão fiscal, concedida em caráter geral em razão da diminuta importância do crédito tributário, acarreta a extinção da execução fiscal relativa a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 e vencidos há mais de 5 anos.

*Para a fruição da remissão não se pode cumular créditos inscritos em Dívida Ativa da União, no âmbito da PGFN, com os débitos decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, e, por fim, com os demais débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (art.14, incisos I, II e III da MP n. 449/2008). Precedentes: REsp 1.179.872/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/6/2010; REsp 910.418/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 27/4/2007; REsp 726.748/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 20/03/2006. (...)*

(AgRg no REsp 1184901/GO, rel. ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/8/2010).

AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REMITIDO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. IRRELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE OUTROS DÉBITOS EM NOME DO EXECUTADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DA LEI 11.941/2009 C/C ITENS 6, 48 E 49 DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS 161/2008 QUE O FUNDAMENTA.

Não há de se falar em reconsideração da decisão que reconhece a remissão de crédito tributário inferior a R\$ 10.000,00 em 31/12/2007, se, nos termos da inteligência do art. 14 da Lei 11.941/2009 c/c itens 6, 48 e 49 da EM 161/2008 que o fundamenta, a consolidação ali definida refere-se aos “débitos individuais de pequeno valor e antigos”.

Invocando a Exposição de Motivos 161/2008 o princípio constitucional da eficiência, outra não pode ser a conclusão, como busca a Fazenda ao pretender consolidar esses débitos com aqueles ainda não ajuizados ou executados em processos distintos, pois essa reunião resultará na completa inviabilização da conclusão disposta no seu item 49, ao estabelecer que “... a remissão e a anistia previstas na medida trarão maior eficiência à cobrança administrativa e judicial dos débitos recentes e mais relevantes, bem como melhor controle cadastral dos contribuintes, traduzindo-se em ganhos adicionais de arrecadação”. III. Agravo regimental não provido.

(AGRAC 0006944-91.2006.4.01.9199/BA, rel. convocado juiz federal Osmane Antonio dos Santos, Oitava Turma, e-DJF1 de 27/11/2009, p. 431).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MP 449/2008 (CONVERTIDA NA LEI 11.941 DE 27/05/2009. REMISSÃO. VALOR INFERIOR A R\$10.000,00 EM 31/12/2007. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR PERDA DE OBJETO.

As dívidas a que se refere a Medida Provisória 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, são aquelas em que se concede perdão a débitos dos contribuintes com a União, de até R\$ 10 mil, que tenham vencido há mais de cinco anos contados em dezembro de 2007, ou seja, até dezembro de 2002.

No caso em reexame, feitas as ressalvas e considerando que a União atualiza o débito originário com os encargos e acréscimos legais vencidos até a data da apuração, verifica-se que o valor do débito consolidado continuaria inferior aos R\$ 10.000,00 na data estipulada por lei. Além disso, entre o vencimento do débito da Certidão de Dívida Ativa e o dia 31/12/2007, transcorreram mais de cinco anos. Trata-se, portanto, de débito sujeito à remissão.

Com efeito, em se tratando de remissão concedida e declarada por norma legal válida, cabe ao Poder Judiciário sua aplicação à realidade dos autos em processamento (CPC, art. 462), com observância, apenas, das condições e dos limites estabelecidos na própria Lei 11.941/2009, independentemente de manifestação da autoridade administrativa. Precedentes da Corte.

Não há interesse processual do credor no processamento da execução, o que enseja sua extinção, por perda do objeto, nos termos do art. 267, VI, do CPC, c/c art. 14 da Lei 11.941/2009.

Execução Fiscal extinta pela perda de objeto (art. 794, III, CPC). Apelação prejudicada.

(AC 199833000025050, rel. desembargador federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1 de 18/9/2009, p. 230).

Por outro lado, conforme jurisprudência pacífica, *a mudança de entendimento adotado no Superior Tribunal de Justiça não pode justificar, somente por este motivo, a impugnação por via da ação rescisória. Isso porque, após o trânsito em julgado, a lei beneficia a segurança jurídica em lugar da justiça. O fato de a matéria ter entendimento pacificado, à época, afasta a possibilidade de violação de ‘literal disposição de lei’, ainda que a jurisprudência posteriormente tenha-se firmada consoante a pretensão da parte.* (AgRg no REsp 1244089/RS, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 03/05/2011).

Até setembro de 2010, havia precedentes do STJ no mesmo sentido da orientação da sentença que ora se pretende rescindir:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL INFERIOR A DEZ MIL REAIS. REMISSÃO. EXTINÇÃO DA AÇÃO. SOMATÓRIO COM OUTROS DÉBITOS. IMPOSSIBILIDADE. TRIBUNAL DE ORIGEM CONSIGNA VALOR INFERIOR AO LIMITE. SÚMULA 07/STJ.

O cancelamento da certidão de dívida ativa por remissão fiscal, concedida em caráter geral em razão da diminuta importância do crédito tributário, acarreta a extinção da execução fiscal relativa a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

A remissão ocorre em relação às “execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00”, não sendo obstada se existentes outros débitos em outras ações executivas, não havendo de restringir-se o alcance da regra pela alegada necessidade de somatório de outros débitos, pois a norma assim não o fez.

O Tribunal de origem, soberano em matéria de fatos e provas, consignou que “o valor do débito consolidado (R\$ 4.256,23 em 19.03.08 - fl. 29) continua inferior aos R\$ 10.000,00 na data estipulada por lei. Além disso, entre o vencimento do débito da Certidão de Dívida Ativa e o dia 31.12.07, transcorreram mais de cinco anos”.

Tais premissas fáticas são inviáveis de reexame no âmbito de recurso especial, em razão da Súmula 07/STJ.

Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1308393/MG, rel. ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/9/2010, DJe de 27/9/2010).

*“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR COBRADO INFERIOR A R\$ 10.000,00. REMISSÃO. ART. 14 DA MP N.449/2008. PERDA DE OBJETO. SOMATÓRIO COM OUTROS DÉBITOS. IMPOSSIBILIDADE. TRIBUNAL DE ORIGEM CONSIGNA VALOR INFERIOR AO LIMITE. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.*

O cancelamento da certidão de dívida ativa por remissão fiscal, concedida em caráter geral em razão da diminuta importância do crédito tributário, acarreta a extinção da execução fiscal relativa a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 e vencidos há mais de 5 anos.

Para a fruição da remissão não se pode cumular créditos inscritos em Dívida Ativa da União, no âmbito da PGFN, com os débitos decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, e, por fim, com os demais débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (art.14, incisos I, II e III da MP n. 449/2008). Precedentes: REsp 1.179.872/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/6/2010; REsp 910.418/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 27/4/2007; REsp 726.748/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 20/03/2006.

*O Tribunal de origem, soberano em matéria de fatos e provas, consignou que o valor do débito consolidado em Jun/2008 alcança a quantia de R\$ 7.731,34. Tais premissas fáticas são inviáveis de reexame em sede de recurso especial em razão da Súmula 7/STJ 4. Agravo regimental não provido.”*

(AgRg no REsp 1184901/GO, rel. ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/8/2010, DJe de 25/8/2010).

Apenas após o julgamento do REsp 1.208.935/AM, em 13/04/2011, no regime do art. 543-C do CPC, da relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, adotou-se o entendimento de que *a remissão prevista no art. 14 da Lei 11.941/2009 deve ser considerada pela totalidade dos débitos do sujeito passivo, não pelo valor isolado de cada execução fiscal*. Entendeu-se, ainda, que *não pode o magistrado, de ofício, pronunciar a remissão, analisando isoladamente o valor cobrado em uma execução fiscal, sem questionar a Fazenda sobre a existência de outros débitos que somados impediriam o contribuinte de gozar do benefício*.

Assim, ainda que o entendimento dado à matéria desde abril de 2011 seja no mesmo sentido em que pretendido pela autora, à época em que proferida a sentença rescindenda, a matéria era pacificada em sentido contrário. Em respeito, portanto, ao princípio da segurança jurídica, incabível a presente ação rescisória.

A matéria já foi apreciada pela Quarta Seção desta Corte, que assim se manifestou:

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - AÇÃO RESCISÓRIA - SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO (CPC, ART. 794, III) - PEDIDO DA FN - REMISSÃO DA DÍVIDA - LEI Nº 11.941/2009 - ART. 485, INCISOS VIII E V DO CPC: NÃO OCORRÊNCIA - MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL - CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL AO TEMPO DO ACÓRDÃO - SÚMULA 343/STF - PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL.

1. Afastada a hipótese de cabimento da presente ação rescisória no que toca ao fundamento do art. 485, inciso VIII, do CPC, porquanto não há nos autos qualquer suporte fático ou jurídico que se refira à confissão, desistência ou transação, circunstâncias nas quais teria baseado a sentença.

2. Recorde-se, a propósito, que, in casu, a remissão foi reconhecida a pedido da própria Fazenda Nacional, que noticiou o cancelamento administrativo do débito e requereu a extinção da execução, nos termos do art. 794 do CPC. Remissão não é confissão, nem desistência ou transação. São institutos diversos.

3. De outra parte, há o fundamento de suposta violação a texto legal (CPV, art. 485, V). No ponto, o cerne da discussão gira em torno da questão concernente ao valor a ser considerado

para efeitos da remissão prevista no art. 14 da Lei 11.941/09, se a totalidade dos débitos do sujeito passivo ou o valor considerado individualmente em cada execução fiscal.

4. De fato, a Primeira Seção do STJ ao julgar o RESP n. 1208935/AM, da relatoria do em. Ministro Mauro Campbell Marques, consolidou o entendimento no sentido de que “a remissão prevista no art. 14 da Lei n. 11.941/2009 deve ser considerada pela totalidade dos débitos do sujeito passivo, não pelo valor isolado de cada Execução Fiscal: “Não pode o magistrado, de ofício, pronunciar a remissão, analisando isoladamente o valor cobrado em uma Execução Fiscal, sem questionar a Fazenda sobre a existência de outros débitos que somados impediriam o contribuinte de gozar do benefício.”

5. Acontece que tal orientação uniformizadora do colendo Tribunal Superior, sob o regime de recurso repetitivo, é de 02/05/2011 e a sentença rescindenda foi prolatada em 11/09/2009 (fl. 30), ou seja, a decisão, portanto, restou lavrada antes da dita “uniformização”.

6. Impende ressaltar que a 7ª Turma desta Corte, na época da prolação da sentença objeto da presente rescisória (setembro de 2009), tinha o entendimento no sentido de que “ (...) consolidar o valor da dívida não importa em reunião dos débitos em valor uno (sequer unívoco) que, em tese, não poderia superar R\$ 10.000,00, conforme pretende a FN. Tampouco nele se contém, ou dele se possa extrair, que a remissão depende de ato “privativo” de autoridade administrativa. Trata-se de remissão de débito formulada e formalizada, de modo autônomo, autoexplicativo e imperativo pelo Poder Legislativo. Qualquer ilação outra é indevida resistência à vontade legal. Débito consolidado para efeito de remissão é o quantum apurado no somatório do débito originário, considerado individualmente em cada execução fiscal, agregado aos seus consectários legais (multa e correções).” (EDAC 2009.01.99.027355-5/MA, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.410 de 18/09/2009).

7. Posteriormente, mais precisamente a partir da orientação uniformizadora do colendo Superior Tribunal de Justiça (RESP n. 1208935/AM), a Sétima Turma atualizou sua jurisprudência, em consonância com aquele entendimento, no sentido de que o valor a ser considerado para efeitos de remissão é a totalidade dos débitos de sujeito passivo, não o valor isolado de cada execução, como anteriormente considerado.

8. A mudança de entendimento jurisprudencial, portanto, não justifica a rescisão da sentença, seja porque a matéria tem índole infraconstitucional, seja porque o entendimento acolhido era o majoritário, à época. Sendo assim, não obstante a atual jurisprudência do STJ seja em sentido contrário, é assente o entendimento da Superior Instância de que, se o acórdão/sentença rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, não se admite a ação rescisória.

9. Nesse diapasão: “(...) para que a ação fundada no art. 485, V, do CPC, seja acolhida, é necessário que a interpretação dada pelo decisor rescindendo seja de tal modo teratológica que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Ao revés, se a decisão rescindenda elege uma dentre as interpretações cabíveis, a ação rescisória não merece prosperar. Aliás devemos ter sempre presente o texto da Súmula nº 343 do STF: ‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.’”

10. Sendo assim, não obstante a atual jurisprudência do STJ seja em sentido contrário, é assente o entendimento da Superior Instância de que, se o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, não se admite a ação rescisória.

11. Relembre-se, mais uma vez, que não houve atuação de ofício do Magistrado, mas sim extinção da execução a pedido da própria exequente.

12. Extinta ação, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV e VI do CPC. Sem condenação de honorários advocatícios, ante a ausência de contestação da parte ex adversa.

(AR 43373-67.2010.4.01.0000, desembargador federal Reynaldo Fonseca, TRF1, Quarta Seção, e-DJF1 de 19/3/2012, p. 34).

O autor alega, ainda, que a rescisória deve ser conhecida em razão da existência de fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença (art. 485, VIII, do CPC). Entende que, em razão do princípio da indisponibilidade do bem público, não pode ser validada renúncia praticada com base em interpretação errônea da lei.

No caso, a sentença rescindenda extinguiu o feito em decorrência de renúncia da própria Fazenda Nacional, ao argumento de que houve cancelamento administrativo da dívida, em face da remissão de que trata o art. 14 da Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, e que não há de se falar, então, em confissão, desistência ou transação, institutos que não se confundem com a renúncia.

Assim, não cabe a ação rescisória, seja pelo inciso V ou pelo inciso VIII do art. 485 do Código de Processo Civil. A autora utiliza a ação rescisória como mero recurso contra decisão transitada em julgado.

Por todo o exposto, declaro extinta a ação rescisória, sem resolução do mérito, com base no art. 267, IV, do CPC. Condeno a parte-autora ao pagamento dos honorários advocatícios, que ora fixo, com base no art. 20, § 4º, do CPC, em R\$ 1.000,00 (mil reais).

É como voto.



## Primeira Turma

Numeração única: 0001954-10.2006.4.01.4300

Apelação Cível 2006.43.00.001954-4/TO

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão  
 Apelante: União Federal  
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
 Apelados: Benonias Ferreira Gomes e outros  
 Advogado: Dr. Auri - Wulange Ribeiro Jorge  
 Publicação: e-DJF1 de 07/07/2014, p. 64

### Ementa

*Apelação cível. Administrativo. Gratificação Eleitoral. Chefes de cartório e escrivães. Leis 8.350/1991, 8.868/1994, 9.421/1996, 10.475/2002 e 10.842/2004. Poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 19.784/1997 e Portaria 158/2002. Pagamento da função integral. Possibilidade. Correção monetária. Juros de mora. Honorários advocatícios. Preliminar de prescrição rejeitada. Sentença parcialmente reformada.*

I. Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação (Súmula 85 do STJ). Preliminar rejeitada.

II. A Gratificação Eleitoral foi criada pela Lei 8.350/1991 e teve sua forma de pagamento regulamentada pela Lei 8.868/1994, estabelecendo que a referida gratificação corresponderia ao equivalente a FC 01 e FC 03, dependendo da função então exercida.

III. Com o advento da Lei 9.421, de 24/12/1996, instituidora do Plano de Cargos e Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário Federal, foi alterada a forma de cálculo das funções comissionadas (FCs) que passaram a ser compostas das parcelas: valor base, Adicional de Padrão Judiciário (APJ) e Gratificação de Apoio Judiciário (GAJ).

IV. Considerando a atribuição elencada no art. 19 da Lei 9.421/1996, o eg. Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução 19.784/1997, regulamentando que as gratificações eleitorais devidas aos chefes de cartório e escrivão eleitoral deveriam ser pagas no valor base das funções comissionadas, excluindo as parcelas referentes ao Adicional de Padrão Judiciário (APJ) e Gratificação de Apoio Judiciário (GAJ).

V. No ano de 2002, foi editada a Lei 10.475, estabelecendo nova fórmula de cálculo para as gratificações dos servidores do Poder Judiciário, de modo que a função comissionada passou a ter como parcelas: o valor base e a Gratificação de Apoio Judiciário (APJ).

VI. Utilizando-se mais uma vez da atribuição contida no art. 19 da Lei 9.421/1996, agora estabelecida pelo art. 10 da Lei 10.475/2002, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Portaria 158/2002, mantendo as disposições da Resolução 19.784/1997, no tocante às gratificações devidas aos escrivães eleitorais e chefes cartorários das zonas eleitorais do interior.

VII. Em 20/02/2004, a Lei 10.842, ao dispor sobre a criação de cargos e funções no âmbito dos tribunais regionais eleitorais, extinguiu a gratificação mensal dos escrivães eleitorais e chefes cartorários das zonas eleitorais do interior, que havia sido criada pela Lei 8.868/1994 e criou funções comissionadas.

VIII. A gratificação devida aos escrivães eleitorais e chefes de cartório, tal como determinado pelo e. TSE, extrapola os limites do poder regulamentar que lhe foi outorgado pelas Leis 9.421/1996 e 10.475/2002, uma vez que estabelece um novo cálculo para a gratificação, o que é vedado, pois a Lei 8.868/1994 já havia tratado de tal regulamentação.

IX. O administrador limitou as disposições legais através de resolução e portaria, o que entendo incabível, já que a imposição, modificação ou extinção de obrigações só pode vir de lei. O regulamento e a portaria só devem estabelecer especificações das condições preestabelecidas em lei.

X. Há que se concluir que a lei é a única fonte possível. Ainda que na presença de omissão legislativa, disposição infralegal do órgão executor não pode estabelecer normas de procedimentalidade quanto aos ditames legais, já que

representa o uso indevido do poder regulamentar da Administração Pública, ferindo o princípio constitucional da legalidade.

XI. Considerando que apenas com o advento da Lei 10.842/2004 houve a extinção da gratificação dos escrivães e chefes de cartório, é forçoso reconhecer que os apelados possuem direito ao pagamento da Gratificação Mensal Eleitoral estabelecida pelo art. 9º, da Lei Federal 8.868/1994, correspondente à remuneração integral da FC-01, durante o período em que eram ocupantes do cargo de chefe de cartório eleitoral.

XII. A correção monetária e os juros devem incidir na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

XIII. A verba honorária é devida em 10% sobre o valor da condenação, em conformidade com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC e a jurisprudência desta Corte.

XIV. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se dá parcial provimento.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, rejeitar a preliminar e dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 19/03/2014.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

### Relatório

A *Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão*: — Benonias Ferreira Gomes e outros, qualificadas nos autos, ajuizaram a presente ação em face da União Federal, objetivando o pagamento do valor integral da função comissionada (FC) respectiva durante o período que exerceram o cargo de chefes de cartório eleitoral.

À fl. 57, foi deferida a assistência judiciária.

Após a instrução do processo foi proferida a sentença de fls. 93-102, julgando procedente o pedido inicial.

Não houve remessa oficial.

A União interpôs recurso de apelação arguindo, preliminarmente, a incidência de prescrição. Afirma a legalidade dos atos normativos do e. TSE, sustentando o descabimento do pagamento da gratificação pleiteada, bem como que os honorários advocatícios devem ser reduzidos (fls. 106-139).

O autores não apresentaram contrarrazões (certidão de fl. 142).

É o relatório.

### Voto\*

A *Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão*: —

### Preliminar

Sobre a alegada prescrição do fundo de direito, temos que conforme o art. 1º do Decreto 20.910/1932,

*As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.*

Como os autores estão perseguindo em juízo o reconhecimento do direito de ser ressarcida dos valores não pagos a título de Gratificação Eleitoral, tem-se que no presente caso não há prescrição do fundo de direito, mas somente das parcelas anteriores a 30/06/2000, eis que a presente ação foi proposta em 30/06/2005. Nesse sentido está cristalizado o entendimento veiculado no verbete 85 da Súmula do STJ, *in verbis*:

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação.

Rejeito, pois, a preliminar arguida.

### Mérito

Inicialmente, convém traçar o histórico da Gratificação Eleitoral ora em análise.

A Gratificação Eleitoral foi criada pela Lei 8.350, de 28/12/1991, nos seguintes termos:

Art. 2º. [...]

Parágrafo único. As atividades de Escrivão Eleitoral, quando não correspondentes a cargo ou

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Néviton Guedes e Ney Bello.

função de confiança, serão retribuídas com uma gratificação mensal correspondente a vinte por cento do vencimento básico de Diretor Geral do Tribunal Regional Eleitoral.

A Lei 8.868, de 14/04/1994, por sua vez, ao tratar da criação, extinção e transformação de cargos efetivos e em comissão nas Secretarias do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Eleitorais, estabeleceu que a gratificação paga aos chefes de cartório das zonas eleitorais no interior deveria se dar da seguinte forma:

Art. 9º A gratificação mensal de que trata o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.350, de 28 de dezembro de 1991, devida aos escrivães eleitorais passa a corresponder ao nível retributivo da função comissionada FC-3, de que trata o Anexo IV desta lei. (Revogado pela Lei nº 10.842, de 2003)

Art. 10 Fica instituída gratificação mensal devida aos Chefes de Cartório das Zonas Eleitorais do interior dos Estados, pela prestação de serviços à Justiça Eleitoral, correspondente ao nível retributivo da função comissionada FC-1, de que trata o Anexo IV desta lei. (Revogado pela Lei nº 10.842, de 2003)

Assim, da simples leitura do artigo supra, tem-se que a gratificação eleitoral corresponderia ao equivalente a FC 01 e FC 03, dependendo da função então exercida.

Com o advento da Lei 9.421, de 24/12/1996, instituidora do Plano de Cargos e Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário Federal, foi alterada a forma de cálculo das funções comissionadas (FCs) que passaram a ser compostas das parcelas: valor base, Adicional de Padrão Judiciário (APJ) e Gratificação de Apoio Judiciário (GAJ), como se infere do art. 14, *in verbis*:

Art. 14 A remuneração das Funções Comissionadas, inclusive para os ocupantes sem vínculo efetivo com a Administração Pública, compõe-se das seguintes parcelas: (Revogado pela Lei nº 10.475/2002)

I – valor base constante do Anexo VI;

II – APJ, tendo como base de incidência o último padrão dos cargos de Auxiliar Judiciário, Técnico Judiciário e Analista Judiciário, conforme estabelecido no Anexo VII;

III – GAJ, calculado na conformidade do Anexo V.

[...]

Ainda no âmbito da Lei 9.421/1996, ficou estabelecida a possibilidade de os Tribunais Superiores baixarem atos regulamentares e instruções necessárias à sua aplicação, visando uniformidade de procedimento nas Cortes:

Art. 19. Caberá ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Conselho da Justiça Federal e ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito de suas competências:

[...]

II - baixar os atos regulamentares previstos nesta Lei, bem como as instruções necessárias à sua aplicação, buscando a uniformidade de critérios e procedimentos.

Considerando a atribuição elencada no art. 19 da Lei 9.421/1996, o eg. Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução 19.784/1997, regulamentando que as gratificações eleitorais devidas aos chefes de cartório e escrivão eleitoral deveriam ser pagas no valor base das funções comissionadas, excluindo as parcelas referentes ao Adicional de Padrão Judiciário (APJ) e Gratificação de Apoio Judiciário (GAJ), antes previstas na Lei 9.421/1996:

Art. 13. As gratificações mensais devidas pelo exercício das funções de Chefe de Cartório das Zonas Eleitorais do interior dos Estados e de Escrivão Eleitoral, recebidas a título de pro-labore, deverão corresponder, respectivamente, ao Valor-Base das Funções Comissionadas 01 e 03, da Lei nº 9.421/96.

Em seguida, no ano de 2002, foi editada a Lei 10.475, estabelecendo nova fórmula de cálculo para as gratificações dos servidores do Poder Judiciário, de modo que a função comissionada passou a ter como parcelas: o valor base e a Gratificação de Apoio Judiciário (GAJ).

Utilizando-se mais uma vez da atribuição contida no art. 19 da Lei 9.421/1996, agora estabelecida pelo art. 10 da Lei 10.475/2002, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Portaria 158/2002, mantendo as disposições da Resolução 19.784/1997, no tocante às gratificações devidas aos escrivães eleitorais e chefes cartorários das zonas eleitorais do interior.

Em 20/02/2004, a Lei 10.842, ao dispor sobre a criação de cargos e funções no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais, extinguiu a gratificação mensal dos escrivães eleitorais e chefes cartorários das zonas eleitorais do interior, que havia sido criada pela Lei 8.868/1994 e criou funções comissionadas, como se infere do art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º Ficam extintas as gratificações mensais, devidas pela prestação de serviços à Justiça Eleitoral, de:

I - Escrivão Eleitoral, instituída pelo parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.350, de 28 de dezembro de 1991, e alterada pelo art. 9º da Lei nº 8.868, de 14 de abril de 1994, calculada com base na remuneração da função comissionada FC-3; e

II - Chefe de Cartório de Zona Eleitoral do interior dos Estados, instituída pelo art. 10 da Lei nº 8.868, de 14 de abril de 1994, calculada com base na remuneração da função comissionada FC-1.

Parágrafo único. Os atuais Chefes de Cartório de Zona Eleitoral ocupantes dos cargos em comissão transformados na forma do art. 2º, bem como os servidores retribuídos com a gratificação extinta nos termos do inciso II do art. 3º, poderão permanecer no exercício de suas atribuições até a data em que for designado servidor para ocupar a função comissionada correspondente.

A controvérsia dos autos cinge-se em saber se os atos normativos do Tribunal Superior Eleitoral (Resolução 19.784/1997 e Portaria 158/2002), quanto ao critério de cálculo da gratificação, estavam em conformidade com os limites estabelecidos pelo poder regulamentar e em observância à legalidade e, de consequência, se é devida a percepção do valor integral das funções pelos servidores.

O e. Supremo Tribunal Federal, ao analisar o AI 855.810/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, em sede de repercussão geral, concluiu pela inexistência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional:

A questão suscitada no presente recurso extraordinário versa sobre a exigência de lei em sentido formal para fixar o valor das gratificações mensais pagas a chefes de cartório e escrivães eleitorais.

Verifica-se, no entanto, que o acórdão impugnado decidiu a causa com base em interpretação e aplicação de legislação infraconstitucional, especificamente a Resolução nº 19.784/1997 e a Portaria nº 158/2002, ambas do Tribunal Superior Eleitoral, e as Leis nº 8.868/1994, nº 9.421/1996 e nº 10.475/2002, de modo que eventual ofensa à Constituição

Federal seria, aqui, apenas indireta.

É o que já o advertiu a Corte: *AI nº 853.710-AgR* (Rel. Min. *LUIZ FUX*, Primeira Turma, DJe de 25.4.2012); *AI nº 845.624-AgR* (Rel. Min. *GILMAR MENDES*, Segunda Turma, DJe de 3.10.2011).

É, ao propósito, velhíssima a postura desta Corte no sentido de que, se, para provar contrariedade à Constituição, se deva, antes, demonstrar ofensa à lei ordinária, então é esta que conta para efeito de juízo de admissibilidade do recurso extraordinário (cf., por todos, *RE nº 92.264-SP*, Rel. Min. *DECIO MIRANDA*, in RTJ 94/462-464).

Ora, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não tolerar, em recurso extraordinário, alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou, até, de inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta

à Constituição da República. (AI 855.810/RS, Pleno, DJe 1º.07.2013)

Registro, por oportuno, que o e. Superior Tribunal de Justiça procede ao julgamento do REsp 1258303/PB, rel. Min. Mauro Campbell Marques, ainda não concluído, em sede de recurso repetitivo, versando sobre a matéria ora em questão.

A 1ª Turma desta Corte em seus últimos julgados vinha adotando posicionamento no sentido de que a Gratificação Eleitoral é devida apenas no valor do vencimento-base das funções (FC 01 e FC 03), ao passo que a 2ª Turma entendia que é devida a Gratificação Eleitoral na sua integralidade, ou seja, o valor do vencimento-base mais o Adicional de Padrão Judiciário (APJ) e a Gratificação de Apoio Judiciário (GAJ), como se infere dos arestos dos julgados:

ADMINISTRATIVO. CHEFE DE CARTÓRIO ELEITORAL DE ZONAS INTERIORES DOS ESTADOS. METODOLOGIA DE CÁLCULO DA GRATIFICAÇÃO PERTINENTE. LEIS N.º 8.868/94, 9.421/96, 10.475/2002 E 10.842/2004. RESOLUÇÃO N.º 19.784/97 E PORTARIA N.º 158/2002 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. PEDIDO IMPROCEDENTE. 1. Consoante orientação normativa do Tribunal Superior Eleitoral, efetivada por intermédio da Resolução n.º 19.784/2002 e Portaria n.º 158/2002, o montante da gratificação mensal, devida a servidores que exercem as funções de Chefes de Cartório e Escrivães Eleitorais, corresponde apenas ao valor-base da FC-01 e FC-03, respectivamente, sem o acréscimo da APJ e GAJ, por força de interpretação sistemática do art. 19 da Lei n.º 9.421/96 e art. 10 da Lei n.º 10.475/2002, sendo imprópria a pretensão de percepção do valor integral da função.

2. Precedentes dos TRF das 4ª e 5ª Regiões.

3. Inteligência da Resolução n.º 21.973/2004 (Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 23/02/2005, p. 75) do Tribunal Superior Eleitoral.

4. Apelação do autor prejudicada.

5. Apelação da União e remessa oficial providas. (AC 2004.32.00.005207-5/AM, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. José Amílcar Machado, e-DJF1 10.03.2010, p. 258, unânime)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESCRIVÃES E CHEFES DE CARTÓRIO ELEITORAIS. GRATIFICAÇÃO. REMUNERAÇÃO DA FUNÇÃO COMMISSIONADA. PAGAMENTO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A gratificação mensal devida aos escrivães eleitorais que preenchem os pressupostos fáticos para sua auferição, não tem natureza jurídica de função comissionada. Ou seja, a Lei 8.350/91 atribui expressamente uma gratificação mensal, pro labore faciendo, pelos serviços prestados à Justiça Eleitoral, "de forma que somente a recebia quando

a função era efetivamente exercida, não sendo incorporada aos vencimentos nem repercutindo em férias, licenças e gratificação natalina, e sobre ela não era recolhida contribuição previdenciária. Nos termos do art. 9º da Lei n. 8.868/93, a preservação do nível retributivo da gratificação mensal devida aos escrivães eleitorais exige o pagamento integral da FC- 3. Precedente do STJ: Recurso Especial nº 1.241.910 - PR (2011?0052818-6), Rel: Ministro Humberto Martins, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data de Julgamento: 19/05/2011, DJe de 25/05/2011.

2. É vedado à autoridade administrativa, cuja atuação é adstrita à observância do princípio da legalidade, ampliar ou restringir o campo de aplicação da norma. Nesse contexto, verifica-se que a Resolução n. 19.784/97 e a Portaria n. 158/2002, ambas editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, extrapolaram os limites do poder regulamentar conferido pelo art. 19 da Lei n. 9.421/96 e art. 10 da Lei n. 10.475/02.

3. A Lei n. 10.842/2004, que criou e transformou as funções relativas às zonas eleitorais, extinguiu, expressamente, a gratificação mensal conferida aos Escrivães Eleitorais e Chefes de Cartórios pela Lei n. 8.868/94, criando, em seu lugar, funções comissionadas. Assim, se somente em 2004 foi extinta a gratificação dos escrivães e chefes de cartórios eleitorais, tem-se que até então as mesmas existiam na forma como previstas na Lei n. 8.868/94.

4. As prestações deverão ser corrigidas monetariamente, nos termos da Lei n. 6.899/81, pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, incidindo tal correção desde a data do vencimento de cada parcela em atraso, a teor das Súmulas 148/STJ e 19/TRF da 1ª Região.

5. Os juros de mora, por sua vez, são devidos no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação (Súmula n. 204/STJ), até o advento da Lei n. 11.960/2009, a partir de quando incidirão à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês - ou outro índice de juros remuneratórios das cadernetas de poupança que eventualmente venha a ser estabelecido -, até a apuração definitiva dos cálculos de liquidação (TRF da 1ª Região - EDAMS 0028664-88.2001.4.01.3800/MG, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, e-DJF1 p. 26 de 06/05/2010).

6. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre o valor da condenação.

7. Apelação a que se dá provimento. (AC 2006.35.00.005883-7/GO, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Neuza Maria Alves da Silva, e-DJF1 28.07.2011, p. 337, unânime)

A questão também não é pacífica nos demais Tribunais Regionais Federais, consoante atestam os julgados:

ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO MENSAL ELEITORAL. ESCRIVÃES E CHEFES DE CARTÓRIO. LEIS Nº 8.350/91, N.º 8.868/1994, Nº 9.421/96 E 10475/2002. REVISÃO DA BASE DE CÁLCULO. PODER REGULAMENTAR DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. LEGALIDADE DA RESOLUÇÃO 19.784/97 E DA PORTARIA 158/2002.

1 - A Resolução 19.784/97 e a Portaria 158/02 emanadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, que estabeleceram para os servidores requisitados, exercendo as funções de Chefes de Cartório e Escrivães Eleitorais, valor de gratificação mensal, não exorbitaram do poder regulamentar conferido pelas Leis nº 9.421/96 e 10.475/2002, arts. 19 e 10, respectivamente.

2 - Chefes de Cartório e Escrivães Eleitorais não fazem jus, portanto, à percepção das funções comissionadas com base na sua integralidade.

3 - Precedentes: AC nº 2005.50.01.005450-3/RJ - Relator D.F. Guilherme Couto - E-DJF2R: 26/07/2010; AC nº 2005.50.01.008019-8/RJ - Relator D.F. Frederico Gueiros - DJU: 03/02/2010; AC 2005.50.01.005455-2, Relator D.F. Sergio Schwaitzer, DJU de 15/10/2008.

4- Apelação desprovida. Sentença mantida. (TRF 2ª Região, AC 200550010061684, Rel. Des. Fed. Frederico Gueiros, 6ª Turma, e-DJF2R 21.12.2011, p. 87)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE REJEITOU A ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO E, NO MÉRITO, DEU PROVIMENTO À APELAÇÃO DA UNIÃO E AO REEXAME NECESSÁRIO, RESTANDO PREJUDICADA A APELAÇÃO DOS AUTORES. ESCRIVÃES ELEITORAIS E CHEFES DE CARTÓRIO ELEITORAL. GRATIFICAÇÃO MENSAL. LEGALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 19.784/97 E DA PORTARIA Nº 158/2002 DO TSE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1. Demanda proposta por servidores públicos que prestam ou prestaram serviços à Justiça Eleitoral, exercendo as funções de Escrivães Eleitorais e Chefes de Cartório Eleitoral, objetivando a declaração de ilegalidade da Resolução nº 19.784, de 04.02.1997 e da Portaria nº 158, de 25.07.2002, ambas editadas pelo C. TSE, e o consequente reconhecimento do direito de receberem o valor integral da Função Comissionada respectiva (FC3 ou FC1), conforme arts. 9º e 10 da Lei nº 8.868/94.

2. O Tribunal Superior Eleitoral, no exercício do Poder Regulamentar que lhe foi deferido pelo art. 19, I, da Lei nº 9.421/96, e tendo em vista que o Adicional de Padrão Judiciário (APJ) e a Gratificação de Atividade Judiciária (GAJ) não compunham a remuneração dos Escrivães e Chefes de Cartório Eleitorais, editou a Resolução nº 19.784/97, fixando o valor da gratificação devida, que passou a corresponder ao valor-base das funções comissionadas (FC 01 e 03) previstas na Lei nº 9.421/96.



3. O ato normativo cogitado apenas deu aplicação à Lei nº 9.421/96, que vedou a percepção cumulativa do valor integral da FC com a remuneração do cargo efetivo. O mesmo se deu com a Portaria nº 158/2002, que tão-somente regulamentou a Lei nº 10.475/05, mantendo os valores vigentes em 31.05.2002. Destarte, não houve abuso do poder regulamentar.

4. Não há que se cogitar em violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos decorrente da aplicação dos instrumentos normativos vergastados, eis que se trata de gratificação.

5. Agravo legal improvido. (TRF 3ª Região, APELREEX 00183126220054036100, Rel. Des. Fed. Johansom Di Salvo, 1ª Turma, e-DJF3 26.09.2012)

EMBARGOS INFRINGENTES. ADMINISTRATIVO. PODER REGULAMENTAR. CHEFES DE CARTÓRIOS ELEITORAIS. GRATIFICAÇÃO. REMUNERAÇÃO DA FUNÇÃO COMISSIONADA. LIMITAÇÃO POR ATO ADMINISTRATIVO. VEDAÇÃO. OBEDIÊNCIA ÀS LEIS DE REGÊNCIA. .

O ato administrativo está subordinado ao princípio da legalidade, estampado no art. 37, caput, da Constituição Federal, sendo defeso ao regulamento administrativo limitar ou ampliar a extensão do diploma legislativo. Não havendo delegação legislativa, não cabe ao Tribunal Superior Eleitoral, por norma infralegal, dispor sobre a forma de remuneração dos Escrivães e Chefes de Cartórios Eleitorais diversamente do disposto em lei, por representar uso indevido do poder regulamentar. Os Chefes de Cartórios Eleitorais devem ser remunerados pela integralidade da Função Comissionada FC-01, fixada nos termos das Leis nºs 9.421/96 e 10.475/02. Embargos infringentes improvidos. (TRF 4ª Região, EIAC 200571050015815, Rel. Des. Fed. Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, 2ª Seção, DE 22.06.2007)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR CIVIL. GRATIFICAÇÃO MENSAL PELO EXERCÍCIO DE ESCRIVÃO DE CARTÓRIO DAS ZONAS ELEITORAIS DO INTERIOR. DESCABIMENTO. DISCRIMINAÇÃO. NÃO CONFIGURADA.

As modificações operadas pela Lei nº 9.421/96 no regime remuneratório desses servidores públicos - o que também foi feito pela Lei nº 10.475/02 - não têm a força de alterar o regime específico da retribuição dos escrivães eleitorais e dos chefes de cartórios das zonas eleitorais. A diferenciação de remuneração entre os chefes de cartório do interior e da capital não é discriminatório, em vista das peculiaridades da realidade do interior e da capital, especialmente em razão das condições demográficas, situação que impõe volumes muito superiores de serviço para administrar. (TRF 4ª Região, AC 200772080015130, Rel. Des. Fed. Nicolau Konkel Júnior, 3ª Turma, DE 24.02.2010)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR. ESCRIVÃES ELEITORAIS E CHEFES DE

CARTÓRIO. GRATIFICAÇÃO MENSAL ELEITORAL. BASE DE CÁLCULO. LEI 9.421/96. RESOLUÇÃO 19.784/97 E PORTARIA 158/2002 DO TSE. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO AFASTADA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS. SENTENÇA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS.

1. Preliminar de prescrição do fundo de direito afastada, vez que se trata de pleito vencimental, atingindo apenas as parcelas pagas há mais de cinco anos, contados retroativamente, a partir do ajuizamento da ação.

2. A questão posta a deslinde cinge-se à averiguação da legalidade da Resolução nº 19.784/97 e da Portaria nº 158/2002, ambas expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, no que tange aos critérios de cálculo da gratificação mensal paga aos Escrivães Eleitorais e aos Chefes de Cartório das Zonas Eleitorais do interior dos Estados.

3. "Inexiste ilegalidade na fixação da gratificação mensal em montante correspondente a apenas o valor-base da FC-01 (Chefe de Cartório) e FC-03 (Escrivão Eleitoral), sem o acréscimo da APJ e da GAJ, quando, pelo novo sistema remuneratório, os próprios Servidores do Poder Judiciário não podem perceber o 'valor cheio' da função, quando optaram pela percepção cumulativa com a remuneração do cargo efetivo."

4. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que os juros moratórios, a partir da vigência da Medida Provisória nº 2.180/01, são devidos no percentual de 0,5% ao mês, a contar da citação;

5. Verba honorária mantida em 10% sobre o valor da condenação, de acordo com o artigo 20, parágrafo 3º do CPC.

6. Apelações e remessa oficial improvidas. (TRF 5ª Região, AC 200580000019784, Rel. Des. Fed. Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, 2ª Turma, DJE 05.05.2011, p. 151)

Em razão de decisões conflitantes sobre o tema no âmbito da 1ª Seção deste Tribunal, foi suscitado o Incidente de Uniformização de Jurisprudência nos autos da AC 2007.38.00.002003-8, apreciado por esta Corte em recente seção do dia 29/10/2013, rel. Des. Federal Néviton Guedes, que acolheu o referido incidente para declarar a legalidade da Resolução 19.784/1997 e da Portaria 258/2002 do Tribunal Superior Eleitoral.

Todavia, ressalvado meu posicionamento pessoal em sentido contrário, entendo que a gratificação devida aos escrivães eleitorais e chefes de cartório, tal como determinado pelo e. TSE, extrapola os limites do poder regulamentar que lhe foi outorgado pelas Leis 9.421/1996 e 10.475/2002, uma vez que estabelece um novo cálculo para a gratificação, o que é vedado, pois a Lei 8.868/1994 já havia tratado de tal regulamentação.

No caso, o administrador limitou as disposições legais através de resolução e portaria, o que entendo incabível, já que a imposição, modificação ou extinção de obrigações só pode vir de lei. O regulamento e a portaria só devem estabelecer especificações das condições preestabelecidas em lei.

Transcrevo, na oportunidade, os dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] Em síntese: os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: I) limitar a discricionariedade administrativa, seja para: a) dispor sobre o *modus procedendi* da Administração nas relações que necessariamente surgirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; b) caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; II) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém". (op. cit., p. 331-332).

Sendo assim, há que se concluir que a lei é a única fonte possível. Ainda que na presença de omissão legislativa, disposição infralegal do órgão executor não pode estabelecer normas de procedimentalidade quanto aos ditames legais, já que representa o uso indevido do poder regulamentar da Administração Pública, ferindo o princípio constitucional da legalidade.

Nesse sentido, ao proferir seu voto nos autos da Apelação Cível 2007.38.00.002003-8/MG, a Des. Federal Mônica Sifuentes fundamentou seu voto, ressaltando a impossibilidade de atos normativos do TSE estabelecerem critérios de vencimentos, ferindo o princípio da legalidade:

A gratificação eleitoral em comento não foi criada pela Lei 9.421/96 que, aliás, não dispôs expressamente sobre nenhuma outra carreira funcional. O que fez a Lei nº 9.421/96 foi dispor que os valores das FCs seriam, a partir daquela data, para todos os titulares de funções comissionadas, calculadas da forma nela prevista. Nem mais nem menos.

É princípio comezinho de hermenêutica que a lei geral não pode revogar a lei especial, naquilo que com ela não conflitar. A Lei 9.421/96 não revogou a Lei nº 8.868/94 porque com ela nem mesmo chegou a colidir. Tratavam elas, a toda vista, de questões diversas.

A propósito, convém citar o seguinte trecho do voto do ilustre Desembargador Carlos Moreira Alves, ao aderir ao entendimento da Desembargadora Neuza Maria Alves da Silva, no julgamento da referida Apelação Cível n. 2005.33.00.007122-1/BA:

Do exame atento da legislação de regência, não tenho dúvidas em reconsiderar minha conclusão anterior e aderir à de Vossa Excelência, pois, conforme pontuado em seu douto voto, com o advento da Lei 8.868, de 14 de abril de 1994, a gratificação devida aos escrivães eleitorais, instituída pela Lei 8.350, de 24 de dezembro de 1991, passou a corresponder ao nível retributivo da função comissionada símbolo FC-03, não tendo essa regra específica sofrido qualquer alteração pela Lei 9.421, de 24 de dezembro de 1996, simplesmente dispositiva, em seu artigo 14, sobre a composição da retribuição pecuniária das funções comissionadas exercidas pelos servidores do Poder Judiciário da União, estruturando-as em valor-base, Adicional de Padrão Judiciário – APJ e Gratificação de Atividade Judiciária – GAJ. O mesmo ocorreu quanto à Lei 10.475, de 27 de junho de 2002, que extinguiu o Adicional de Padrão Judicial e modificou a forma de cálculo da Gratificação de Atividade Judiciária, determinando não ser devida esta aos servidores sem vínculo efetivo com à administração pública e àqueles retribuídos com remuneração das funções comissionadas e dos cargos em comissão.

Continuou, assim, à falta de alteração legislativa, e sem nenhuma lacuna a propósito, o exercício das atividades de escrivão eleitoral, sob o império das Leis 9.421/96 e 10.475/02, a ter como compensação pecuniária a paga de valor correspondente ao nível retributivo da FC-03, na forma estabelecida pela Lei 8.868/94, não sendo lícito ao eg. Tribunal Superior Eleitoral, com base no poder regulamentar conferido por aqueles diplomas legais tão somente para a edição dos atos necessários à aplicação dos mesmos, buscando a uniformidade de critérios e procedimentos, estabelecer, no artigo 13 da Resolução 19.784, de 4 de fevereiro de 1997, que a gratificação mensal devida pelo exercício da atividade de escrivão eleitoral corresponderia não mais ao nível retributivo da FC-03, mas apenas ao valor-base dela, sendo-lhe igualmente defeso manter, por força do disposto no artigo 5º da Portaria 158, de 25 de julho de 2002, o pagamento da vantagem pecuniária em referência nos valores vigentes em 31 de maio daquele ano, desvinculando-os por completo do padrão remuneratório fixado pela Lei 10.475/02 para referida função comissionada.

Do mesmo modo, creio insustentável o argumento de que pelo novo sistema remuneratório, os próprios servidores do Poder Judiciário não podem perceber o "valor cheio" da função. Nesse ponto, faço minhas as pertinentes considerações lançadas pela Desembargadora Neuza Maria Alves da Silva em seu substancial voto:

E nem se cogite da existência de ofensa ao princípio da isonomia em relação aos servidores do Judiciário que, enquanto vigente a Lei n. 9.421/96 somente podiam cumular o vencimento do cargo efetivo com 70% do valor-base da função exercida, tendo em vista que essa forma geral de pagamento aos servidores se aplicava àqueles vinculados ao Poder Judiciário Federal, no exercício de função comissionada, ao passo que o caso dos autos cuida de servidores Estaduais que exercem as atividades de Escrivães Eleitorais sem que elas correspondam a cargo ou função de confiança, tudo isso na forma da norma especial (qual seja, a Lei n. 8.868/94, aplicada apenas aos servidores da Justiça Eleitoral, ou que exercessem atividades eleitorais) que de forma clara deliberou acerca do critério de pagamento, não podendo ela em hipótese alguma ser manietada por ato normativo de quilate inferior, como efetivamente se verificou ter ocorrido no caso dos autos.

Por outro lado, a suposta violação ao princípio da isonomia não justificaria a ofensa ao princípio da legalidade configurado pelo flagrante desrespeito à norma legal em vigor até a publicação da Lei n. 10.842, de 20 de fevereiro de 2004, que extinguiu as referidas gratificações.

Registre-se, ainda, que a própria Constituição Federal preceitua, em seu art. 37, X, que a remuneração dos servidores públicos só deve ser modificada por meio de lei específica, não competindo aos decretos, portarias ou resoluções versar sobre matéria a ser veiculada exclusivamente por lei.

Aliás, é vedado à autoridade administrativa, cuja atuação é adstrita à observância do princípio da legalidade, ampliar ou restringir o campo de aplicação da norma. Nesse contexto, verifica-se que a Resolução n. 19.784/97 e a Portaria n. 158/2002, ambas editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, extrapolaram os limites do poder regulamentar conferido pelo art. 19 da Lei n. 9.421/96 e art. 10 da Lei n. 10.745/02, tendo em vista que as apelantes já possuíam, à época dos referidos atos normativos, situação jurídica definida pela Lei n. 8.868/94, não podendo o TSE estabelecer critérios acerca de vencimentos quando já existente lei própria a respeito.

Ademais, a Lei n. 10.842/2004, que criou e transformou as funções relativas às zonas eleitorais, extinguiu, expressamente, a gratificação mensal conferida aos Escrivães Eleitorais e Chefes de Cartórios pela Lei n. 8.868/94, criando, em seu lugar, funções comissionadas.

Assim, se somente em 2004 foi extinta a gratificação dos escrivães e chefes de cartórios

eleitorais, tem-se que até então as mesmas existiam na forma como previstas na Lei n. 8.868/94, o que afasta a alegação da União no sentido de que referidos dispositivos legais foram tacitamente revogados com o advento da Lei n. 9.421/96.

As parcelas que passaram a compor o valor das funções comissionadas previstas no art. 14 da Lei n. 9.421/96 deveriam ser computadas no valor a ser pago aos escrivães eleitorais e aos chefes de cartório, devendo-se observar, no entanto, que a partir da edição da Lei n. 10.475, de 27.06.2002 foi majorado o valor das referidas funções, ao passo que suprimido, do seu cálculo, a parcela de ADJ, então extinta.

Considerando que apenas com o advento da Lei 10.842/2004 houve a extinção da gratificação dos escrivães e chefes de cartório, é forçoso reconhecer que os apelados possuem direito ao pagamento da Gratificação Mensal Eleitoral estabelecida pelo art. 9º da Lei Federal 8.868/1994, correspondente à remuneração integral da FC-01, durante o período em que eram ocupantes dos cargos de chefe de cartório eleitoral até a sua extinção em 20/02/2004.

A correção monetária deve ser aplicada desde a data em que cada parcela se tornou devida (Súmula 19 do TRF 1ª Região).

Os juros de mora são devidos em 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação até 30/06/2009.

A partir de 30/06/2009, será aplicado o contido no art. 1ºF da Lei 9.494/1997, na redação dada pela Lei 11.960/2009.

Explicito que a correção monetária e os juros devem incidir na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

A verba honorária é devida em 10% sobre o valor da condenação, em conformidade com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC e a jurisprudência desta Corte.

Ressalto que, em qualquer caso, deverão ser observados os estritos limites objetivos dos pedidos inicial e recursal e o princípio do *non reformatio in pejus*.

Isso posto, rejeito a preliminar, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, para adequar a sentença aos termos da fundamentação.

É o meu voto.

## Primeira Turma

### Apelação/Reexame Necessário 0052370-24.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Ney Bello  
 Apelante: Jardel Lopes Barbosa  
 Advogados: Dra. Maria Regina de Souza Januário e outros  
 Apelante: União Federal  
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
 Apelados: os mesmos  
 Remetente: Juízo Federal da 17ª Vara – DF  
 Publicação: e-DJF1 de 1º/08/2014, p. 123

### Ementa

*Constitucional, Administrativo e Civil. Militar. Acidente em serviço. Invalidez permanente para o serviço militar. Lei 6.880/1980. Incapacidade parcial para o labor civil. Comprovação nos autos. Indenização por dano moral e pagamento do auxílio-invalidez. Possibilidade. Reforma no mesmo grau hierárquico. Tempo de serviço. Irrelevância. Consectários. Precedentes do eg. STJ e desta Corte.*

I. O militar incapacitado definitivamente para o serviço militar, por acidente de serviço, art. 106, III, da Lei 6.880/1980, deve ser reformado, fazendo jus ao cálculo dos proventos com base na remuneração do posto ou graduação que ocupava na ativa.

II. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tem direito à reforma o militar temporário ou de carreira que, em consequência de acidente em serviço ou doença, torna-se definitivamente incapaz para o serviço da caserna, independentemente da relação de causa e efeito com o serviço militar.

III. “O militar que, por motivo de doença ou acidente em serviço, tornou-se definitivamente incapacitado para o serviço faz jus à reforma, sendo desnecessária a existência do nexo causal entre a moléstia incapacitante e a prestação do serviço; basta, para tanto, que a enfermidade se manifeste durante o período de prestação do serviço militar. O atestado de origem faz prova incontestada do fato danoso à saúde do militar, porém sua inexistência pode ser suprida por qualquer modalidade de prova admitida em direito” (STJ, AGREsp 1.211.656, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJe de 04/02/2011).

IV. “Será reformado o militar temporário ou da ativa que for considerado definitivamente incapaz para o serviço militar por acidente de trabalho, independente do tempo de serviço (art. 109 da Lei 6.880/1980)” (TRF1. Numeração única: 0003045-37.2006.4.01.0000; AR 2006.01.00. 000071-2/PA; Primeira Seção, rel. Des. Federal Mônica Sifuentes, e-DJF1 de 1º/04/2011, p. 61).

V. A pretensão do autor de ser reformado em graduação imediatamente superior à que ocupava à época do seu desligamento não encontra guarida no ordenamento jurídico aplicável ao caso concreto, haja vista que sua situação não se enquadra no rol elencado nos incisos I e II do art. 108 da Lei 6.880/1980, o qual alberga apenas o direito à reforma, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato, quando a incapacidade definitiva sobrevir em consequência de: “I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública; ou II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações”.

VI. “A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que o militar, ainda que temporário, declarado incapaz para o serviço militar, tem direito à reforma ex officio no mesmo grau hierárquico que ocupava na ativa, por força do que dispõem os arts. 106, II e 108, III, c/c o art. 109 da Lei 6.880/1980 (AgRg no REsp 1254227/RS, Min. Castro Meira)” (TRF1. Numeração única: 0000300-79.2000.4.01.3400; AC 2000.34.00. 000302-6/DF; Primeira Turma, rel. Des. Federal Néviton Guedes, e-DJF1 de 11/10/2013, p. 564).

VII. Da análise detida da documentação juntada aos autos, verifica-se, também, que o autor preenche os requisitos constantes da Medida Provisória 2.215/2001, uma vez que restou provado que ele necessita de internação em instituição apropriada, bem assim de cuidados permanentes de enfermagem.

VIII. Considerando que o desligamento do autor, pela via da licença, fora equivocado, o que lhe suprimiu o direito de perceber o soldo que adviria da reforma, bem como que a sua incapacidade definitiva possui nexo de causalidade com as atividades militares desenvolvidas, deve ser reconhecido ao autor o direito à indenização pelos danos morais daí decorrentes, conforme determinado na sentença *a quo*.

IX. A correção monetária e os juros moratórios incidentes sobre as parcelas atrasadas, nas ações condenatórias, tanto em sede previdenciária quanto na seara administrativa, sendo o devedor a Fazenda Pública, devem observar as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal ora em vigor.

X. Correta a condenação da União ao pagamento dos honorários advocatícios, em atendimento ao disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e conforme reiterados precedentes desta Corte.

XI. Apelação da União a que se nega provimento.

XII. Apelação da parte-autora a que se dá provimento para condenar a União a lhe pagar o auxílio-invalidez, nos termos da MP 2.215/2001; majorar o valor fixado a título de danos morais para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); e fixar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

XIII. Remessa oficial a que se dá parcial provimento para fixar como grau hierárquico o mesmo que o autor ocupava à época de seu desligamento do Exército brasileiro.

## Acórdão

A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação da União, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação da parte-autora.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 14/05/2014.

Desembargador Federal *Ney Bello*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello:* — 1. Trata-se de remessa oficial e de apelações interpostas pela União (fls. 556-570 e 627-639) e por Jardel Lopes Barbosa (fls. 666-688) contra sentença (fls. 543-555) que, antecipando os efeitos da tutela, julgou procedente o pedido para anular o ato de desincorporação do autor, condenando a parte-ré a reformá-lo com proventos de terceiro-sargento, bem como reintegrá-lo às fileiras do Exército, na condição de agregado para fins de tratamento médico.

A União foi condenada, ainda, ao pagamento das parcelas atrasadas, corrigidas pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal e com a incidência de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, além de indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e honorários advocatícios no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

2. Irresignado, o autor opôs embargos declaratórios às fls. 576-580, aos quais foi dado parcial provimento para lhe conceder a isenção do Imposto

de Renda incidente sobre os valores recebidos em decorrência de sua reforma, bem como para determinar o pagamento de ajuda de custo, prevista no art. 9º da MP 2.2145-10/2001, devida por ocasião da transferência do militar para a inatividade remunerada (fls. 620-623).

3. Em suas razões de apelação, sustenta a União que o acidente não ocorreu em ato de serviço, pelo que não possui qualquer causa e efeito com a atividade militar, ao contrário, conclui-se, pela documentação juntada, que o autor foi imprudente ao conduzir a motocicleta após o consumo de bebida alcoólica.

Diz, ainda, que o autor era militar temporário, cuja prestação de serviço ocorre por prazo determinado, condicionado ao deferimento de períodos de reengajamento, não possuindo, pois, direito de permanecer no serviço ativo, ao tempo em que alega ser descabida sua condenação ao pagamento de dano moral, em face da ausência de nexo causal entre a ingestão de bebida alcoólica e o acidente de moto sofrido pelo autor.



Por fim, aduz que não restou comprovado que a incapacidade é para toda e qualquer atividade laborativa, tendo em vista que o autor encontra-se inapto, apenas, para o exercício de atividade militar ostensiva, razão pela qual ele pode prover a sua subsistência.

4. Por seu turno, o autor, em síntese, repisando os termos da inicial, pugna pela condenação da parte-ré ao pagamento do benefício de auxílio-invalidez, bem como a majoração dos valores fixados a título de danos morais e da verba honorária.

5. Apresentadas as contrarrazões às fls. 582-615, 691-695 e 697-715, subiram os autos a esta Corte.

6. É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello : —

#### Mérito

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tem direito à reforma o militar temporário ou de carreira que, em consequência de acidente em serviço ou doença, torna-se definitivamente incapaz para o serviço da caserna, independentemente da relação de causa e efeito com o serviço militar.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. DOENÇA ADQUIRIDA EM RAZÃO DO SERVIÇO. COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA AS ATIVIDADES MILITARES. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A ECLOSÃO DA DOENÇA INCAPACITANTE E O SERVIÇO MILITAR. DESNECESSIDADE. DIREITO À REFORMA.

1. Inafastável a Súmula 7/STJ ao caso dos autos, porquanto o tema discutido nos autos foi analisado pelo Tribunal a quo, que, com base no acervo fático-probatório apresentado, concluiu pela incapacidade do autor.

2. No entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, a concessão da reforma/reintegração ao militar, ainda que temporário, quando ficar demonstrada a sua incapacidade para o serviço castrense, prescinde da demonstração do nexo de causalidade entre a moléstia sofrida e a prestação do serviço.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 397.854/RS, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 20/11/2013 – destaques nossos).

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR. REFORMA. NEXO DE CAUSALIDADE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. REMUNERAÇÃO COM BASE NO SOLDADO CORRESPONDENTE AO GRAU HIERÁRQUICO SUPERIOR. INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DE QUALQUER TRABALHO. AUSÊNCIA. REVISÃO. SÚMULA 07/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte não exige a comprovação do nexo de causalidade entre a atividade militar e a doença incapacitante para fins de reforma. [Destaque nosso.]

Omissis.

3. O Tribunal de origem considerou não ter comprovado o recorrente sua incapacidade definitiva, total e permanente para qualquer trabalho, mas tão somente para as atividades de caserna. Rever esse entendimento demandaria incursão no conjunto fático-probatório dos autos, providência obstada pela súmula 07/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 303.154/RJ, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 06/09/2013).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. MILITAR. INCAPACIDADE DEFINITIVA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7 DO STJ. PRESCINDIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A MOLÉSTIA APRESENTADA E A ATIVIDADE EXERCIDA. MILITAR TEMPORÁRIO. REFORMA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Omissis.

3. A orientação jurisprudencial desta Corte Superior está em que a concessão da reforma ao militar, quando restar demonstrada a sua incapacidade para o serviço castrense, prescinde da demonstração do nexo de causalidade entre a moléstia sofrida e a prestação do serviço. Precedentes. [Destaque nosso.]

Omissis.

5. Agravo Regimental desprovido.

(STJ, AgRg no Ag 1243418/PR, Quinta Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 28/06/2010).

Não obstante, restou sobejamente demonstrado pela sindicância levada a efeito pelo Comando Militar do Planalto – Exército brasileiro, às fls. 246-248,

[...] que o acidente ocorrido com o Sd. Jardel Lopes Barbosa no dia 08 de outubro de 2006, foi em ato de serviço, tendo em vista que o militar estava regressando ao quartel a fim de pernoitar pois estava escalado de serviço logo pela manhã do dia

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

08 de outubro de 2006, também constatou-se que não houve imprudência ou desídia da parte do militar acidentado [...] [destaques no original].

Outrossim, no caso vertente, constata-se, pelo laudo pericial às fls. 332-334, realizado em sede de ação de interdição, tramitada na 4ª Vara da Família de Brasília/DF, na qual foi decretada a interdição total do autor, que a doença dele não tem previsão de cura e que ele está incapacitado para o exercício dos atos da vida civil, porquanto “*necessita de acompanhamento psiquiátrico e neurológico por tempo indeterminado e [...] amparo do estado. [...] não há perspectiva de reversão do quadro*”.

Além disso, na Ata de Inspeção de Saúde (cf. cópia à fl. 523), realizada por major-médico da corporação, consta que o autor é inválido por ser portador de alienação mental de forma crônica e irreversível – CID-10.

Em situação análoga à presente, a jurisprudência desta eg. Primeira Turma trafegou no seguinte sentido, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. REINTEGRAÇÃO E REFORMA DE MILITAR TEMPORÁRIO. CABIMENTO. ALIENAÇÃO MENTAL. LEI 6.880/80. HONORÁRIOS. CORREÇÃO. JUROS. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.

1. O ato de interdição emitido em 2006 não retroage para invalidar a procuração corretamente outorgada pelo autor em 2002, sendo que, atualmente, o demandante encontra-se representado por sua curadora, que também assinou a procuração constante dos autos, revelando ausência de qualquer ilegalidade que torne nula a sentença proferida.

2. *O militar temporário portador de alienação mental (surto psicóticos) adquirida em decorrência do serviço militar obrigatório, conforme comprovado em laudo expedido pelo próprio Exército brasileiro, tem direito à concessão da reforma ex officio por incapacidade definitiva, nos termos dos artigos 104, II, 106, II, 108, V, todos da Lei 6.880/80. Precedentes do STJ. [Destaque nosso.]*

Omissis.

(TRF1. Numeração Única: 0000014-17.2003.4.01.3200; AC 2003.32.00. 000011-4/AM; Primeira Turma, Rel. Des. Federal Ângela Catão, e-DJF1 de 03/05/2011, p. 32).

Ademais, apesar de os militares incorporados para prestação de serviço militar possuírem permanência transitória, devendo ser licenciados nas hipóteses do § 3º do art. 121 do Estatuto Militar, vê-se que o autor teve como base o diagnóstico administrativo militar,

que constatou ser ele portador de alienação mental de forma crônica e irreversível – CID-10.

Na espécie, foi diagnosticada que acomete o autor eclodiu, conforme se vê nos autos, durante o serviço militar, além do que, de acordo com o Estatuto dos Militares, vigente à época do licenciamento do autor, a referida doença é causa da incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, que poderá ensejar a reforma *ex officio* a qualquer tempo de serviço, além do que pode ensejar a impossibilidade total e permanente para qualquer trabalho.

*Do auxílio-invalidez*

Da análise detida da documentação juntada aos autos, verifica-se, também, que o autor preenche os requisitos constantes da Medida Provisória 2.215/2001, uma vez que restou provado que ele necessita de internação em instituição apropriada, bem assim de cuidados permanentes de enfermagem.

Nesse sentido, colaciono julgado desta Corte Regional, *litteris*:

ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. REFORMA. ALIENAÇÃO MENTAL. INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA QUAISQUER ATIVIDADES LABORATIVAS. LEI 5.774/71. AUXÍLIO-INVALIDEZ. LEI 5.787/72. CORREÇÃO MONETÁRIA. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO REJEITADA. MULTA DIÁRIA INDEVIDA.

Omissis.

5. Comprovada por perícia médica judicial a incapacidade total e permanente, bem como a necessidade de cuidados permanentes de enfermagem e assistência médico-hospitalar, o autor faz jus ao recebimento do auxílio-invalidez.

Omissis.

(TRF1. Numeração Única: 0015896-79.2004.4.01.0000; AC 2004.01.00. 023713-0/PA; Primeira Turma, Rel. Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (convocado), e-DJF1 de 09/12/2009, p. 40).

*Da reforma em graduação imediatamente superior*

Todavia, descabe falar em reforma em graduação imediatamente superior à ocupada pelo militar à época de seu licenciamento, porquanto para seu deferimento faz-se necessário abranger a incapacidade apresentada pelo militar, o exercício de toda e qualquer atividade e não somente a atividade militar.

Ademais, sua situação não se enquadra no rol elencado nos incisos I e II do art. 108 da Lei 6.880/1980, o qual alberga apenas o direito à reforma, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato, quando a incapacidade definitiva sobrevir em consequência de

*I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública; ou II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações [...].*

Nesse sentido, transcrevo os seguintes precedentes jurisprudenciais, *litteris*:

ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. CARDIOPATIA GRAVE. INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA O SERVIÇO MILITAR. REFORMA. LEI N. 6.880/80, ART. 108, INCISO III (ESTATUTO DO MILITAR).

1. Não estando comprovado nos autos por laudos médicos, perícia oficial e pronunciamento da própria Junta de Saúde Militar que a doença do Autor (cardiopatia grave) era preexistente à sua incorporação e que ela não necessita de ter relação direta com o desempenho do serviço militar, e comprovada, ainda, a sua incapacidade definitivamente para o serviço militar, o militar deve ser reformado e não licenciado do serviço ativo.

2. *A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que o militar, ainda que temporário, declarado incapaz para o serviço militar, tem direito à reforma ex officio no mesmo grau hierárquico que ocupava na ativa, por força do que dispõem os artigos 106, II e 108, III, c/c o art. 109 da Lei n. 6.880/80 (AgRg no REsp 1254227/RS, Min. Castro Meira).* [Destaque nosso.]

Omissis.

(TRF1. Numeração Única: 0000300-79.2000.4.01.3400; AC 2000.34.00. 000302-6/DF; Primeira Turma, Rel. Des. Federal Néviton Guedes, e-DJF1 de 11/10/2013, p. 564).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MILITAR TEMPORÁRIO. INCAPACIDADE. CARDIOPATIA GRAVE. ECLOSÃO DA DOENÇA DURANTE O SERVIÇO MILITAR. REFORMA.

O prévio acesso da via administrativa ou, ainda, o exaurimento da mesma, não constituem requisito para o ingresso no Poder Judiciário, face aos termos do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. A doença cardíaca grave eclodida durante o serviço da caserna está elencada entre as doenças caracterizadoras de incapacidade definitiva para o Serviço Militar (art. 108, V da Lei 6.880/80). Irrelevante o questionamento acerca da existência denexo causal entre a doença e o serviço militar, considerando tratar-se de moléstia incluída no rol de doenças que, pela natureza da enfermidade, gera incapacidade definitiva para o serviço do Exército. *Não se justifica a aplicação do art. 110, §1º, do Estatuto dos Militares, uma vez que a remuneração com base no posto hierárquico superior ao que ocupava, somente é devida aos militares inválidos para todo e qualquer trabalho.* Preliminares rejeitadas. Remessa oficial tida por determinada e apelação da União parcialmente providas.

(TRF3, AC 00048686420024036100, Primeira Turma, Rel. Des. Federal José Lunardelli, e-DJF3 Judicial 1 - DATA:26/03/2013 – destaque nosso).

#### *Da indenização por dano moral*

Considerando que o desligamento do autor, pela via da licença, fora equivocado, o que lhe suprimiu o direito de perceber o soldo que adviria da reforma, bem como que a sua incapacidade definitiva possui nexode causalidade com as atividades militares desenvolvidas, deve ser reconhecido ao autor o direito à indenização pelos danos morais daí decorrentes.

Daí porque, tendo em vista a natureza do dano causado, a finalidade pedagógico-punitiva da indenização, a vedação ao enriquecimento sem causa da vítima e a especificidade do caso quanto ao nexode causalidade entre a moléstia e o serviço, deve o valor da indenização pelos danos morais ser fixado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

#### *Consectários*

##### *Juros e correção monetária*

A correção monetária e os juros moratórios incidentes sobre as parcelas atrasadas, nas ações condenatórias, tanto em sede previdenciária quanto na seara administrativa, sendo o devedor a Fazenda Pública, devem observar as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21/12/2010, com as alterações aprovadas pelo Conselho da Justiça Federal, através da Resolução 267, de 02/12/2013, publicada no *DOU*, Seção I, pp. 110/112, em 10/12/2013.

Isso porque, conforme notícia veiculada no sítio do Conselho da Justiça Federal, em 26/11/2013, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 1º - F da Lei 11.960/2009, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, ao julgar a ADI 4.357/DF.

Assim sendo, a atualização monetária deve seguir as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal *ora em vigor*, pois que, de acordo com o decidido pela Corte Suprema, quando do julgamento do RE 559.445-AgR/PR, no qual foi relatora a Min. Ellen Gracie, a legislação que verse sobre correção monetária e juros de mora tem incidência imediata nos processos em curso.

Saliente-se que a correção monetária deve incidir sobre o débito previdenciário a partir do vencimento de cada prestação em atraso, não prescrita, conforme dispõem as Súmulas 148/STJ e 19/TRF 1ª Região.

Asserte-se, ainda, que, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

[...] a correção monetária e os juros de mora, enquanto consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública e podem ser analisados até mesmo de ofício, bastando que a matéria tenha sido debatida no Tribunal de origem. Logo, não há falar em reformatio in pejus [...] (STJ. EDcl no AgRg no AREsp 52739/RS, Segunda Turma, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 05/12/2013).

#### Honorários advocatícios

O Código de Processo Civil dispõe que, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, bem como a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 20, §§ 3º e 4º).

Daí porque, em atendimento ao disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e conforme reiterados precedentes desta Corte, fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

#### Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à apelação da União. Dou parcial provimento à remessa oficial para fixar como grau hierárquico o mesmo que o autor ocupava à época de seu desligamento do Exército brasileiro. E, dou parcial provimento à apelação da parte-autora para, condenar a União a lhe pagar o auxílio-invalidez, nos termos da MP 2.215/2001; majorar o valor fixado a título de danos morais para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); e fixar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

## Segunda Turma

### Apelação Cível 0011521-82.2011.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal Candido Moraes  
 Apelante: Luiz José Pinto  
 Advogados: Dra. Nívia Cardoso Guirra Santana e outros  
 Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
 Publicação: e-DJF1 de 10/07/2014, p. 175

## Ementa

*Administrativo. Previdenciário. Desaposentação. Utilização de tempo de contribuição em outro benefício. Possibilidade.*

I. A aposentadoria é direito patrimonial e disponível, sendo, portanto, passível de renúncia, podendo o titular contar o tempo de contribuição efetuada à Previdência após a primeira aposentadoria para fins de obtenção de novo benefício da mesma espécie, sem que tenha que devolver o que auferiu a esse título. Precedentes desta Corte e do colendo STJ.

II. Se ausente requerimento administrativo, o início da prestação remonta à citação, conforme entendimento firmado pela S1/STJ, em acórdão proferido no REsp 1369165/SP, DJe 07/03/2014, submetido ao rito do art. 543-C do CPC. Em todo caso, deverão ser deduzidos da nova aposentadoria concedida os valores pagos a título da aposentadoria anterior, nos meses em que coincidentes.

III. Correção monetária de acordo com os índices constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Juros de mora de 1% a.m até Lei 11.960/2009 a partir de quando serão reduzidos para 0,5% ao mês caso a taxa Selic ao ano seja superior a 8,5% ou 70% da taxa Selic ao ano, mensalizada, nos demais casos, segundo Lei 12.703/2012 e Manual de Cálculos da Justiça Federal. Contam-se da citação, para as parcelas eventualmente vencidas anteriormente a ela, e do respectivo vencimento, para as que lhe são posteriores.

IV. Honorários advocatícios fixados em 10% das prestações vencidas até a prolação deste acórdão (Súmula 111/STJ).

V. 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.

VI. Fica expressamente afastada a fixação prévia de multa, sanção esta que somente é aplicável na hipótese de efetivo descumprimento do comando relativo à implantação do benefício.

VII. Apelação provida: pedido procedente.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, *dar provimento* à apelação.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 02/07/2014.

Desembargador Federal *Candido Moraes*, relator.

## Relatório

*Exmo. Sr. Des. Federal Candido Moraes:* — Trata-se de apelação interposta pelo(a) autor contra sentença que julgou improcedente o pedido de desaposentação.

Sustenta o(a) apelante(a), em síntese, que pode renunciar à aposentadoria para aproveitar o tempo de serviço em uma nova aposentação, com renda inicial mais elevada, conforme entendimento jurisprudencial dominante.

É o relatório.

## Voto\*

*Exmo. Sr. Des. Federal Candido Moraes:* — Em se tratando de voto padronizado, apreciarei algumas preliminares usualmente arguidas, independentemente tenham sido suscitadas no caso particular.

*[Das preliminares]*

*Inadequação da via eleita.*

A petição inicial veio acompanhada com os documentos necessários à comprovação dos fatos alegados, não havendo que falar em inadequação da via eleita por necessidade de dilação probatória.

*Suspensão do Processo.*

Quanto ao pedido de suspensão do processo até o julgamento da matéria sob repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal, adoto o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não compete ao relator determinar o sobrestamento de processo em face de reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, pois

é providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto nos termos previstos no art. 543-B do Código de Processo Civil. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1304593/PR, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* de 11/05/2012).

*Decadência*

A preliminar de decadência tampouco prospera. Entende este TRF 1ª Região que, por não se tratar de revisão de benefício previdenciário, mas sim de renúncia e cancelamento de benefício anteriormente concedido pelo INSS, com o objetivo de concessão de novo benefício, mais favorável ao segurado, não há que falar em decadência (AMS 0044950-29.2010.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Ângela Catão, Primeira Turma, *e-DJF1* de 16/03/2012, p. 220).

*Prescrição*

Quanto à preliminar de prescrição, entendo que esta atinge, se o caso, as parcelas anteriores ao quinquênio que precede o ajuizamento da ação, na forma da Súmula 85/STJ. Todavia, como a concessão da nova aposentadoria se dá a partir do ajuizamento da ação, não há falar-se em prescrição.

*Falta de interesse de agir*

Por fim, também sem amparo a alegação de falta de interesse de agir, na medida em que a jurisprudência deste Tribunal é pacífica quanto à desnecessidade do requerimento administrativo para ajuizamento de ação postulando a concessão de benefício previdenciário, em sintonia com precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE545214 AgR/MG, Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, *DJe*-055, publicado em 26/03/2010; RE 549238 AgR/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma *Dje*-104, publicado em 05/05/2009), razão pela qual persisto nesta posição, ao menos até o julgamento do RE 631240 RG/MG, onde reconhecida a existência de repercussão geral (art. 543, B do CPC), e cuja questão central é a “previa postulação administrativa como

\*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado).



condição de postulação judicial relativa a benefício previdenciário”.

Rejeito, portanto, as preliminares acima.

[Do mérito]

No mérito, a jurisprudência desta Corte e do colendo STJ têm se posicionado de maneira favorável à pretensão da parte postulante, à consideração de ser a aposentadoria um direito patrimonial disponível, podendo o segurado a ele renunciar, para que o tempo de contribuição seja computado na concessão de outro benefício que lhe seja mais vantajoso, não sendo necessária a devolução das importâncias percebidas em razão da primeira aposentadoria.

Dessa forma é possível obter-se aposentadoria mais favorável, utilizando-se de tempo de serviço posterior à jubilação, com novo cálculo da renda mensal inicial.

A propósito, os seguintes precedentes:

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRELIMINAR REJEITADA. PRESCRIÇÃO. APOSENTADORIA. RENÚNCIA. CONCESSÃO DE NOVO BENEFÍCIO. CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO LABORADO APÓS A CONCESSÃO DO PRIMEIRO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL.

1. Insurgindo-se a parte impetrante contra o ato da autoridade impetrada que lhe negou a desaposentação, e trazendo aos autos provas que comprovem a liquidez do seu direito, rejeita-se a preliminar de inadequação da via eleita.

2. Não há que se falar em prescrição, pois ausente pedido de pagamento de parcelas anteriores à propositura da ação.

3. É possível a renúncia à aposentadoria para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, uma vez que a aposentadoria constitui direito patrimonial disponível. Precedentes do STJ e desta Corte (AGA 200901000657626, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA SIFUENTES, SEGUNDA TURMA, e-DJF1 DATA 09/09/2011, AGA 200901000670402, JUIZ MARCOS AUGUSTO DE SOUSA (CONV.), PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 DATA: 13/07/2010 e AGA 200901000568455, JUIZ RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA (CONV.), PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 DATA 01/06/2010).

4. O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o tema, firmou o entendimento de que 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, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos (RESP 1113682/SC, REL. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, REL. P/ ACÓRDÃO MINISTRO JORGE MUSSI,

QUINTA TURMA, JULGADO EM 23/02/2010, DJE 26/04/2010 e AGRG NO RESP 1.107.638/PR, QUINTA TURMA, RELATORA MINISTRA LAURITA VAZ, DJE DE 25/05/2009).

5. Assim, é devida a concessão de novo benefício, cujo termo inicial deve ser fixado a partir da data do requerimento administrativo, mas com efeitos financeiros a partir da impetração, nos termos da Súmula n. 271 do STF, e os critérios de cálculo devem observar a legislação vigente à data do novo benefício, compensadas as parcelas recebidas administrativamente, desde então, em decorrência da primeira aposentadoria.

6. Apelação da impetrante parcialmente provida, nos termos do item 4.

7. Apelação do INSS e remessa oficial desprovidas.

(TRF/1ª Região. AMS 0027676-86.2009.4.01.3800/MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE ASSIS BETTI, Rel. Conv. JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), 2ª TURMA, e-DJF1 p.467 de 16/11/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA. RENÚNCIA PARA APROVEITAMENTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS. INCABÍVEL.

A renúncia à aposentadoria para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, uma vez que constitui um direito patrimonial disponível, é admissível, não implicando o seu exercício em devolução dos valores percebidos durante a aposentadoria, haja vista que enquanto o segurado esteve nesta condição fazia jus ao benefício.

Precedentes desta Corte e do STJ.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(TRF/1ª Região, AGA 0064204-73.2009.4.01.0000/BA, Rel. Conv. Juiz Marcos Augusto de Sousa, e-DJF1 de 13/07/2010)

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. RENÚNCIA. NOVO BENEFÍCIO.

I. O benefício da aposentadoria é um direito patrimonial disponível, portanto, renunciável.

II. O segurado tem o direito de renunciar à aposentadoria, se pretende voltar a contribuir para a previdência social para, no futuro, formular novo pedido de aposentadoria que lhe seja mais vantajoso.

III. Agravo regimental a que se nega provimento.

(TRF/1ª Região, AGA 0055737-08.2009.4.01.0000/MG, Rel. Conv. Juiz Rodrigo Navarro de Oliveira, e-DJF1 de 01/06/2010)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DO EXCELSO PRETÓRIO. APOSENTADORIA. DIREITO

PATRIMONIAL DISPONÍVEL. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

[...]

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se firmado no sentido de que é plenamente possível a renúncia à aposentadoria, por constituir direito patrimonial disponível.

3. *Agravo regimental a que se nega provimento.*

(STJ, AgRg no REsp 1.055.431/SC, Sexta Turma, Relator Ministro Og Fernandes, DJe de 09/11/2009)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. EFEITOS EX TUNC DA RENÚNCIA À APOSENTADORIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, por ser ela um direito patrimonial disponível. Sendo assim, se o segurado pode renunciar à aposentadoria, no caso de ser indevida a acumulação, inexistente fundamento jurídico para o indeferimento da renúncia quando ela constituir uma própria liberalidade do aposentado. Nesta hipótese, revela-se cabível a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência. Caso contrário, o tempo trabalhado não seria computado em nenhum dos regimes, o que constituiria uma flagrante injustiça aos direitos do trabalhador.

2. O ato de renunciar ao benefício, conforme também já decidido por esta Corte, tem efeitos ex tunc e não implica a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Inexistindo a aludida inativação onerosa aos cofres públicos e estando a decisão monocrática devidamente fundamentada na jurisprudência desta Corte, o improvido do recurso é de rigor.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ-AgRg no REsp 328.101/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 20/10/2008)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. EFEITOS EX TUNC. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. CONTAGEM RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO DA AUTARQUIA.

1. É firme a compreensão desta Corte de que a aposentadoria, direito patrimonial disponível,

pode ser objeto de renúncia, revelando-se possível, nesses casos, a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência.

2. Com efeito, havendo a renúncia da aposentadoria, inexistirá a vedação legal do inciso III do art. 96 da Lei 8.213/1991, segundo o qual “não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro”, uma vez que o benefício anterior deixará de existir no mundo jurídico, liberando o tempo de serviço ou de contribuição para ser contado em novo benefício.

3. No ponto da renúncia, resalto que a matéria está preclusa, dado que a autarquia deixou de recorrer. O cerne da controvérsia está na obrigatoriedade, ou não, da restituição dos valores recebidos em virtude do benefício que se busca renunciar.

4. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício tem efeitos ex nunc e não envolve a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto aposentado, o segurado fez jus aos proventos.

[...]

8. Recurso especial provido.

(STJ-REsp 557.231/RS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 16/06/2008).

#### *No que é acessório*

a) Havendo prévia postulação administrativa, à data correlata corresponde o termo inicial do benefício, hipótese que se afasta, todavia, quando o segurado tiver requerido a data do indeferimento administrativo do benefício (na hipótese de prévia postulação), como marco temporal inicial da prestação. Na ausência do requerimento administrativo, evoluindo posicionamento anteriormente adotado, tenho que o início da prestação remonta à citação, conforme entendimento firmado pela S1/STJ, em acórdão proferido no REsp 1369165/SP, DJe 07/03/2014 – julgado submetido ao rito do art. 543-C do CPC.

*Registra-se que o recálculo da nova RMI será realizado pelo próprio INSS quando do eventual cumprimento da sentença, observando-se a legislação previdenciária em vigor na data da concessão do novo benefício [...]* (AMS 0060510-74.2011.4.01.3800/MG, rel. Juiz Federal Cleber José Rocha [Conv.], T2/TRF1, e-DJF1 de 16/09/2013).

Deverão ser deduzidos da nova aposentadoria concedida, os valores pagos a título da aposentadoria anterior, nos meses em que coincidentes.

Em qualquer das hipóteses supra, será observada a prescrição quinzenal na forma da Súmula 85 do STJ.

b) 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.

c) Em questões de índole previdenciária, os juros de mora são devidos a partir da citação, em relação às parcelas a ela anteriores, e de cada vencimento, quanto às subseqüentes, no percentual de 1% a.m até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir de quando serão reduzidos para 0,5% ao mês, caso a taxa Selic ao ano seja superior a 8,5% ou 70% da taxa Selic ao ano, mensalizada, nos demais casos, segundo a Lei 12.703/2012 e Manual de Cálculos da Justiça Federal.

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.

d) Honorários advocatícios fixados em 10% das prestações vencidas até a prolação deste acórdão (Súmula 111/STJ).

Tal parcela é devida igualmente nos feitos em que não houve prévia postulação administrativa, tendo em vista que o INSS não requereu a suspensão do feito para, administrativamente, analisar a prevalência do pedido formulado, optando a autarquia por dar continuidade ao processo judicial em seus ulteriores termos.

e) Em se tratando de causas ajuizadas perante a Justiça Federal, o INSS está isento de custas (inclusive despesas com oficial de justiça) por força do art. 4º, inciso I, da Lei 9.289/1996. A isenção se repete nos estados onde houver lei estadual assim prescrevendo,

a exemplo do Acre, Tocantins, Minas Gerais, Goiás, Rondônia, Mato Grosso e Piauí.

*Também em relação a esses últimos tópicos (correção, juros, honorários e custas) se aplica a observação (letra a) quanto à questão do termo inicial do benefício.*

f) 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>

Assim, na hipótese de não ter sido ainda implantado o benefício, deve o INSS adotar tal providência no prazo de 30 dias contados de sua intimação do presente comando.

De todo modo, fica expressamente afastada a fixação prévia de multa, sanção esta que somente é aplicável na hipótese de efetivo descumprimento do comando relativo à implantação do benefício.

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação para, reformando a sentença monocrática, determinar ao INSS que proceda ao cancelamento do atual benefício previdenciário de aposentadoria do autor e lhe conceda novo benefício, com a contagem dos novos tempos de serviços da parte impetrante, determinado, ainda, que, no cumprimento do julgado, sejam observadas estipulações dos itens *a a f* supra.

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: 0001654-12.2004.4.01.3300

Apelação Cível 2004.33.00.001654-7/BA

Relator: Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado)  
 Apelante: Delmiralice Souza Correia  
 Advogados: Dra. Fernanda Teixeira de Almeida e outro  
 Apelante: União Federal  
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
 Apelados: os mesmos  
 Remetente: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Ilhéus/BA  
 Publicação: e-DJF1 de 08/08/2014 p.

## EMENTA

*Administrativo e Constitucional. Correção da autuação. Sentença ilícida. Remessa oficial. Cabimento. Prescrição. Inexistência. Integrante da Marinha Mercante. Viagens em zonas passíveis de ataques por submarinos. Ex-combatente. Pensão especial. Custas e honorários de advogado. Assistência judiciária.*

I. Tendo em vista que, regularmente recebido pelo juízo de origem, o recurso de apelação interposto pela ré não consta da etiqueta que identifica o processo, determina-se, preliminarmente, que se faça a correção da autuação.

II. Ainda em preliminar, sendo a sentença ilícida, cabível, também, a remessa oficial, não se aplicando o § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil, conforme entendimento consolidado nesta Corte e no Superior Tribunal de Justiça. 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.

III. Contrariamente ao entendimento da União Federal, não vinga a prescrição do fundo do direito no caso, vez que, estando em causa relação jurídica de trato sucessivo em face da Fazenda Pública, a prejudicial referida não alcança o direito, tão somente as parcelas devidas até 5 (cinco) anos antes do ajuizamento da ação, nos termos da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça e dos arts. 1º e 3º do Decreto 20.910, de 26/01/1932, razão pela qual afasta-se a prescrição alegada.

IV. A autora, na inicial, afirma que “é filha do Ex-Combatente, Sr. Felisberto Marcos Correia (doc. Anexo – Certidão Declaratória), falecido em 26/08/1985, prova a Certidão de Óbito (doc. anexo). De igual modo, em 05/09/2001 verificou-se o falecimento da genitora (viúva/Sr. Felisberto) da demandante. A partir daí, a legitimidade *ativa* para postular o direito à *Pensão Especial*, para os demais beneficiários, consoante à Lei de Pensões Militares (3.765/1960), na forma do art. 9º, § 3º, está assegurado *in casu* à filha, ora demandante” (fl. 04), motivo pelo qual, tendo direito, por reversão, ao benefício de pensão especial estabelecido nas Leis 3.765/1960 e 4.242/1963, assim como no art. 53, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, requer a condenação da ré à implantação, em favor da demandante, da pensão vindicada. (Grifos e destaques do original.)

V. O Superior Tribunal de Justiça orientou-se no sentido de reconhecer como ex-combatentes, além dos que atendam aos requisitos exigidos pelo art. 1º da Lei 5.315/1967, também os integrantes da Marinha Mercante que tenham realizado, pelo menos, duas viagens em zonas passíveis de ataques por submarinos entre 22/03/1941 e 08/05/1945, conforme disposto no art. 2º da Lei 5.698/1971.

VI. Entretanto, embora reconhecidos como ex-combatentes os integrantes da Marinha Mercante na condição descrita, não significa, como pode parecer à primeira vista, que a Corte Superior em comento lhes reconhece, indiscriminadamente, o direito à obtenção da correspondente pensão especial, impondo, para esse fim, a averiguação da situação de cada um deles diante das várias leis que se sucederam na regência da matéria, vez que o direito à pensão por morte só surge com o óbito do instituidor da pensão, em cujo momento é que deverão ser analisadas as condições legais para a sua concessão, e, no caso específico de ex-combatente, em se tratando “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 21.707-3/DF, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, maioria, DJ de 22/09/1995.)

VII. Assim, morto Felisberto Marcos Correia, marinheiro da Marinha Mercante, em 26/08/1985, sob a vigência das Leis 3.765/1960 e 4.242/1963, não se lhe pode aplicar o conceito ampliado de ex-combatente estabelecido na Lei 5.315/1967, nem reconhecer o direito à pensão especial cuja implantação, por reversão, pede a autora. De igual forma, não se pode aplicar à espécie o disposto no art. 53 do ADCT/1988, ante o princípio da irretroatividade das leis. Precedentes: AgRg no REsp 1337186/PE, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/03/2013, DJe 14/03/2013; REsp 1.371.183/RN, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 10/06/2013; AgRg no AREsp 314.160/RN, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 10/05/2013.

VIII. Embora a Lei 3.765/1960, que dispõe sobre pensão de militares, de caráter geral e aplicação subsidiária à espécie, considerasse, como dependente, também filhos maiores de 21 (vinte e um) anos, de qualquer condição, o art. 30 da Lei 4.242/1963, que institui a pensão especial de ex-combatente pleiteada, trouxe requisito específico — prova de que os ex-combatentes encontravam-se “incapacitados, sem poder prover os próprios meios de subsistência”, e que não percebiam “qualquer importância dos cofres públicos” —, o que acentua a natureza

assistencial do benefício em questão. E esse requisito deve ser preenchido não apenas pelo ex-combatente, mas também por seus dependentes.

IX. No caso, a autora não produziu prova do cumprimento do aludido requisito.

X. Condenação da autora ao pagamento das custas do processo e dos honorários do advogado do réu, que estabeleço em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, ficando suspensa a exigibilidade da verba de sucumbência nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950, por ser beneficiária da assistência judiciária.

XI. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento.

XII. Recurso da autora prejudicado.

## Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento à apelação da ré e à remessa oficial, ficando prejudicado o recurso da autora.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 11/06/2014.

Juiz Federal *Henrique Gouveia da Cunha*, relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Henrique Gouveia da Cunha*: — Cuida-se de ação, pelo rito ordinário, ajuizada por *Delmiralice Souza Correia* contra a *União Federal*, objetivando a implantação, por reversão, do benefício de pensão especial estabelecido nas Leis 3.765/1960 e 4.242/1963, assim como no art. 53, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao argumento de que, sendo filha do ex-combatente *Felisberto Marcos Correia*, falecido em 26/08/1985, faz jus à obtenção do aludido benefício.

Citada a ré, oferecida e acolhida exceção de incompetência, determinada, em razão disso, a remessa dos autos ao Juízo Federal da Subseção Judiciária de Ilhéus, o juiz federal em exercício naquele juízo, ratificando os atos anteriormente praticados, entre os quais a contestação, julgou procedente, em parte, o pedido para determinar à União Federal que implante o benefício pretendido, condenando-a ao pagamento de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação a título de honorários de advogado e das prestações vencidas, à exceção das que prescreveram no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, corrigidas monetariamente desde o vencimento de cada parcela, em conformidade com o manual de orientação e procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, e acrescidas de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês a partir da citação.

Inconformadas, ambas as partes recorreram da sentença. A autora, por não concordar com o percentual de honorários de advogado, pretendendo sua majoração para, no mínimo, 10% (dez por cento); a ré, alegando a prescrição quinquenal do próprio fundo do direito, a inexistência da condição de ex-combatente e de amparo legal à pretensão na data do óbito do instituidor

da pensão e a impossibilidade de transferência do benefício para filhas maiores de 21 (vinte e um) anos. Aduz, por fim, que, não requerido administrativamente o benefício, os efeitos financeiros da sentença devem ter como termo inicial a data do ajuizamento da ação.

Na espécie, apenas a ré apresentou cortarrrazões.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Henrique Gouveia da Cunha*: — Tendo em vista que, regularmente recebido pelo juízo de origem, o recurso de apelação interposto pela ré não consta da etiqueta que identifica o processo, determino, preliminarmente, que se faça a correção da autuação.

Ainda em preliminar, sendo a sentença ilíquida, cabível, também, a remessa oficial, não se aplicando o § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil, conforme entendimento consolidado nesta Corte e no Superior Tribunal de Justiça. 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.

## Da prescrição

Contrariamente ao entendimento da *União Federal*, não vinga a prescrição do fundo do direito no caso, vez que, estando em causa relação jurídica

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Candido Moraes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).



de trato sucessivo em face da Fazenda Pública, a prejudicial referida não alcança o direito, *tão somente* as parcelas devidas até 5 (cinco) anos antes do ajuizamento da ação, nos termos da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça e dos arts. 1º e 3º do Decreto 20.910, de 26/01/1932, razão pela qual afasto a prescrição alegada.

### Do mérito propriamente dito

A autora, na inicial, afirma que

[...] é filha do Ex-Combatente, Sr. Felisberto Marcos Correia (doc. Anexo – Certidão Declaratória), falecido em 26/08/1985, prova a Certidão de Óbito (doc. anexo). De igual modo, em 05/09/2001 verificou-se o falecimento da genitora (viúva/Sr. Felisberto) da demandante. A partir daí, a legitimidade ativa para postular o direito à pensão especial, para os demais beneficiários, consoante à Lei de Pensões Militares (3.765/1960), na forma do art. 9º, § 3º, está assegurado *in casu* à filha, ora demandante [...] (fl. 04),

motivo pelo qual, tendo direito, por reversão, ao benefício de pensão especial estabelecido nas Leis 3.765/1960 e 4.242/1963, assim como no art. 53, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, requer a condenação da ré à implantação, em favor da demandante, da pensão vindicada. (Grifos e destaques do original.)

Verifica-se, pelo exame dos autos, que a certidão à fl. 24, emitida no Rio de Janeiro em 30/09/1980 pelo Ministério da Marinha/Diretoria de Portos e Costas, certifica que o

[...] Sr. Felisberto Marcos Correia, inscrito na Delegacia da Capitania dos Portos do Estado da Bahia em Ilhéus sob o nº 31437 na Categoria de Mestre de Pequena Cabotagem é ex-combatente conforme definido pelo Art. 2º da Lei 5.698 de 31/08/1971, e apenas para os efeitos exclusivos desta Lei, por haver, de acordo com os Arquivos desta Diretoria, embarcado como tripulante nas embarcações brasileiras: barça *Auxiliadora* no período de 23/06/1941 a 29/07/1941 quando fez mais de duas viagens em zonas de ataques submarinos, no período considerado pela referida Lei. (Grifo do original.)

Questiona a *União Federal* a condição de ex-combatente do pai da autora ao argumento de que vigorava, em 26/08/1985, data do seu óbito, a Lei 5.698/1971, que revogara a Lei 1.756/1952, não sendo aplicáveis ao caso as Leis 3.765/1960 e 4.242/1963, nem o art. 53, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, redigido nos termos seguintes, *verbis*:

Art. 53 - Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

I - aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade;

II - pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção;

III - em caso de morte, pensão à viúva ou companheira ou dependente, de forma proporcional, de valor igual à do inciso anterior;

IV - assistência médica, hospitalar e educacional gratuita, extensiva aos dependentes;

V - aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo, em qualquer regime jurídico;

VI - prioridade na aquisição da casa própria, para os que não a possuam ou para suas viúvas ou companheiras.

Parágrafo único - A concessão da pensão especial do inciso II substitui, para todos os efeitos legais, qualquer outra pensão já concedida ao ex-combatente.

De outro lado, a definição de ex-combatente dada pela Lei 5.698/1971 revela-se nestes termos, *verbis*:

Art. 2º Considera-se ex-combatente, para os efeitos desta Lei, o definido como tal na , bem como o integrante da Marinha Mercante Nacional que, entre 22 de março de 1941 e 8 de maio de 1945, tenha participado de pelo menos duas viagens em zona de ataques submarinos. (Grifei.)

Os efeitos que esta lei aponta estão descritos na redação seguinte:

Art. 1º O ex-combatente segurado da previdência social e seus dependentes terão direito às prestações previdenciárias, concedidas, mantidas e reajustadas de conformidade com o regime geral da legislação orgânica da previdência social, salvo quanto:

I - Ao tempo de serviço para aquisição de direito à aposentadoria por tempo de serviço ou abono de permanência em serviço, que será de 25 (vinte e cinco) anos;

II - À renda mensal do auxílio-doença e da aposentadoria de qualquer espécie, que será igual a 100% (cem por cento) do salário de benefício, definido e delimitado na legislação comum da previdência social.

Parágrafo único. Será computado como tempo de serviço, para os efeitos desta Lei, o período de serviço militar prestado durante a guerra de 1939 a 1945.

Por sua vez, a Lei 5.315/1967 invocada no art. 2º da Lei 5.698/1971, acima transcrito, assim dispôs sobre a questão discutida, *verbis*:

*Art. 1º Considera-se ex-combatente, para efeito da aplicação do artigo 178 da Constituição do Brasil, todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante, e que, no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente.*

*§ 1º A prova da participação efetiva em operações bélicas será fornecida ao interessado pelos Ministérios Militares.*

*§ 2º Além da fornecida pelos Ministérios Militares, constituem, também, dados de informação para fazer prova de ter tomado parte efetiva em operações bélicas:*

*a) no Exército:*

*I - o diploma da Medalha de Campanha ou o certificado de ter serviço no Teatro de Operações da Itália, para o componente da Força Expedicionária Brasileira;*

*II - o certificado de que tenha participado efetivamente em missões de vigilância e segurança do litoral, como integrante da guarnição de ilhas oceânicas ou de unidades que se deslocaram de suas sedes para o cumprimento daquelas missões.*

*b) na Aeronáutica:*

*I - o diploma da Medalha de Campanha da Itália, para o seu portador, ou o diploma da Cruz de Aviação, para os tripulantes de aeronaves engajados em missões de patrulha;*

*c) na Marinha de Guerra e Marinha Mercante:*

*I - o diploma de uma das Medalhas Navais do Mérito de Guerra, para o seu portador, desde que tenha sido tripulante de navio de guerra ou mercante, atacados por inimigos ou destruídos por acidente, ou que tenha participado de comboio de transporte de tropas ou de abastecimentos, ou de missões de patrulha;*

*II - o diploma da Medalha de Campanha de Força Expedicionária Brasileira;*

*III - o certificado de que tenha participado efetivamente em missões de vigilância e segurança como integrante da guarnição de ilhas oceânicas;*

*IV - o certificado de ter participado das operações especificadas nos itens I e II, alínea c, § 2º, do presente artigo;*

*d) certidão fornecida pelo respectivo Ministério Militar ao ex-combatente integrante de tropa*

*transportada em navios escoltados por navios de guerra.*

*§ 3º A prova de ter servido em Zona de Guerra não autoriza o gozo das vantagens previstas nesta Lei, ressalvado o preceituado no art. 177, § 1º, da Constituição do Brasil de 1967, e o disposto no § 2º do art. 1º desta Lei. (Grifei.)*

O Superior Tribunal de Justiça orientou-se no sentido de reconhecer como ex-combatentes, além dos que atendam aos requisitos exigidos pelo art. 1º da Lei 5.315/1967, também os integrantes da Marinha Mercante que tenham realizado, pelo menos, duas viagens em zonas passíveis de ataques por submarinos entre 22/03/1941 e 08/05/1945, conforme disposto no art. 2º da Lei 5.698/1971, do que são exemplos estas ementas:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. INTEGRANTE DA MARINHA MERCANTE QUE FEZ AO MENOS DUAS VIAGENS EM ZONA DE POSSÍVEIS ATAQUES SUBMARINOS. LEIS 5.315/67 E 5.698/71. PENSÃO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 53, II do ADCT garantiu aos ex-combatentes brasileiros que tenham participado da 2.ª Guerra Mundial uma pensão especial, com regime próprio e mantida pela União Federal (Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica).

2. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é a de que também são considerados ex-combatentes, além daqueles que preenchem os requisitos previstos no art. 1.º da Lei 5.315/67, aqueles que, nos termos do art. 2.º, § 2.º da Lei 5.698/71, realizaram pelo menos duas viagens em zonas de possíveis ataques submarinos na condição de integrantes da Marinha Mercante, durante a Segunda Guerra Mundial.

3. *In casu*, tendo o Tribunal de origem consignado que a certidão fornecida pelo Ministério da Marinha Mercante atesta que o falecido esposo da recorrida fez mais de duas viagens em zonas de possível ataque de submarinos, a recorrida faz jus ao benefício.

4. *Agravo Regimental da União desprovido.* (AgRg no AREsp n.º 200.299/PE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 08.5.2014.) (Grifei.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. PENSÃO. MARINHA MERCANTE. DUAS VIAGENS EM ZONAS DE ATAQUE DE SUBMARINOS. PORTE DA EMBARCAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. REEXAME DE PROVA PELA DECISÃO AGRAVADA. NÃO OCORRÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS PARA O JULGAMENTO DE QUESTÕES NÃO APRECIADAS NA ORIGEM.

1. *A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que a pensão especial de ex-combatente, conforme disposto no art. 53, inc. II, do ADCT, é devida, também, aos integrantes da Marinha Mercante que tenham participado de, no mínimo, duas viagens em zonas de ataques submarinos, independentemente do porte e da natureza da embarcação utilizada.*

2. Colhe-se do acórdão (e-fl. 81) que “o ex-esposo da apelante teve sua participação no conflito narrado na inicial apenas como tripulante da barcaça “CECY”, a qual, no intervalo de 16/4/45 a 11/6/45, fez mais de duas viagens em zonas de ataque e submarinos.

3. Dessa forma, apenas com o que foi decidido na origem - o que afasta a alegação de reexame de prova pela decisão agravada -, dessume-se que o aresto recorrido não está em perfeita consonância com a jurisprudência dominante do STJ, razão pela qual mereceu reforma.

4. O acolhimento da tese recursal não esgota completamente o julgamento da lide. Resta sem decisão tema que não foi objeto de julgamento na origem, qual seja, a impossibilidade de cumulação da pensão do art. 53, II, da ADCT com a pensão especial de ex-combatente paga pelo INSS.

5. Esse ponto foi fundamento da sentença primeva e foi objeto de manifestação da União tanto nas contrarrazões de apelação e recurso especial, quanto nos recursos internos manejados no STJ, razão pela qual foi determinado o necessário retorno dos autos à origem para continuidade do julgamento.

6. *Agravos regimentais aos quais se nega provimento.* (AgRg nos EDcl no AREsp n.º 306.689/RN, rel. Min. OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe de 03.02.2014.) (Grifei.)

Entretanto, embora reconhecidos como ex-combatentes os integrantes da Marinha Mercante na condição descrita, não significa, como pode parecer à primeira vista, que a Corte Superior em comento lhes reconhece, indiscriminadamente, o direito à obtenção da correspondente pensão especial, impondo-se, para esse fim, a averiguação da situação de cada um deles diante das várias leis que se sucederam na regência da matéria, vez que o direito à pensão por morte só surge com o óbito do instituidor da pensão, em cujo momento é que deverão ser analisadas as condições legais para a sua concessão, e, no caso específico de ex-combatente, em se tratando

[...] 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: AI-AgR 499.377/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, STF, Segunda Turma, DJ 03/02/2006; Plenário, MS 21.707-3/DF,

rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, maioria, DJ de 22/09/1995).

Considero pertinente colacionar os fundamentos do voto proferido pelo Min. Humberto Martins, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no REsp 1337186/PE, os quais se aplicam à espécie:

Uma sucessão de leis dispuseram sobre a matéria e muitas vezes tem gerado confusão na sua aplicação e interpretação. É preciso esclarecer que existem diversas pensões especiais, criadas por leis distintas ao longo dos anos, e cada uma tem valor e requisitos próprios. Não se trata, assim, de benefício único, mas de pensões diversas que, como dito, não podem ser acumuladas.

Em relação à Segunda Guerra Mundial, três diplomas constituem o cerne da questão referente à pensão especial de ex-combatente: art. 30 da Lei 4.242/1963; Lei 6.592/1978 e art. 53 do ADCT-1988.

A lei que efetivamente instituiu a primeira pensão especial aos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial foi a Lei n. 4.242/1963, com requisitos bastante restritos e cujo valor era o mesmo da pensão militar deixada por segundo-sargento.

Nos termos do art. 30 da Lei n. 4.242/1963, são requisitos para o pagamento da pensão especial de ex-combatente: 1) ser o ex-militar integrante da FEB, da FAB ou da Marinha; 2) ter efetivamente participado de operações de guerra; 3) encontrar-se o ex-militar, ou seus dependentes, incapacitados, sem poder prover os próprios meios de subsistência; e 4) não perceber qualquer importância dos cofres públicos. Tais requisitos também devem ser exigidos dos dependentes do ex-combatente que venham requerer a reversão.

A Lei n. 4.242/1963 remeteu o aplicador à Lei n. 3.765/1960, exclusivamente, para três finalidades, quais sejam: a) fixar o valor da pensão (igual à deixada por segundo-sargento); b) estabelecer a forma de reajuste da pensão (art. 30); c) estabelecer o órgão concedente e o controle do Tribunal de Contas (art. 31).

Em 12.9.1967 foi editada a Lei n. 5.315, que ampliou o conceito ex-combatente para incluir, além dos integrantes da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira e da Marinha de Guerra, os integrantes da Marinha Mercante do Brasil que tenham participado efetivamente de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, bem como aqueles que tenham participado efetivamente em missões de vigilância e segurança do litoral brasileiro, missões de patrulha, transporte de tropas ou de abastecimentos.

Tal legislação apenas tinha aplicação para os benefícios instituídos pela Constituição da República de 1967, que não previu qualquer tipo de pensão especial.

Não podendo, assim, ser aplicado este conceito ampliado de ex-combatente aos casos específicos abrangidos pela Lei n. 4.242/1963.

Posteriormente, a Lei n. 6.592/1978 criou uma nova pensão especial aos ex-combatentes no valor de duas vezes e meia o maior salário-mínimo. Esta é uma nova pensão que não coincide com aquela criada pelo art. 30 da Lei n. 4.242/1963, pois os requisitos não são os mesmos.

Com efeito, a Lei n. 6.592/1978 utilizou-se do conceito ampliado trazido pela Lei n. 5.315/1967. Este benefício criado em valor menor do que aquele estabelecido pela Lei n. 4.242/1963 (soldo de segundo-sargento) era, originalmente, intransmissível e inacumulável (art. 2º); vale dizer, não poderia ser recebido pelos dependentes ou sucessores em caso de morte do ex-combatente.

A intransmissibilidade da pensão especial criada pela Lei n. 6.592/1978 perdurou até a edição da Lei n. 7.424/1985. Esta lei, embora tenha mantido a inacumulabilidade, previu a possibilidade de transmissão do benefício, no caso de morte do ex-combatente, à viúva e aos filhos menores de qualquer condição ou interditos ou inválidos, os quais devem provar que viviam sob a dependência econômica e sob o mesmo teto do ex-combatente, e que não recebem remuneração.

Por fim, o ADCT-1988, no art. 53, criou uma terceira pensão especial aos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial, no valor ampliado do soldo de segundo-tenente, autorizando a acumulação com benefício previdenciário.

Todavia, quanto à transmissão da pensão especial, nada inovou, mantendo os mesmos moldes da legislação então vigente, qual seja, a Lei n. 7.424/1985.

A Lei n. 8.059/1990 veio regulamentar o art. 53 do ADCT-1988. No que se refere à transmissão da pensão especial, por ocasião da morte do ex-combatente, esta lei inovou unicamente no sentido de incluir o pai e a mãe, inválidos, e o irmão e a irmã, solteiros, menores de 21 anos ou inválidos, mantendo, contudo, a exigência de comprovação da dependência econômica de qualquer deles.

Feito este histórico, vale destacar que a presente demanda está a discutir o direito de reversão de pensão especial de ex-combatente que vinha sendo percebida pela viúva, em benefício da filha maior de idade, instituto jurídico diverso da pensão previdenciária por morte de ex-combatente previsto na Lei n. 5.698/1971.

Assim, no caso dos autos, o benefício deve ser regido pelas Leis n. 4.242/1963 e 3.765/1960, já que o falecimento do militar ocorreu em 11.6.1986, conforme certidão de óbito (fl. 23, e-STJ).

Ressalta-se, também, que o benefício conferido às filhas de ex-combatente, estabelecido pelo art. 30 da Lei n. 4.242/1963, que estipula pensão igual à de segundo-sargento, contida no art. 26 da Lei n. 3.675/1960, não se confunde com

a pensão especial devida a ex-combatentes com o advento da Carta Magna de 1988, prevista no art. 53, II, do ADCT, inaplicável no caso, ante o princípio da irretroatividade das leis.

Nos termos do art. 30 da Lei n. 4.242/1963, como já dito, são requisitos para o pagamento da pensão especial de ex-combatente: 1) ser o ex-militar integrante da FEB, da FAB ou da Marinha; 2) ter efetivamente participado de operações de guerra; 3) encontrar-se o ex-militar, ou seus dependentes, incapacitados, sem poder prover os próprios meios de subsistência; e 4) não perceber qualquer importância dos cofres públicos.

Tais requisitos estendem-se também aos dependentes, que devem provar o preenchimento.

[...] (realces em negrito acrescidos)

Na presente demanda, discute-se o direito de reversão de pensão especial de ex-combatente que vinha sendo percebida pela viúva, em benefício da filha maior de idade, instituto jurídico diverso da pensão previdenciária por morte de ex-combatente previsto na Lei 5.698/1971.

Assim, morto Felisberto Marcos Correia, marinheiro da Marinha Mercante, em 26/08/1985, sob a vigência das Leis 3.765/1960 e 4.242/1963, não se lhe pode aplicar o conceito ampliado de ex-combatente estabelecido na Lei 5.315/1967, nem reconhecer o direito à pensão especial cuja implantação, por reversão, pede a autora. De igual forma, não se pode aplicar à espécie o disposto no art. 53 do ADCT/1988, ante o princípio da irretroatividade das leis.

Saliento, nessa esteira, a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EX-COMBATENTE. PENSÃO ESPECIAL. FALECIMENTO DO INSTITUIDOR, ANTERIOR À CF/88. REVERSÃO A FILHA MAIOR, CAPAZ E SEPARADA. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 30 DA LEI N. 4.242/1963. SÚMULA 7/STJ.

1. É firme a jurisprudência no sentido de que o direito a pensão de ex-combatente deve ser regido pela lei vigente à época do falecimento deste. Precedentes.

2. No caso concreto, o pai da agravante faleceu aos 11.6.1986, na vigência das Leis ns. 3.765/1960 e 4.242/1963. Portanto, não é possível aplicar o art. 53 do ADCT/1988, ante o princípio da irretroatividade das leis.

3. Embora a Lei n. 3.765/1960, que dispõe sobre pensão de militares, de caráter geral e aplicação subsidiária, considerasse como dependentes também as filhas maiores de 21 anos, de qualquer condição, o art. 30 da Lei n. 4.242/1963, que institui a pensão especial de ex-combatente pleiteada, trouxe um requisito específico, qual seja:



prova de que os ex-combatentes encontravam-se “incapacitados, sem poder prover os próprios meios de subsistência”, e que não percebiam “qualquer importância dos cofres públicos”; o qual deverá ser preenchido não apenas pelo ex-combatente, mas também por seus dependentes.

4. *Se o acórdão a quo* não reconhece o preenchimento dos requisitos legais, incabível em sede de recurso especial reexaminar tais circunstâncias fático-probatórias. Aplicação da súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1337186/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 14/03/2013)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FILHA MAIOR. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE. MARINHA MERCANTE. VIAGENS A ZONAS DE ATAQUES SUBMARINOS. LEGISLAÇÃO VIGENTE AO TEMPO DO ÓBITO DO INSTITUIDOR. LEI N. 4.242/1963. REQUISITOS. AFASTAMENTO DA LEI N. 5.315/1967. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA.

1. É firme a jurisprudência no sentido de que o direito à pensão de ex-combatente deve ser regido pela lei vigente à época de seu falecimento. Precedentes.

2. No caso concreto, o pai da recorrente faleceu na vigência das Leis ns. 3.765/1960 e 4.242/1963. Assim, não é possível aplicar o conceito ampliado de ex-combatente previsto na Lei n. 5.315/1967 que apenas tinha aplicação para os benefícios instituídos pela Constituição da República de 1967, e não previu qualquer tipo de pensão especial.

3. A jurisprudência do STJ reconhece como ex-combatentes os marinheiros da marinha mercante que realizaram duas ou mais viagens em zonas de ataques submarinos durante a segunda guerra mundial, independentemente da natureza ou tamanho da embarcação, apenas para efeito das pensões especiais previstas nas Leis ns. 6.592/1978, 7.424/1985, ADCT/1988 e Lei n. 8.059/1990, que são posteriores à Lei n. 5.315/1967, ou expressamente previram esta possibilidade.

4. *Se o pai da recorrente, ao tempo de seu óbito, não faria jus à pensão especial de ex-combatente prevista no art. 30 da Lei 4.242/1963, por conseguinte, sua filha não tem direito ao referido benefício.*

5. Além do mais, para fazer jus à pensão especial de ex-combatente, tanto este, como seus dependentes, devem comprovar o preenchimento dos requisitos específicos do art. 30 da Lei n. 4.242/1963, tais como a incapacidade de prover os próprios meios de subsistência e a não percepção de alguma importância dos cofres públicos, o que não ocorreu no caso dos autos.

*Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.* (REsp n.º 1.371.183/RN, rel.

Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 10.6.2013.)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. FILHA SOLTEIRA. EX-INTEGRANTE DA MARINHA MERCANTE FALECIDO EM 1971. PENSÃO ESPECIAL DE SEGUNDO-TENENTE. ART. 53, II, DO ADCT. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. “As Leis 4.242/63 e 5.698/71, bem como o art. 53, II, do ADCT, cuidam de espécies diversas de benefícios concedidos aos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial” (REsp 1.354.280/PE, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 21/3/13).

2. “A pensão deixada por ex-combatente é regida pelas normas vigentes na data do óbito de seu instituidor, não por aquelas aplicáveis à época do falecimento da viúva que recebia os proventos” (AI-AgR 499.377/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, STF, Segunda Turma, DJ 3/2/06).

3. “A possibilidade de concessão da pensão especial inserta no art. 53, inciso II, da Constituição Federal exige o esclarecimento do conceito de ex-combatente, o que só é possível mediante a interpretação da Lei 5.315/67” (AgRg no RE 540.298, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, 12/12/08).

4. *Falecido em 1971 o pai da autora, ex-integrante da Marinha Mercante, não há falar em direito à pensão especial prevista no art. 53, II, do ADCT.*

5. “O pedido de percepção da pensão especial de Segundo-Tenente das Forças Armadas não abrange, automaticamente, o pedido à pensão de Segundo-Sargento, por se tratar de benefícios vinculados a requisitos específicos previstos em leis distintas (Leis 5.315/67, 3.765/60 e 4.242/93). Assim, ausente pedido expresso na inicial quanto ao direito à pensão de Segundo-Sargento, mostra-se inviável seu exame nestes autos sob pena de se incorrer em um julgamento extra petita e em indevida supressão das instâncias ordinárias” (EDcl no AREsp 209.961/PE, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 15/2/13).

6. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp n.º 314.160/RN, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, DJe de 10.5.2013.)

Acresce enfatizar que, embora a Lei 3.765/1960, que dispõe sobre pensão de militares, de caráter geral e aplicação subsidiária à espécie (nos limites acima delineados), considerasse, como dependente, também filhos maiores de 21 (vinte e um) anos, de qualquer condição, o art. 30 da Lei 4.242/1963, que institui a pensão especial de ex-combatente pleiteada, trouxe requisito específico — prova de que os ex-combatentes encontravam-se “incapacitados, sem poder prover os próprios meios de subsistência”, e que não percebiam “qualquer importância dos cofres públicos” —, o que acentua a natureza assistencial do benefício em



questão. E esse requisito deve ser preenchido não apenas pelo ex-combatente, mas também por seus dependentes.

Na hipótese dos autos, porém, instadas as partes à especificação de provas (f. 65), a apelada quedou-se inerte, conforme certificado às fls. 98 e 100.

Antes do julgamento, foi proferido, ainda, despacho — do qual foram as partes intimadas — determinando a conclusão dos autos para sentença, “se a tanto não se opuserem as partes, fundamentadamente, no prazo de 5 (cinco) dias”, não tendo havido, na sequência, manifestação de interesse na produção da prova do requisito específico previsto no art. 30 da Lei 4.242/1963.

Desse modo, conclui-se, na esteira dos precedentes invocados, que a autora não faz jus ao benefício de pensão especial pretendido.

Ante o exposto, dou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial para, reformando a sentença recorrida, julgar improcedente o pedido, ficando prejudicado o recurso da autora.

Condeno-a ao pagamento das custas do processo e dos honorários do advogado do réu, que estabeleço em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, ficando suspensa a exigibilidade da verba de sucumbência nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950, por ser beneficiária da assistência judiciária.

É como voto.

## Terceira Turma

Numeração única: 0016139-85.2002.4.01.3300

Apelação Criminal 2002.33.00.016123-2/BA

Relator: Desembargador Federal Ney Bello  
Apelante: Justiça Pública  
Procurador: Dr. Oliveiros Guanais de Aguiar Filho  
Apelante: Banco Central do Brasil – Bacen  
Procurador: Dr. José Alves da Rocha Reis Neto  
Apelado: Ângelo Calmon de Sá  
Advogado: Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello  
Apelado: José Roberto David de Azevedo  
Advogado: Dr. Fernando Santana  
Publicação: e-DJF1 de 18/07/2014, p. 394

## Ementa

*Penal. Processual Penal. Apelação. Crimes contra o Sistema Financeiro. Aplicação do princípio da consunção relativamente ao art. 17 da Lei 7.492/1986. Arts. 4º, 16 e 22 da Lei 7.492/1986. Gestão fraudulenta. Operação de instituição financeira sem autorização. Evasão de divisas. Materialidade e autoria comprovadas. Prescrição. Art. 115 do CP. Idade superior a 70 (setenta) anos. Dosimetria. Concurso formal (art. 70 do CP). Sentença reformada.*

I. O contexto fático-probatório demonstra que os réus praticaram atos de gestão fraudulenta, desenvolveram atividades típicas de instituição financeira, sem autorização do Bacen, bem como utilizaram da estrutura de uma instituição financeira clandestina para realizar operações de evasão de divisas do país, violando as normas dos arts. 4º, 16 e 22 da Lei 7.492/1986, em desfavor da confiabilidade do Sistema Financeiro Nacional.

II. Incidência do princípio da consunção, pois a conduta típica do art. 17 da Lei 7.492/1986 encontra-se abrangida pelo art. 4º da mesma lei, mais amplo.

III. Reforma da sentença para condenar os apelados, uma vez comprovadas materialidade e autoria dos crimes de gestão fraudulenta, operação de instituição financeira sem autorização e evasão de divisas, nos termos dos arts. 4º, 16 e 22 da Lei 7.492/1986.

IV. Reconhecida a prescrição para os crimes dos arts. 16 e 22 da Lei 7.492/1986, nos termos do art. 115 do Código Penal, no que concerne ao acusado com idade superior a 70 (setenta) anos, devendo os prazos ser contados pela metade. Condenação do réu pelo crime do art. 4º da mesma lei.

V. Condenação do segundo acusado nas penas do art. 4º, em concurso formal com os delitos dos arts. 16 e 22, todos da Lei 7.492/1986.

VI. Apelação a que se dá provimento para condenar os réus.

## Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento à apelação.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 08/07/2014.

Desembargador Federal *Ney Bello*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello:* — O Ministério Público Federal recorre da sentença proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, que julgou extinta a punibilidade, pela prescrição, no tocante ao réu Ângelo Calmon de Sá, na forma do art. 107, IV, c/c 109, III e IV, c/c 115, todos do Código Penal e julgou improcedente a denúncia, absolvendo o réu José Roberto David de Azevedo, nos termos do art. 386, V, do Código de Processo Penal.

Os réus foram denunciados pela prática dos crimes previstos no art. 4º, *caput*, 16, 17 e 22 da Lei 7.492/1986. Consta da denúncia que a empresa estrangeira *Allied Leasing and Finance Corporation*, pertencente ao *Transworld Bank and Trust Company*, controlada pelo Banco Econômico S/A, teria atuado irregularmente como instituição financeira no Brasil, contraindo empréstimos, firmando contratos de mútuos com empresas nacionais, comprando e vendendo títulos e moeda estrangeira, bem como remetendo lucros para o exterior. A referida empresa teria sido criada com o intuito de efetuar operações fraudulentas, registrando, desde março de 1994, créditos e débitos em moeda nacional, em conta CC-5, perfazendo mais de 4,6 bilhões de dólares americanos, como resultado de negociações de títulos com o Banco Econômico.

Ainda nos termos da denúncia, os réus seriam responsáveis pelas fraudes, nos termos do art. 25 da Lei 7.492/1986, o primeiro, Ângelo Calmon de Sá, na qualidade de presidente do Banco Econômico e responsável pela *Allied Corporation*, e o segundo, José Roberto de Azevedo, como vice-presidente e membro do Conselho de Administração do Banco Econômico, diretor-geral da *Transworld Bank and Trust Company* e gerente-geral do Banco Econômico em *New York*.

Com base em relatório do Banco Central, a *Allied Corporation* remeteu, entre janeiro e agosto de

1995, R\$ 212 milhões de dólares americanos para o exterior por meio de conta CC-5, em operações com o Banco Econômico, configurando evasão de divisas. Consta, ainda, que teriam sido celebrados, entre novembro/1994 e agosto/1995, sem autorização do Banco Central, contratos de mútuo com diversas empresas nacionais, em valores elevados.

Dessa forma, concluiu a denúncia que os réus praticaram dolosamente manobras fraudulentas, na gestão do Banco Econômico, constitutivas de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, conduzindo o banco à falência.

O magistrado *a quo* afastou a imputação do crime de gestão fraudulenta — art. 4º da Lei 7.492/1986 — por não identificar a habitualidade nos atos ilícitos, necessária para a tipificação da conduta dos réus e julgou ocorrer o concurso aparente de normas. Assim, pelo princípio da especialidade, restaram apenas os delitos dos arts. 16, 17 e 22 da Lei 7.492/1986.

Quanto ao réu Ângelo Calmon de Sá, devido a sua idade superior a 70 (setenta) anos, contaram-se os prazos prescricionais pela metade — 4 (quatro) anos pelo art. 16, 6 (seis) anos pelo art. 17 e 6 (seis) anos pelo art. 22. Como os crimes foram cometidos no ano de 1995 e a denúncia foi recebida em 2002, passaram-se 7 (sete) anos entre os fatos e o recebimento, o que ultrapassa em um ano o maior dos prazos prescricionais. O juiz declarou a prescrição da punibilidade.

No que concerne a José Roberto David de Azevedo, foi julgada improcedente a denúncia para absolver o réu, sob o fundamento de ausência de comprovação de sua participação direta nos delitos em exame (fls. 2.117-2.129).

Apela o Ministério Público Federal (fls. 2.135-2.159) sustentando que estão presentes os elementos necessários à tipificação da conduta em relação ao crime de gestão fraudulenta, previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/1986, não devendo ser considerado o princípio da especialidade, mas sim o princípio da

consunção, no qual o delito de gestão fraudulenta, crime fim, absorveria os vários crimes de empréstimo.

Sustenta que devido à evidente diferença entre os objetos dos crimes dos arts. 16 e 22 da Lei 7.492/1986, o art. 4º absorveria apenas o delito do art. 17, restando os réus acusados dos crimes dos arts. 4º, 16 e 22.

Quanto à autoria dos delitos, afirma que José Roberto David de Azevedo ocupava os cargos de vice-presidente da Diretoria do Besa e diretor-geral da *Transworld Bank*, controladora única da *Allied Leasing and Finance Corporation*, o que o coloca na situação de gestor de ambas as empresas, sendo assim responsável pelos atos destas que culminaram no cometimento dos crimes.

Alega que devido aos cargos ocupados pelo acusado na estrutura hierárquica das empresas, não é aceitável pensar que os crimes tenham acontecido sem seu conhecimento e aquiescência, já que os atos praticados estavam sob sua área de competência nas empresas, havendo provas suficientes nos autos em relação à autoria.

Requer, assim, que o réu Ângelo Calmon de Sá seja condenado pelo crime do art. 4º da Lei 7.492/1986, cuja punibilidade não está prescrita, e que José Roberto David de Azevedo seja condenado pela prática dos delitos previstos nos arts. 4º, 16 e 22 da Lei 7.492/1986.

Apela também o Banco Central do Brasil, na posição de assistente da acusação, às fls. 2.170-2.186, sustentando em suas razões que existem provas suficientes nos autos para a imputação dos crimes ao acusado José Roberto David de Azevedo e que é incabível o descarte do crime de gestão fraudulenta, pois os elementos do tipo encontram-se evidentes no caso, reforçando os argumentos do recurso do Ministério Público Federal.

Contrarrazões às fls. 2.190-2.212 e 2.226-2.236.

A PRR 1ª Região opina pelo provimento dos recursos.

É o relatório.

À eminente revisora em 1º de julho de 2014.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: — Os réus foram denunciados pela prática dos crimes previstos no art. 4º, *caput*, 16, 17 e 22 da Lei 7.492/1986 do Código Penal.

O *Parquet* insurge-se contra a aplicação do princípio da especialidade, sustentando que deve prevalecer o princípio da consunção, pois os elementos necessários à tipificação da conduta de gestão fraudulenta (art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/1986), que é crime fim, estão presentes, sendo que o referido delito absorve os vários crimes de empréstimo do art. 17 da Lei 7.492/1986.

Diz que devido à evidente diferença entre os objetos dos crimes dos arts. 16 e 22 da Lei 7.492/1986, o art. 4º absorveria apenas o delito do art. 17, restando os réus acusados dos crimes dos arts. 4º, 16 e 22.

Analiso a materialidade, autoria e absorção do crime do art. 17 pelo delito do art. 4º da Lei 7.492/1986.

A conduta típica do art. 17 da Lei 7.492/1986 encontra-se abrangida pelo art. 4º da mesma lei, mais amplo.

Os arts. 4º e 17 da Lei 7.492/1986 dispõem, *verbis*:

Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira;

[...]

Art. 17. Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consanguíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas.

Embora realizada a conduta típica de ambos os artigos, verifica-se do exame dos elementos probatórios que os empréstimos vedados foram um dos meios utilizados para a realização da gestão fraudulenta de instituição financeira, sendo imperioso aplicar ao caso o princípio da consunção.

A gerência fraudulenta é o mais grave dos delitos descritos na Lei 7.492/1986. Sujeita o infrator a pena de 3 a 12 anos de reclusão. É crime de mera conduta, em que o núcleo do tipo consiste em “*gerir fraudulentamente*”, ou seja, com infração às normas legais e regulamentares que regem o mercado financeiro.

Dentre os bens jurídicos tutelados pela norma penal inculpada no art. 4º da Lei 7.492/1986, destacam-se os consumidores, a higidez e a confiabilidade do sistema financeiro, que podem ser ofendidos de diferentes maneiras, como no caso dos autos, onde os réus, valendo-se cada um de sua condição nas empresas, efetuavam empréstimos fraudulentos.

\*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

Quem pratica o delito de gestão fraudulenta é exatamente quem gere a instituição financeira. Cuida-se de um delito pluriofensivo na medida em que a conduta agride o patrimônio de diversos sujeitos passivos, que estão vinculados à instituição financeira.

Segundo a doutrina,

Gestão fraudulenta significa gestão de instituição financeira com fraude, dolo ou ardil ou malícia, visando a obter indevida vantagem, independentemente de ser para si ou para terceiro.<sup>2</sup>

Ao praticar os atos que isoladamente dariam azo ao cometimento do delito previsto no art. 17 da Lei 7.492/1986, os inculcados — ao dirigirem instituição financeira — cometeram, em verdade, o delito de gestão fraudulenta, na forma do citado diploma.

Acerca do conceito do princípio da consunção, o doutrinador Damásio E. de Jesus, in: *Direito Penal*, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 115, que

O princípio da consunção tem elevada relevância jurídica no crime progressivo. Na absorção, segundo Bettiol, estamos necessariamente em face de uma ação, que, se é única em seu todo, aparece, no entanto, cindível em vários atos que se realizam sucessivamente e que violam, todos eles, uma norma da lei penal.

Existe crime progressivo quando o sujeito, para alcançar um resultado, passa por uma conduta inicial que produz um evento menos grave que aquele, o autor desenvolve fases sucessivas, cada uma constituindo um tipo de infração. Num crime, o comportamento descrito pelo núcleo do tipo é o resultado de condutas que se realizam através da passagem de uma figura criminal menos grave para outra de maior gravidade.

Conforme se extrai dos elementos constantes dos autos, principalmente do relatório do Banco Central que subsidiou a denúncia, o Banco Econômico S/A, entre os meses de maio e julho de 1995, concedeu de forma dissimulada, por meio de débitos nas contas contábeis “Devedores Diversos” e “Departamentos no País”, vários empréstimos à *Allied Leasing and Finance Corporation* e à *Allied Investment Fund Ltda.*, no montante total de R\$ 98.149.459,05 (noventa e oito bilhões, cento e quarenta e nove mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e cinco centavos). Os referidos empréstimos, além de ferirem dispositivos legais, foram concedidos à taxa zero, enquanto a instituição financeira pagava taxas de CDI no mercado financeiro

e socorria-se do Programa de Assistência Financeira do Banco Central do Brasil (fls. 60-61).

Verificou-se, ainda, que o Banco Econômico, por meio de sua agência nas Ilhas *Grand Cayman*, captava recursos de diversas pessoas físicas e jurídicas, dentre as quais entidades governamentais brasileiras, bancos e Bacen, aplicando tais recursos em empresas do próprio grupo econômico, de forma direta ou por intermédio das empresas *Allied Leasing and Finance Corporation* e *Allied Investment*, cuja função era encobrir essas operações (fls. 78-81).

A materialidade e a autoria do delito previsto no art. 4º da Lei 7.492/1986 ficaram comprovadas pelo Laudo de Exame Contábil 10.006 (fls. 886-968), da Seção de Criminalística da Superintendência Regional da Polícia Federal na Bahia.

Além disso, outras condutas descritas com riqueza de detalhes caracterizam várias ações fraudulentas, tais como a compra e venda de créditos securizados Siderbrás e Eletrobrás, ações e debêntures do Econômico Empreendimentos S/A, TDA's e letras hipotecárias da CEF (fls. 924-928).

Logo, verifica-se a incidência do princípio da consunção quanto às condutas anteriores, que apesar de constituírem crimes independentes, são absorvidas pela conduta final, em razão de serem realizadas com o único objetivo de praticar o crime-fim, de gestão fraudulenta.

No que se refere aos delitos aos arts. 16 e 22 da Lei 7.492/1986, vejo que coexistem com a imputação de gestão fraudulenta prevista no art. 4º:

Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

O Sistema Financeiro Nacional, dada sua relevância, encontra previsão constitucional. O exercício de atividade neste segmento de alto fluxo de recursos econômicos é livre à iniciativa privada, porém depende de prévia autorização governamental. A mera operação de entidade, fora da estrutura legalmente prevista, independentemente da ocorrência de fraudes, desenvolvendo atividades típicas de instituição financeira, sem autorização do Bacen, como no caso da *Allied Leasing and Finance Corporation*, é conduta que se subsume ao art. 16 da referida lei.

<sup>2</sup>PRADO, Luís Regis. *Direito Penal Econômico*. 6. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 157.

No que concerne ao delito do art. 22 da Lei 7.492/1986, configura-se o crime de evasão de divisas quando o agente se utiliza da estrutura de uma instituição financeira clandestina para realizar operações. O objetivo desse tipo penal é evitar a evasão de divisas do país, com prejuízo à economia brasileira. O elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo, consistente na consciência e vontade de praticar evasão de divisas, emerge da circunstância de os réus terem vasta experiência na atividade por eles desempenhada.

Logo, considerando a experiência dos acusados no mercado financeiro e na realização de operações de câmbio, outra não pode ser a conclusão senão de que agiram com conhecimento acerca da ilicitude da conduta noticiada, e, por conseguinte, da prática dolosa do crime de evasão de divisas. Destarte, a condenação por tal prática delituosa é medida de rigor.

A materialidade do delito ficou fartamente comprovada ante a vultosa movimentação de recursos, no período de janeiro a agosto de 1995, na conta CC-5 do Banco Econômico, de titularidade da *Allied Leasing and Finance Corporation* (fls. 906-921), atuando no mercado de câmbio e taxas flutuantes, em operações de compra e venda de moeda estrangeira realizadas pelo Banco Econômico S/A.

Demonstrada a remessa ao exterior de numerário, transferido para conta CC-5 de instituição financeira domiciliada em outro país, sem obediência às formalidades legais, resta comprovada a ocorrência do delito de evasão de divisas previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986.

Quanto à autoria dos delitos, considerando terem sido praticados por meio de pessoas jurídicas, cabe examinar a atuação de cada um dos acusados nas referidas empresas.

Em face de sua condição de presidente da Diretoria Executiva do Banco Econômico S/A, é indiscutível a participação do primeiro réu, Ângelo Calmon de Sá, nos atos ilícitos.

Não é o caso de reconhecer qualquer responsabilidade penal objetiva, mas de atribuir a quem tem controle de toda a cadeia causal e também domínio sobre as atividades da pessoa jurídica, a responsabilidade pelos atos ilícitos praticados pelo banco.

Por outro lado, o segundo acusado, José Roberto David de Azevedo, ocupava os cargos de vice-presidente da Diretoria do Besa e diretor-geral da *Transworld Bank*, controladora única da *Allied Leasing and Finance Corporation*, o que o coloca na situação de

gestor de ambas as empresas, tendo, ainda, ocupado o cargo de gerente da agência do Banco Econômico S/A, em Nova York.

A ocorrência dos crimes relatados na denúncia não seria possível sem a interferência dos acusados. Fica claro que a imputação deve-se à posição ocupada por eles nas empresas, pois não se afigura plausível o desconhecimento, de ambos, das vultosas operações ilícitas praticadas. As concessões de empréstimos para empresas ligadas com sede no exterior sem o aval dos órgãos competentes, não ocorreria, no volume ocorrido, sem a participação e determinação dos acusados. Fácil perceber pela própria estrutura funcional do Banco Econômico S/A que decisões desta natureza não estavam ao alvedrio de pequenos gerentes ou funcionários subalternos. Uma das causas da quebra e falência do Banco Econômico S/A foram atos de gestão praticados por quem geria o banco e determinou e aquiesceu com operações irregulares com a *Allied Investment Fund*.

Há nos autos provas suficientes — Relatório do Banco Central 32/173 e perícia de fls. 895-977 — para imputar aos recorridos o conhecimento das operações fraudulentas, por meio das empresas que dirigiam, bem como pelos resultados ilícitos narrados na peça acusatória.

Nos termos do art. 25 da Lei 7.492/1986, são penalmente responsáveis o controlador e os administradores de instituição financeira, devido a sua condição executiva de gestão da empresa. O diploma legal que rege a espécie — Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro — deixa clara a margem de responsabilidade dos gestores por atos praticados na intrincada rede do Sistema Financeiro que são capazes de lesar toda uma sociedade como consequência de seus atos e decisões.

Os delitos previstos nos arts. 16 e 22 da Lei 7.492/1986 apresentam como penas máximas 6 (seis) anos, com prazo prescricional de 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, III, do Código Penal.

De acordo com o art. 115 do Código Penal, no que concerne ao acusado Ângelo Calmon de Sá, os prazos devem ser contados pela metade, pois já contava com mais de 70 anos de idade, na data da sentença.

A denúncia refere-se a fatos ocorridos até agosto de 1995 e foi recebida mais de 6 (seis) anos depois, em 11/07/2002, estando prescritos, em relação ao primeiro réu, os fatos narrados com relação aos crimes dos arts. 16 e 22 do Código Penal, devendo ser reconhecida a extinção da punibilidade (art. 107, IV, do CP).



Dessa forma, deve ser dado provimento ao apelo do Ministério Público Federal para condenar o réu Ângelo Calmon de Sá pela prática do delito previsto no art. 4º da Lei 7.492/1986 e José Roberto David de Azevedo, pela prática dos delitos dos arts. 4º, 16 e 22 da mesma lei.

Passo, portanto, à análise das penas:

*Ângelo Calmon de Sá*

O art. 4º da Lei 7.492/1986 comina ao crime nele tipificado pena de reclusão de 3 (três) a 12 (doze) anos e multa.

Examinando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, entendo que a *culpabilidade* é elevada, demonstrando desprezo pelas regras estabelecidas, revelando falta de comportamento ético-profissional no desempenho do cargo de direção de instituição financeira, o que recomenda a exasperação da pena.

O réu é primário; a conduta social e a personalidade devem ser avaliadas positivamente; quanto aos motivos e circunstâncias do crime são normais à espécie do delito e não há comportamento da vítima a considerar.

No que se refere às *consequências*, a conduta do acusado causou desordem à higidez do sistema financeiro, com prejuízos para acionistas, correntistas e para o Banco Central do Brasil.

Não há que se falar em comportamento da vítima.

Diante disso, considerando que duas das oito circunstâncias judiciais do art. 59 do CP lhe são desfavoráveis, imponho-lhe a pena-base de 7 (*sete*) anos de reclusão e 200 (*duzentos*) dias-multa.

O § 1º do art. 49 do Código Penal dispõe que:

O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

No entanto, o art. 60 do Código Penal determina:

Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

E o art. 33 da Lei 7.492/1986 prevê que:

Art. 33. Na fixação da pena de multa relativa aos crimes previstos nesta lei, o limite a que se refere o § 1º do art. 49 do Código Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940,

pode ser estendido até o décuplo, se verificada a situação nele cogitada.

Da análise do presente caso, percebe-se que a sua gravidade e a situação econômica do réu não só permite como exige a fixação do valor do dia-multa em seu grau máximo. Portanto, fixo-o em 50 salários-mínimos vigentes à época dos fatos, para cada dia-multa, devidamente corrigido.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição de pena, torno-a definitiva, em 7 (*sete*) anos de reclusão e 200 (*duzentos*) dias-multa, à razão de 50 salários-mínimos vigentes à época dos fatos.

O regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade é o semiaberto (art. 33, § 2º, b, do CP).

*José Roberto David de Azevedo*

Provas a autoria e a materialidade delitivas relatadas nos autos, condeno-o pela prática dos delitos dos arts. 4º, 16 e 22 da Lei 7.492/1986.

O art. 4º da Lei 7.492/1986 comina ao crime nele tipificado pena de reclusão de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

O réu é primário, sem antecedentes desabonadores.

Sem elementos para aferir sua personalidade.

Examinando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, entendo que a *culpabilidade* é elevada porque na condição vice-presidente da Diretoria do Banco Econômico S.A, diretor-geral da *Transworld Bank*, controladora única da *Allied Leasing and Finance Corporation* e gerente da agência do Besa em Nova York agiu com falta de comportamento ético-profissional na gestão das instituições.

Os motivos e as circunstâncias que conduziram à prática do ilícito em exame são aquelas inerentes à natureza do tipo, ou seja, beneficiar-se financeiramente de empréstimos efetuados sem a devida autorização do Banco Central e, portanto, sem nenhuma fiscalização ou observância da legislação que disciplina tais operações, com o intuito de obter lucro fácil.

As *consequências* são graves, em razão da própria natureza dos crimes contra o sistema financeiro nacional que terminam sempre por lesar toda a sociedade, à medida que esta modalidade de delito abala a sua estrutura econômica.

Não há que se falar em comportamento da vítima.

Fixo-lhe, assim, a pena-base em 7 (*sete*) anos de reclusão e 200 (*duzentos*) dias-multa, à razão de 50

(cinquenta) salários-mínimos em valor vigente à época dos fatos, para cada dia-multa, devidamente corrigido.

Sem circunstâncias atenuantes e/ou agravantes.

Analisando o concurso de crimes, José Paulo Baltazar Junior<sup>3</sup>, entende que:

Art. 16

Se a gestão fraudulenta se dá em instituição financeira que funciona irregularmente, sem autorização, há concurso formal com o delito do art. 16 (STJ, HC 19909/PR, Jane Silva [Conv.], 5ª T., 13/11/2007; AC 98030311921/SP, Paulo Domingues, 2ª T., 24.4.2005). Interpretação contrária privilegiaria aquele que, além de gerir de forma fraudulenta, sequer estava autorizado a funcionar, em situação de dupla irregularidade

[...]

Art. 22

No caso de gerentes de instituição financeira que facilitam ou autorizam a abertura de contas bancárias em nome de laranjas em um esquema criminoso que tem por finalidade remeter irregularmente, divisas para fora do Brasil, respondem os agentes pelos delitos de gestão fraudulenta e evasão de divisas, em concurso formal, não se podendo falar em consunção, uma vez que o crime-meio, que é a gestão fraudulenta tem pena maior que o crime-fim, a evasão de divisas.

Logo, a pena deve ser exasperada em 1/6, em razão da incidência da causa de aumento de concurso formal — crimes dos arts. 16 e 22 da Lei 7.492/1986 —, nos termos do art. 70 do Código Penal, ficando definitiva em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa, à razão de 50 (cinquenta) salários-mínimos vigentes à época dos fatos, para cada dia-multa, devidamente corrigidos, à míngua de outras causas de aumento ou diminuição da pena.

O regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade é o fechado (art. 33, § 2º, a, do CP).

Deixo de substituir as penas privativas de liberdade aplicadas aos réus em razão de ultrapassarem o limite de quatro anos definido pelo art. 44, I, do Código Penal.

Pelo exposto, dou provimento à apelação do Ministério Público Federal, para reformar a sentença absolutória e condenar Ângelo Calmon de Sá à pena de 7 (sete) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, à razão de 50 (cinquenta) salários-mínimos em

valor vigentes à época dos fatos, para cada dia-multa, devidamente corrigido, e José Roberto David de Azevedo à pena de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa, à razão de 50 (cinquenta) salários-mínimos em valor vigente à época dos fatos, para cada dia-multa, devidamente corrigido, na forma exposta no presente voto.

É como voto.

## Voto Revisor

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — Como se depreende do relatório e voto proferidos pelo eminente relator, trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 2.135-2.159) contra sentença prolatada pelo Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, no exercício da titularidade, Durval Carneiro Neto (fls. 2.117-2.129), que julgou extinta a punibilidade, pela prescrição, no tocante ao réu Ângelo Calmon de Sá, na forma do art. 107, IV, c/c 109, III e IV, c/c 115, todos do CP e julgou improcedente a denúncia, absolvendo o acusado José Roberto David de Azevedo, nos termos do art. 386, V, do CPP.

Os réus foram denunciados pela prática dos crimes previstos nos arts. 4º, caput, 16, 17 e 22, todos da Lei 7.492/1986, em razão de, na gestão do Banco Econômico, terem dolosamente praticado manobras fraudulentas as quais configuram crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e conduzido a referida instituição financeira à falência.

De acordo com a inicial acusatória, a empresa estrangeira Allied Leasing and Finance Corporation, pertencente ao Transworld Bank and Trust Company, controlada pelo Banco Econômico S/A, teria atuado irregularmente como instituição financeira no Brasil, contraindo empréstimos, firmando contratos de mútuos, comprando e vendendo títulos e moeda estrangeira, bem como remetendo lucros para o exterior.

A referida empresa teria sido criada com o intuito de efetuar operações fraudulentas, registrando, desde março de 1994, créditos e débitos em moeda nacional, em conta CC-5, perfazendo mais de 4,6 bilhões de dólares americanos, como resultado de negociações de títulos com o Banco Econômico.

Os ora apelados, segundo a denúncia, seriam responsáveis pelas fraudes, nos termos do art. 25 da Lei 7.492/1986. O primeiro, Ângelo Calmon de Sá, na condição de presidente do Banco Econômico e responsável pela Allied Corporation, e o segundo, José Roberto de Azevedo, na qualidade de vice-presidente

<sup>3</sup> Crimes Federais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 350-351

e membro do Conselho de Administração do Banco Econômico, diretor-geral da *Transworld Bank and Trust Company* e gerente-geral do Banco Econômico em *New York*.

De acordo com relatório do Banco Central do Brasil – Bacen, a *Allied Corporation*, entre janeiro e agosto de 1995, remeteu R\$ 212 milhões de dólares americanos para o exterior por meio de conta CC-5, em operações com o Banco Econômico, configurando evasão de divisas.

Consta também do referido relatório, que teriam sido celebrados, entre novembro/1994 e agosto/1995, contratos de mútuo com diversas empresas nacionais, em valores elevados, sem autorização do Bacen.

O magistrado de primeiro grau afastou a imputação de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei 7.492/1986), em razão de verificar, na hipótese, concurso aparente de normas entre o art. 4º da Lei 7.492/1986 e os demais tipos constantes da inicial acusatória.

Para o sentenciante, em razão do princípio da especialidade, devem prevalecer, no caso, os tipos penais dos arts. 16, 17 e 22 da Lei 7.492/1986, pois, segundo conclui, não haveria nos autos elementos de prova aptos a caracterizar habitualidade de fraudes por parte dos ora apelados, mas, apenas condutas isoladas tipificadas em dispositivo penal específico.

Dessa forma, ao deixar de reconhecer a adequação típica entre as condutas narradas na inicial acusatória e o delito de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei 7.492/1986), o magistrado de primeiro grau reconheceu a prescrição da pretensão punitiva e a extinção da punibilidade do acusado Ângelo Calmon de Sá, com mais de 70 anos na data da prolação da sentença.

Quanto ao réu José Roberto David de Azevedo, o magistrado sentenciante concluiu que a acusação não logrou provar sua participação direta na prática das operações fraudulentas.

O MPF defende, em suas razões de apelação, a presença dos elementos necessários à tipificação da conduta quanto ao crime do art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/1986, não devendo ser considerado o princípio da especialidade, mas sim, o da consunção, no qual o delito de gestão fraudulenta absorveria o do art. 17 da mesma norma penal, permanecendo os réus acusados dos crimes dos arts. 4º, 16 e 22.

Quanto à autoria dos delitos, afirma que José Roberto David de Azevedo ocupava os cargos de vice-presidente da Diretoria do Banco Econômico

S/A e diretor-geral da *Transworld Bank*, controladora única da *Allied Leasing and Finance Corporation*. Tais condições o colocavam na situação de gestor de ambas as empresas e responsável pelos atos delas advindos, os quais culminaram no cometimento dos crimes constantes da inicial acusatória.

Argumenta que os cargos ocupados pelo acusado na estrutura hierárquica das empresas afastam a possibilidade dos crimes terem acontecido sem o seu conhecimento e aquiescência. Ademais, os atos praticados estavam sob sua área de competência nas empresas, havendo provas suficientes nos autos em relação à autoria.

Requer, assim, a condenação do réu Ângelo Calmon de Sá pelo crime do art. 4º da Lei 7.492/1986, cuja punibilidade não está prescrita, e que José Roberto David de Azevedo seja condenado pela prática dos delitos previstos nos arts. 4º, 16 e 22 da Lei 7.492/1986 (fls. 2.263-2.284).

O Banco Central do Brasil – Bacen também apela, como assistente da acusação, alegando haver provas suficientes nos autos para condenar o apelado José Roberto David de Azevedo.

Além disso, para o Bacen é incabível o descarte do crime de gestão fraudulenta, pois os elementos do tipo encontram-se evidentes no caso, reforçando os argumentos do recurso do Ministério Público Federal (fls. 2.170/2.186).

Nas contrarrazões, o acusado Ângelo Calmon de Sá requer seja negado seguimento à apelação, por inadequação e intempestividade, ao argumento de caber recurso em sentido estrito da decisão que extingue a punibilidade. Caso ultrapassada a questão, pugna pelo desprovimento da apelação (fls. 2.190-2.212).

O réu José Roberto David de Azevedo, em contrarrazões, requer o desprovimento do recurso (fls. 2.226-2.236).

O Ministério Público Federal, em parecer da Procuradora Regional da República Adriana Costa Brockes, manifesta-se pelo provimento das apelações, para que o réu Ângelo Calmon de Sá seja condenado como incurso nas penas do art. 4º da Lei 7.492/1986 e o acusado José Roberto David de Azevedo pelo cometimento do crime dos arts. 4º, 16 e 22 do mesmo diploma legal (fls. 2.263-2.284).

*Da preliminar de inadequação da via eleita*

Sem razão o acusado Ângelo Calmon de Sá, quando requer, em contrarrazões, seja negado seguimento à apelação, por inadequação e

intempestividade, ao argumento de caber recurso em sentido estrito da decisão de extinção da punibilidade do réu.

Na hipótese dos autos, o magistrado de primeiro grau reconheceu a prescrição da pretensão punitiva do acusado ao sentenciar, examinando o mérito das condutas descritas na inicial acusatória e, inclusive, afastando a incidência do delito do art. 4º da Lei 7.492/1986 (gestão fraudulenta).

Veja-se que a extinção da punibilidade em razão da prescrição deu-se, exatamente, porque o magistrado sentenciante, em exame de mérito, afastou a incidência do supracitado tipo penal.

O objeto do presente recurso, portanto, não é a extinção da punibilidade do agente, mera consequência do afastamento da imputação de gestão fraudulenta, mas a adequação da conduta descrita na inicial acusatória ao tipo penal do art. 4º da Lei 7.492/1986.

Dessa forma, o recurso cabível é a apelação.

*Do mérito*

*Dos arts. 4º e 17 da Lei 7.492/1986*

Os supracitados dispositivos tipificam as seguintes condutas:

Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira;

[...]

Art. 17. Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consanguíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas.

Não verifico, no caso, concurso formal entre os dois delitos, pois, embora, do exame das provas dos autos, não haja dúvidas de que foram cometidas as condutas tipificadas pelos dois dispositivos, os empréstimos vedados foram o meio necessário para a realização da gestão fraudulenta.

Assim, aplica-se na hipótese o princípio da consunção.

A materialidade e a autoria do crime previsto no art. 4º da Lei 7.492/1986 por parte dos apelados ficaram demonstradas pelo contexto probatório contido nos autos.

*Dos arts. 16 e 22 da Lei 7.492/1986*

Tais crimes são autônomos e coexistem com a imputação de gestão fraudulenta prevista no art. 4º da mesma norma penal:

Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

A materialidade de ambos os crimes está demonstrada pelas provas contidas nos autos.

Quanto à autoria, embora tenham sido cometidos por meio de pessoas jurídicas, não há como afastar a responsabilidade delitiva dos apelados.

Ângelo Calmon de Sá era presidente da Diretoria Executiva do Banco Econômico S/A.

José Roberto David de Azevedo ocupava os cargos de vice-presidente da Diretoria do Besa e de diretor-geral da *Transworld Bank*, controladora única da *Allied Leasing and Finance Corporation*, o que o coloca na situação de gestor de ambas as empresas, tendo, ainda, ocupado o cargo de gerente da agência do banco, em Nova York.

Vê-se que os crimes descritos na inicial acusatória não poderiam ter ocorrido sem o conhecimento e anuência dos apelados.

Além disso, há nos autos provas de que tinham conhecimento das operações fraudulentas feitas por meio das empresas por eles geridas, como se pode ver do exame do relatório do Banco Central a fls. 32-173 e da perícia a fls. 895-977.

Nos termos do art. 25 da Lei 7.492/1986, são penalmente responsáveis o controlador e os administradores de instituição financeira, em razão de sua condição executiva de gestores da empresa.

No tocante à prescrição, de acordo com o art. 115 do CP, quanto ao acusado Ângelo Calmon de Sá, os prazos devem ser reduzidos pela metade, pois contava mais de 70 (setenta) anos de idade na data da sentença.

Os delitos previstos nos arts. 16 e 22 da Lei 7.492/1986 apresentam como penas máximas 6 (seis) anos de reclusão, com prazo prescricional de 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, III, do CP, o que, reduzido à metade (art. 115 do CP), implica 4 (quatro) anos.

Os fatos narrados na inicial acusatória ocorreram até agosto/1995.

A denúncia foi recebida em 11/07/2002, ou seja, mais de 6 (seis) anos depois.

Assim, impõe-se reconhecer a extinção da punibilidade do réu Ângelo Calmon de Sá quanto aos crimes dos arts. 16 e 22 da Lei 7.492/1986, em razão da prescrição da pretensão punitiva (art. 107, IV, do CP).

Dessa forma, a apelação da acusação merece ser provida, para condenar Ângelo Calmon de Sá pela prática do delito previsto no art. 4º da Lei 7.492/1986 e José Roberto David de Azevedo, pelos crimes dos arts. 4º, 16 e 22 da citada lei.

As sanções foram estabelecidas pelo eminente relator com fulcro nos arts. 59 e 68 do CP.

Assim, correta a pena-base do acusado Ângelo Calmon de Sá, fixada em 7 (sete) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, à razão diária de um 50 (cinquenta) salários-mínimos vigentes na época dos fatos, e tornada definitiva nesse patamar à míngua de atenuantes, agravantes, causas de diminuição ou aumento de pena

Igualmente acertada a pena-base do réu José Roberto David de Azevedo por este crime, de 7 (sete) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, à razão

diária de 50 (cinquenta) salários-mínimos vigentes na época dos fatos.

A pena foi elevada em 1/6 (um sexto), em razão da incidência da causa de aumento do concurso formal (arts. 16 e 22 da Lei 7.492/1986), nos termos do art. 70 do CP, definitivamente, para 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa, à razão diária de 50 (cinquenta) salários-mínimos vigentes na época dos fatos.

O regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade de ambos os réus será o semiaberto (art. 33, § 2º, *b*, do CP).

Não fazem jus à substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista o óbice no inciso I, parte inicial, do art. 44 do CP.

Ante o exposto, *acompanho* o eminente relator para *dar provimento* à apelação do Ministério Público Federal, reformar a sentença absolutória e condenar Ângelo Calmon de Sá e José Roberto David de Azevedo na forma exposta no presente voto.

É como voto.

## Terceira Turma

Numeração única: 0008451-71.2009.4.01.3900/PA

Apelação Cível 2009.39.00.008458-5/PA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro  
 Apelante: Ministério Público Federal  
 Procurador: Dr. Bruno Araújo Soares Valente  
 Apelado: Fernando Agostinho Cruz Dourado  
 Advogados: Dr. André Trindade Nunes e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 1º/08/2014, p. 277

## Ementa

*Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Fiscalização CGU. Medicamentos vencidos e deteriorados. Correlação fatos narrados na inicial e condições de armazenamento. Ausência. Ocorrência de ato ímprobo não demonstrado.*

I. A ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor. Se assim não fosse, qualquer irregularidade praticada por um agente público poderia ser enquadrada como improbidade por violação do princípio da legalidade, sujeitando-o às pesadas sanções da respectiva lei, o que por certo tornaria inviável a própria atividade administrativa.

II. Relatório da fiscalização realizada pela Controladoria-Geral da União/CGU, utilizado como base para a presente imputação, não demonstra correlação entre os medicamentos que estavam vencidos e deteriorados com as condições do almoxarifado da Secretaria Estadual de Saúde/PA. O referido relatório também não apontou o suposto prejuízo ao Erário, bem como não foi realizada perícia que indicasse que os medicamentos estavam submetidos a acondicionamento e temperaturas indevidos.



III. O conjunto probatório dos autos *não evidencia que a conduta* do réu tenha importado na prática de ato de improbidade administrativa.

IV. Recurso improvido.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 22/07/2014.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — O Ministério Público Federal* ajuizou a presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa, perante a 2ª Vara da Seção Judiciária do Pará, contra Fernando Agostinho Cruz Dourado, Milena Farah Damous Castanho, Adilson José Coutinho de Mesquita e Laboratório Neo Química Comércio e Indústria Ltda., objetivando a condenação dos réus como incursos nas sanções previstas no art. 12, inciso II, da Lei 8.429/1992, pela prática de irregularidades no almoxarifado da Sesp, com a constatação de medicamentos vencidos ou deteriorados em decorrência das más condições de armazenamento, remédios esses advindos do Ministério da Saúde.

Por decisão de fls. 3.950-3.957, na forma do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, a inicial foi recebida *somente* em relação ao réu Fernando Agostinho Dourado, e instruído o feito, foi esse sentenciado em 08/04/2013 (fls. 4.075-4.092), tendo sido julgados improcedentes os pedidos formulados, ao fundamento de que não foram demonstrados nos autos o prejuízo financeiro ao Erário, bem como qualquer indício de desonestidade ou má-fé na conduta do réu.

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs o recurso de apelação (fls. 4.097-4.100), requerendo a reforma da sentença, para que o réu seja condenado nas sanções descritas na inicial, sustentando, em síntese, que:

- “[...] a equipe de fiscalização da CGU detectou diversas impropriedades no que tange às condições de armazenagem dos medicamentos;”

- “[...] percebe-se, de forma inequívoca, a prática de ato de improbidade pelo recorrente consistente na violação dos princípios que regem a Administração Pública, tendo em vista o mal trato com a coisa pública e ausência de zelo por parte deste.”; e

- “A falta de zelo no armazenamento dos referidos medicamentos ocasiona prejuízos não só àqueles que necessitam utilizá-los como

também à sociedade como um todo. Isto porque tais medicamentos foram adquiridos por meio de recursos públicos, provenientes dos tributos pagos pelos cidadãos [...]”.

Contrarrazões às fls. 4.111-4.118.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 4.125-4.127, opina pelo provimento do recurso de apelação.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal em face da r. sentença que julgou improcedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, movida contra Fernando Agostinho Cruz Dourado, ao fundamento de que não foram demonstrados nos autos o prejuízo financeiro ao Erário, bem como qualquer indício de desonestidade ou má-fé na conduta do réu.*

Requerendo a reforma da sentença para a condenação do réu nos termos propostos pela inicial, sustenta a recorrente, em síntese, que a equipe de fiscalização da CGU detectou diversas impropriedades no que tange às condições de armazenagem dos medicamentos; e que

[...] percebe-se, de forma inequívoca, a prática de ato de improbidade pelo recorrente consistente na violação dos princípios que regem a Administração Pública, tendo em vista o mal trato com a coisa pública e ausência de zelo por parte deste [...].

Vejamos.

A Lei de Improbidade Administrativa, que regulamentou o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, objetiva impor sanções aos agentes

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Renato Martins Prates e Pablo Zuniga Dourado (convocados).

públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao Erário (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

O ato ímprobo, mais do que um ato ilegal, é um ato de desonestidade do servidor ou agente público para com a Administração, e, portanto, não prescinde de dolo ou culpa grave evidenciadora de má-fé para que se possa configurar. Assim, a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo.

Em consequência, a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor. Se assim não fosse, qualquer irregularidade praticada por um agente público poderia ser enquadrada como improbidade por violação do princípio da legalidade, sujeitando-o às pesadas sanções da respectiva lei, o que por certo tornaria inviável a própria atividade administrativa, pois o erro é da essência do ser humano e simples erro não pode ser havido como ato de desonestidade para com o Estado.

Nesse desiderato, a MMª juíza federal *a quo*, ao prolatar a r. sentença apelada, julgou improcedente a presente ação por não estarem demonstrados nos autos o prejuízo financeiro ao Erário e a presença de qualquer indício de desonestidade ou má-fé na conduta do réu imprescindíveis para a caracterização do ato de improbidade administrativa. Senão vejamos:

#### Do mérito

Versa o presente feito sobre conduta ímproba atribuída ao requerido Fernando Agostinho Cruz Dourado, tipificada especialmente no art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, após o decote dos pedidos relacionados ao Pregão 03/2003, referente à existência de medicamentos com prazo de validade vencido, ou deteriorados por más condições de armazenamento durante a distribuição (transporte dos Correios), no que toca ao Programa de atendimento aos pacientes com HIV.

*Cumpra em primeiro plano assinalar no tocante ao item “medicamentos com prazo de validade vencidos” constante no relatório de fiscalização às fls. 83/85, a CGU não identificou a existência de prejuízo ao erário.*

Convém esclarecer que dentre as irregularidades noticiadas nos autos referentes ao Programa de Assistência Médica Farmacêutica Básica, pertinentes ao Pregão 03/2003 da SESPA, também se tratou das condições de armazenamento, quando foram tecidas mais considerações acerca

da estrutura do almoxarifado com relação aos medicamentos desse Programa, relacionadas ao controle de temperatura e do contato desses medicamentos com as paredes.

*Há que se fazer distinção entre os dois reportes da autoria da CGU, primeiro, para se assentar que não há correlação entre os medicamentos que estavam vencidos com as condições de armazenamento no almoxarifado central, e segundo, que não restou comprovado nos autos que qualquer medicamento do Programa Assistência Farmacêutica Básica estivesse deteriorado por condições equivocadas de armazenamento.*

*Ainda que estranha ao feito as condições de armazenamento dos medicamentos do segundo Programa de saúde, já que relacionadas ao pregão 003/2003, cuja apuração não mais persiste nos autos, importante frisar que os técnicos da CGU, que elaboraram o relatório de auditoria, não demonstraram que efetivamente os medicamentos que estavam em estoque pudessem estar submetidos a temperaturas indevidas, fazendo apontamentos genéricos de que o Estado do Pará se submete a temperaturas elevadas e que o almoxarifado da SESPA apresentava temperatura de “aproximadamente” 30°C. Não houve perícia para comprovar o alegado e nem diligências ulteriores da CGU para a aferição, por técnicos, da temperatura real do local. Com relação às caixas encostadas nas paredes, as fotos nos autos não comprovam o alegado, até porque foram produzidas em dissonância ao que dispõe o art. 385, § 1º e 2º, sem olvidar do fato de que o demandado procura explicar que as caixas de medicamentos nessa situação estavam vazias, uma vez retirados os medicamentos para agregação aos kits, estes sim, bem acondicionados e sem contato com paredes, o que vai ao encontro das fotos de fls. 387/388, que se revestem, entretanto, de valor probante relativo.*

*Os documentos dos autos revelam, ainda, que o demandado e a SESPA reconhecem a necessidade de melhoria do almoxarifado central (vide, por exemplo, fls. 142 e 2249), mas que as irregularidades encontradas nos medicamentos não decorriam desse fato, e, realmente, nenhuma prova carreada ao processo ilustra de forma insofismável que as condições de armazenagem não estivessem dentro dos padrões regulamentares. As testemunhas Lia Lobato Batista de Souza e Maria Rosiana Cardoso Nobre, respectivamente, Coordenadora Regional do Programa AIDS/DST e Diretora Técnica de Saúde da SESPA, na época dos fatos, narraram que os Técnicos do Ministério da Saúde faziam visitas anuais ao almoxarifado e não apontaram qualquer restrição quanto às condições de armazenagem dos medicamentos.*

*Não se desconsidere que na gestão do demandado na Secretaria de Saúde do Estado do Pará foi elaborado o Manual de Boas Práticas de Armazenagem e Distribuição de Medicamentos (fls. 431 e seguintes), nem mesmo o fato de que em 2005*

*já havia sido elaborado projeto de reestruturação do prédio do almoxarifado (fls. 389 e seguintes), fatos que demonstram a atitude proativa na execução dos Programas relacionados à distribuição de medicamentos no Estado do Pará, que nada se amolda à conduta desidiosa para com os recursos públicos a ele apontada.*

*Com relação à deterioração de medicamentos relacionados ao Programa AIDS/DST, a auditoria da CGU enfatizou que tal fato teria ocorrido por ocasião da distribuição pelos Correios, logo em fato que nada tem a ver com as condições de armazenamento no almoxarifado central da SESP, e, mais que isso, conforme já assentado na decisão que recebeu a petição inicial, e nas razões da contestação, tal deterioração decorreu de caso fortuito/força maior decorrente de roubo com relação aos medicamentos LOPINAVIR + RITONAVIR, SAQUINAVIR, INDINAVIR e RITONAVIR 100 mg, que não mais se prestaram para uso, depois de recuperados, o que se encontra fartamente demonstrado nos autos, como por exemplo às fls. 342/353, 2267/2278, 3994/3996 e 4020/4021, medicamentos, que também acabaram por perder a validade, conforme será deduzido abaixo, tornando-se inutilizáveis, assim como aconteceu com os medicamentos que foram devolvidos pelas famílias (relatório de fls. 84).*

*Neste desiderato, não vislumbro nos autos qualquer mácula que possa ser imputada ao demandante acerca da armazenagem inadequada de medicamentos, notadamente a relacionada à deterioração de medicamentos do Programa AIDS/DTS, cumprindo ressaltar que a testemunha LIA LOBATO relata, de passagem, que com relação aos medicamentos vencidos não tinha o almoxarifado, por razões óbvias, o mesmo cuidado que tinha com os efetivamente em uso.*

*No que pertine aos medicamentos vencidos relacionados ao Programa AIDS/DST, na linha do já pontuado ao norte, tenho que as justificativas apresentadas pelo demandado (defesa preliminar, contestação e alegações finais), aliada às provas dos autos, corroboradas pelas provas testemunhais, indicam que:*

*- tais medicamentos eram comprados pelo Ministério da Saúde, e repassados aos Estados para distribuição aos Serviços Ambulatoriais Específicos para os portadores de AIDS/DST (SAE), localizados, no caso do Pará, em alguns polos (sic) municipais, ficando a maior parte em Belém, polos esses que foram se alargando, ao longo dos anos, facilitando a dispensação dos medicamentos aos pacientes, que tinham que vir à capital do Estado para receber o tratamento;*

*- com a entrega pelo Ministério da Saúde, e a partir da criação do sistema MEDCON, hodiernamente SICLON, os dados referentes aos medicamentos eram registrados no sistema, que possuía campos específicos para registrar a validade dos lotes de medicamentos, o que gerava relatórios mensais que eram remetidos ao Ministério da Saúde, passando a ser “on line”*

*a partir do ano de 2004, cujas informações eram constantemente atualizadas pelos farmacêuticos da SESP, onde se destaca a Sra. Érika Cristina Maia Russo Pedrosa, que nada obstante, mantinha contato perene com os responsáveis pelo Programa da AIDS/DST junto ao Ministério da Saúde, especialmente por e-mails (por exemplo, fls. 373 e seguintes);*

*- que dos relatórios gerados pelo sistema MEDCON, assinados pela farmacêutica e pela testemunha LIA LOBATO, Coordenadora regional do Programa no Pará, observa-se que eram lançadas informações sobre a perda de validade dos medicamentos nos próximos seis meses, o que era de inteiro conhecimento do Ministério da Saúde;*

*- que os medicamentos vencidos eram deslocados para o campo de perdas do sistema MEDCON, e que, logicamente, ficavam inutilizáveis, não adotando o Ministério da Saúde qualquer providência para o recolhimento ou baixa, por qualquer meio, normalmente incineração, dos mencionados medicamentos, já que era sua a responsabilidade para que fosse autorizado aos Estados a incineração, e disto não se discorda porque os medicamentos eram comprados pelo Governo Federal, e uma vez não utilizados não poderiam os entes federativos dispor a seu talante dos medicamentos do Programa NACIONAL de dispensação de medicamentos aos pacientes de AIDS/HIV, conforme se depreende, dentre outros documentos e da prova testemunhal, o depoimento de fls. 228, prestado ainda em sede de inquérito administrativo;*

*- da mesma forma, não poderia a SESP dispor dos medicamentos que estavam para vencer, através do remanejamento para outros Estados, porque tal ato também necessitava de autorização do Ministério da Saúde, que gerenciava o Programa Nacional (vide fls. 2301), com controle geral dos estoques e prazos de validade dos medicamentos, lastreado no sistema MEDCON, não se podendo responsabilizar os gestores regionais, já que meros executores, por certo;*

*- a situação de medicamentos vencidos no almoxarifado central ganha enorme expressividade, pois a fiscalização da CGU ocorreu em 2005, e no estoque havia medicamentos vencidos desde o ano de 2002, o que precisava de imediato equacionamento, entretanto, as medidas que foram apresentadas quanto ao relatório de fiscalização da CGU, e a este item, especialmente, que, registre-se, não foi apenas com relação ao Estado do Pará, remontam ao ano de 2007, quase um ano e meio após a fiscalização, e foram paliativas e até contraditórias ((fls. 116, 269 e 279), já que o Ministério da Saúde conhecia a situação dos estoques, pois já instalado o MEDCON, não autorizava qualquer desfazimento dos medicamentos vencidos, apesar de demonstradas as perdas, não podendo cobrar isso dos Estados, que, como muito bem destacado, às fls. 279, apenas contribuíam nas questões de gerenciamento de estoques e eram executores do Programa AIDS/DST em nível regional, não se olvidando que a farmacêutica/bioquímica da SESP mantinha frequente contato com o Comitê*

Nacional do Ministério da Saúde, por e-mail, além das observações lançadas no sistema MEDCON;

- que alguns dos medicamentos do tratamento da AIDS possuíam validade curta, de até seis meses (fis. 2301 e 3997), e que, não raro, já chegavam ao Estado do Pará, tardiamente, diminuindo a possibilidade de uma dispensação aos pacientes de forma mais folgada, problema que era levado à discussão nos fóruns nacionais, já que os critérios de entrega de medicamentos entre as Regiões levavam à distorções, com preterição do Norte, conforme se depreende da oitiva da testemunha Maria Rosiana Cardoso Nobre;

- que o tratamento da AIDS veio evoluindo ao longo dos anos, onde alguns medicamentos ficaram obsoletos, em face das reações desagradáveis que causavam aos pacientes, o que demandava a diminuição da dosagem, a agregação com outros medicamentos do “coquetel”, ou mesmo sua substituição por outros medicamentos de maior eficácia, ou a simples desconstituição, conforme se nota, por exemplo, com a medicação DELAVIRDINA 100 mg, que foi desconstituída a partir de fevereiro/2002, quando aparece a baixa de 27.000 comprimidos, considerados como perdas no sistema MEDCON, não mais apresentando qualquer aporte no mês março/2002 (vide fis. 3999/4000);

- que, em que pese os números expressivos do relatório da CGU de medicamentos vencidos (fis. 84/85), o que se constata é que os valores não se referem a caixas de medicamentos, mas de cápsulas, que seriam destinados aos pacientes, que consumiam, em alguns casos, de 10 a 12 comprimidos ao dia de uma droga só, o que demandaria 300 a 360 comprimidos/mês por paciente. As provas dos autos também nos informam que com a utilização do sistema MEDCON as perdas por vencimento de medicamentos tenderiam a ser tornar mínimas (fis. 279 e 2247);

- outro fato que chama a atenção é que o número de comprimidos ou frascos vencidos em relação a alguns medicamentos, como o ZIDOVUDINA 100 mg, representava o percentual inexpressivo se comparado com o número de cápsulas consumidas pelos pacientes em determinado mês (fis. 3991);

- por outro lado, importante frisar que não se tem nos autos comprovação de que os medicamentos vencidos estivessem misturados no almoxarifado às outras drogas em utilização, nem que qualquer paciente tenha ingerido medicamento com prazo de validade expirado ou mesmo medicamento deteriorado em virtude das condições de armazenamento, tampouco que tivesse faltado medicamentos para atendimento aos pacientes, constando do processo informações que o Programa Nacional de entrega de medicamentos aos portadores de AIDS/DST era de grande reconhecimento, inclusive internacional, com verba orçamentária suficiente para fazer frente às despesas a ele relacionadas.

Em suma, com relação ao Programa de entrega de medicamentos pelo Ministério da Saúde ao Estado do Pará para dispensação aos pacientes de AIDS/DST, o relatório da CGU de fis. 83/85 demonstra que a matéria não envolvia recursos financeiros e, portanto, o valor potencial do prejuízo ao erário seria inexistente.

Por conseguinte, impende considerar que a hipótese residual de conduta antijurídica a que possa ter incidido o demandado diz com a aplicação do art. 11, da LIA, já que afastada qualquer imputação de lesão ao erário ainda na esfera administrativa.

Ora, impõe-se definir os reais contornos jurídicos dos chamados atos de improbidade, isto é, aqueles cuja disciplina de apuração e punição submetem-se aos ditames da Lei n. 8.429/92, na acepção veiculada pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

Sobre o tema, já restou assentado na doutrina e jurisprudência nacionais que o ato de improbidade administrativa, muito mais do que um simples ato de ilegalidade na condução dos negócios públicos, encontra sua matiz específica na qualificação da conduta administrativa pela imoralidade no trato da coisa pública, isto é, o ato ímprobo, muito além de ato ilegal, é aquele que se caracteriza pelo desprezo à obrigação de retidão e honestidade que se impõe, como dever constitucional, ao gestor público nas diferentes esferas.

Nesse quadro, é forçoso concluir que a simples conduta ilegal, à margem dos ditames das leis e regulamentos, por vezes pode não ser suficiente para caracterizar como ímproba a conduta de determinando agente público, impondo-se que, ao lado de tal ilegalidade, subsista, de forma inequívoca, a intenção do agente em lesar o patrimônio público, auferir vantagens indevidas e ofender os princípios que regem a Administração.

Tal interpretação conduziu os juristas pátrios a definir, como elemento subjetivo do ato de improbidade, o dolo do agente, isto é, a intenção consciente de incorrer nas condutas previstas na Lei n. 8.429/92 e obter os resultados ali previstos, afastando-se, assim, a possibilidade de ato de improbidade caracterizado por conduta de feição culposa.

[...]

De fato, a correta interpretação do comando em questão deve estar estritamente vinculada ao conceito de improbidade, na forma já anteriormente exposta, qual seja, de conduta ilegal marcada pela imoralidade administrativa, gênero da qual a improbidade é espécie qualificada. Ao lado de tal requisito, há ainda que se observar a existência de má-fé na conduta do agente, consubstanciada no elemento volitivo (dolo), e que não estejamos, também, diante de meras irregularidades administrativas.

Com efeito, a prova dos autos é pródiga em fornecer elementos que apontam para a inexistência



de conduta ímproba por parte do requerido, conforme ao norte apontado.

Entretanto, não há dúvida de que existe irregularidade na manutenção de medicamentos vencidos, ainda mais que oriundos de lotes vencidos no ano de 2002, ou mesmo deteriorados, por quaisquer que sejam os motivos, no almoxarifado da SESPA, todavia, não vislumbro que a conduta do administrador público tenha sido de tal forma imoral e ilegal ao ponto de ser enquadrada como improbidade administrativa, especialmente porque as providências administrativas para o equacionamento do problema estiveram sob o alvedrio do Ministério da Saúde, que necessitava autorizar o remanejamento para outros entes federativos dos produtos próximos do vencimento ou o desfazimento do material farmacêutico imprestável.

Tal ocorre por não se vislumbrar, na hipótese, qualquer resquício ou indício de que, ao agir como agiu, tenha o administrador incorrido em desonestidade ou má-fé no trato da coisa pública, quando sequer houve prejuízo ao erário, e muito menos que qualquer paciente portador de AIDS/HIV ou outras doenças sexualmente transmissíveis pudessem ter se utilizado de medicamento vencido ou deteriorado, aliado ao fato de que o Ministério da Saúde foi parcimonioso na análise do sistema MEDCON, deixando de ultimar providências de seu talante para equacionar os problemas de estoque das unidades federativas com medicamentos vencidos.

É de se concluir, portanto, que a partir da interpretação sistemática da Lei de Improbidade Administrativa, da Constituição Federal e dos fatos descritos nos autos, não há que vingar a pretensão de enquadrar como ímproba a conduta do requerido. *Seja porque ausente prejuízo financeiro ao erário ou porque ausente qualquer indício de desonestidade ou má-fé em sua conduta.*

Bem se observa que o legislador, ao editar a Lei nº 8.429/92, não teve por escopo punir condutas como a do demandado, mas sim atingir o gestor fraudulento o que não se vislumbra nesses autos.

Importa registrar que não se está aqui a defender a inexistência de irregularidade, mas que não cabe ao demandado assumir o pesado ônus de sua ocorrência, porque ladeado de circunstâncias que afastam a sua responsabilização, à luz da LIA.

*No caso dos autos, há que ser afastada a tipicidade da conduta do requerido, à míngua dos pressupostos legais, na forma da fundamentação supra, haja vista que quanto à questão dos medicamentos vencidos, ficou esclarecida a existência do sistema MEDCON e a forma de sua operacionalização, as responsabilidades pela gerência dos medicamentos entregues à SESPA, e o porquê de todos esses anos decorridos (2002 a 2005), com medicamentos imprestáveis para uso no almoxarifado central, sem qualquer atuação do Ministério da*

*Saúde para corrigir a situação, bem como as questões relacionadas à armazenagem dos medicamentos.*

Vale ressaltar no que toca à CGU, esta claramente mostrou desconhecer os procedimentos relacionados ao Programa de atendimento aos portadores de AIDS/HIV, deixando de apurar a inação do Ministério da Saúde em acompanhar e fiscalizar o mencionado Programa, 14 mesmo diante de ferramenta importantíssima consubstanciada no sistema MEDCON.

Diante do exposto, *julgo improcedentes* os pedidos formulados, deixando de condenar o Ministério Público Federal nas verbas de sucumbência. – grifo nosso e do original

Pois bem, o Ministério Público Federal ajuizou a presente ação civil por ato de improbidade administrativa com base em relatório de fiscalização realizado pela CGU *in locu* no almoxarifado da Secretaria Estadual de Saúde/PA – Sesp, onde, segundo consta, foram encontrados

*[...] medicamentos para tratamento dos portadores de HIV/AIDS com prazo de validade vencidos ou deteriorados por más condições de armazenagem durante a distribuição (transporte dos Correios) referente aos anos de 2002, 2003, 2004 e 2005 [...] (fl. 84).*

Ocorre que, conforme consignou a r. sentença apelada, e, contrariamente ao sustentado pelo recorrente, as provas dos autos não demonstram que há correlação entre os medicamentos que estavam vencidos e deteriorados com as condições do almoxarifado fiscalizado.

Quanto aos medicamentos deteriorados, conforme enfatizado pelo relatório da CGU, tal fato se deu por falha na distribuição realizada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. E ainda, conforme demonstrado às fls. 342-353, 2.267-2.278, 3.994-3.996 e 4.020-4.021, tal deterioração decorreu por motivo de força maior decorrente de roubo dos medicamentos que, depois de recuperados, não se prestavam mais para uso.

O relatório de fiscalização também não apontou o suposto prejuízo ao Erário, bem como não foi realizada perícia que indicasse que os medicamentos estavam submetidos a acondicionamento e temperaturas indevidos.

E, ainda, os depoimentos testemunhais prestados em Juízo por Lia Lobato Batista de Souza e por Maria Rosiana Cardoso Nobre (fl. 4.059), respectivamente, coordenadora regional do Programa AIDS/DST e diretora de saúde da Secretaria de Saúde do Estado do Pará, que evidenciam as visitas anuais ao almoxarifado



e a inexistência de restrições às condições de armazenamento dos medicamentos.

Ademais, de conformidade com o depoimento da testemunha Maria Rosiana Cardoso Nobre, alguns medicamentos da AIDS possuíam curta validade, até 6 (seis) meses (fls. 2.301 e 3.997) e muitas vezes chegavam ao Estado do Pará, tardiamente, diminuindo a possibilidade de distribuição aos pacientes de forma mais folgada.

Diante disso, consoante demonstra o conjunto probatório dos autos, seja documental ou testemunhal, a conduta do réu não importou na prática de ato de improbidade administrativa, razão pela qual a r. sentença apelada que julgou improcedente a presente ação deve ser mantida.

*Isto posto*, por tais razões e fundamentos, nego provimento ao recurso de apelação.

É como voto.

## Quarta Turma

### Apelação Criminal 0009283-70.2010.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Ítalo Mendes  
 Relatora: Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada)  
 Apelante: Justiça Pública  
 Procurador: Dr. Frederico Pellucci  
 Apelado: José Divino Nicodemos  
 Advogado: Dr. Valdomiro Acosta Lopes  
 Publicação: e-DJF1 de 1º/07/2014, p. 213

## Ementa

*Penal. Processo Penal. Pedofilia. Armazenamento digital e divulgação na internet de fotografias de sexo explícito e pornografia com crianças e adolescentes. Arts. 241-A e 241-B, ambos da Lei 8.069/1990. Materialidade e autoria comprovadas. Dosimetria da pena. Reforma da sentença. Apelação provida.*

I. Sentença que condenou o ora apelado pela apontada prática dos delitos previstos nos arts. 241-A e 241-B, ambos da Lei 8.069/1990, tendo, ao final, substituído a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes, ambas, em prestação pecuniária.

II. Sentença reformada em parte para substituir a pena privativa de liberdade por uma pena de prestação pecuniária e outra de prestação de serviços à comunidade a ser definida pelo juízo da execução.

III. Apelação provida.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 06/05/2014.

Juíza Federal *Clemência Maria Almada Lima de Ângelo*, relatora convocada.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Mendes: — Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 232-236), em face da v. sentença de fls. 217-229, que, em suma, julgou procedente a pretensão contida na denúncia, condenando o réu José Divino Nicodemos pela prática dos delitos descritos no art. 241-A e 241-B, ambos da Lei 8.069/1990.

Sustentou o apelante, em defesa de sua pretensão, em síntese, que:

1) “A r. sentença de fls. 217/229 condenou José Divino Nicodemos à pena de 4 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, pela prática dos delitos tipificados no art. 241-A e 241-B, ambos da Lei 8.069/90” (fl. 233);

2) “A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, porquanto presentes as

condições estabelecidas no art. 44, § 2º, do Estatuto Repressivo” (fl. 233);

3) “*Todavia, as duas penas restritivas de direito substitutas consistem em prestações pecuniárias*” (fl. 233);

4) “*Assim, a r. sentença merece reforma, tendo em vista que a aplicação de duas penas restritivas de direito da mesma natureza configuram, de fato, uma só pena, em desacordo à disposição expressa de lei*” (fl. 233);

5) “*Com efeito, nesse sentido, vislumbra-se o desrespeito à disposição do § 2º do art. 44 do Código Penal, que possibilita a substituição da pena privativa de liberdade superior a um ano, como na espécie, por duas penas restritivas de direito, o que de fato não se observa*” (fls. 233-234);

6) “[...] *merece reforma, data vênua, a decisão exarada pelo d. Juiz monocrático, cingindo-se a irrisignação deste órgão ministerial aos termos das substituições aplicadas*” (fl. 235);

7) “*De fato, vislumbra-se um certo consenso na doutrina e na jurisprudência de que, quando cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a espécie mais aconselhável é a da prestação de serviços à comunidade pelo condenado, mormente considerando seu caráter retributivo à sociedade pelo injusto causado, bem como pelo resultado útil e prático da reeducação propiciada pela oportunidade do trabalho que se espera alcançar com o efeito pedagógico da pena, desbordando dos limites de seu mero cumprimento*” (fl. 235); e

8) “*Nessa esteira, considerando o disposto no art. 43 do Código Penal, pugna-se que uma segunda pena restritiva de direito se concretize com a prestação de serviços à comunidade, atendidas as habilidades do condenado, de forma que, obrigando-se a participar de programas sociais, poderá rever os conceitos que o levou à prática do delito*” (fl. 235).

Ao final requereu o apelante “[...] *reforme a decisão recorrida, determinando-se que as penas restritivas de direito, aplicadas em substituição à privativa de liberdade, tenham natureza diversa, sendo pecuniária e outra de prestação de serviços à comunidade, com o seu cumprimento pelo mesmo prazo da condenação.*” (fl. 235).

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 242-244.

O d. Ministério Público Federal, no exercício das atribuições de fiscal da lei proferiu o parecer de fls. 287-291, em que opinou “[...] *pelo provimento da apelação criminal*” (fl. 291).

Processo encaminhado à Secretaria, para os fins do art. 613, I, do Código de Processo Penal em 07/11/2012.

É o relatório.

## Voto\*

A Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo: — Por vislumbrar presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da presente apelação.

Acerca dos fatos, narra a denúncia, naquilo que, *data venia*, reputo como essencial para o deslinde da causa que:

A investigação da conduta criminosa a seguir descrita teve início com a informação enviada pela empresa GOOGLE à Procuradoria da República no Estado de São Paulo, noticiando a veiculação de fotografias contendo pornografia infantil no site de relacionamento ORKUT.

Mediante a quebra de sigilo deferida pelo Juízo da 7ª Vara Criminal de São Paulo, verificou-se que, na ocasião da criação do perfil investigado, os logs de acesso partiram de Uberlândia, razão pela qual houve o declínio da competência para essa Subseção Judiciária.

Iniciou-se assim a operação policial que culminou com a prisão em *flagrante delicto* do nacional José Divino Nicodemos pela prática do crime tipificado, em tese, no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

Tal fato ocorreu aos cinco dias do corrente mês, quando, em cumprimento a Mandado de Busca e Apreensão expedido nos autos 7745.54.2010.4.01.3803. os executores da ordem judicial, ao adentrarem o quarto do investigado, depararam com grande quantidade de arquivos em computadores, cujo conteúdo eram fotografias de crianças e adolescentes nus, em poses sensuais e práticas sexuais.

Com efeito, tão logo iniciadas as buscas, bastou uma análise rápida e superficial do material encontrado em poder do acusado para que fossem identificados diversos arquivos contendo fotografias de crianças e adolescentes em poses sensuais e pornográficas.

Além disso, narra a autoridade policial que, devido ao grande volume do material apreendido, apenas uma pequena amostra foi objeto de análise pelos peritos. Assim, um novo laudo pericial, abrangendo a totalidade do material, encontra-se em fase de elaboração.

Entretanto, como visto alhures, embora o flagrante tenha ocorrido em razão da conduta consistente em possuir e armazenar, por meio eletrônico, fotografias e registros contendo cenas de sexo explícito e pornográfica envolvendo crianças e adolescentes, nítido é que ele também as repassava

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes e Hilton Queiroz.

virtualmente. Tanto assim é que as informações que culminaram com a referida prisão foram repassadas ao Ministério Público Federal pela GOOGLE, empresa especializada em buscas via internet, bem como responsável pelo ORKUT, site de relacionamentos [...] (fls. 03/04).

Por meio da v. sentença de fls. 217-229, o MM. juízo federal *a quo* condenou o ora apelado José Divino Nicodemus pela apontada prática dos delitos previstos nos artigos 241-A e 241-B, ambos da Lei 8.069/1990, tendo, ao final, substituído a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes, ambas, em prestação pecuniária, conforme a parte dispositiva de sentença abaixo transcrita:

#### DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo *PROCEDENTE* a presente ação penal proposta pelo Ministério Público Federal para *CONDENAR* o réu *José Divino Nicodemus* pela prática do crime previsto no art. 241-A da Lei nº 8.069-90 às penas de 03 (três) anos de reclusão e 10 dias-multa e pela prática do crime previsto no art. 241-B da Lei nº 8.069-90 às penas de 01 (um) ano de reclusão e 10 dias-multa, em concurso material (art. 69 do Código Penal), *totalizando*, assim, 04 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, sendo que o valor do dia-multa corresponderá a 1/30 do salário-mínimo da data da apreensão dos dispositivos de informática em que eram armazenadas as fotografias e vídeos (05/08/2010 – fl. 12), corrigido monetariamente até seu efetivo pagamento.

Tendo em vista a pena privativa de liberdade aplicada ao condenado (não superior a quatro anos de reclusão), ter sido o crime praticado sem violência ou grave ameaça, a ausência de antecedentes, assim como considerando a culpabilidade, a conduta social, a personalidade, os motivos e as circunstâncias em que foi praticado o delito, entendo preenchidos todos os requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Assim, nos termos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, nos seguintes termos:

1ª) *prestação pecuniária* no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), destinada à Associação dos Amigos do Núcleo de Estudos da Dança, mediante depósito na conta da referida entidade sem fins lucrativos, Caixa Econômica Federal – CEF, agência 3961, operação 003, conta 799-2, no prazo de até 90 (noventa) dias após o trânsito em julgado da presente sentença, valor que deverá ser atualizado monetariamente até seu efetivo pagamento;

2ª) *prestação pecuniária* no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), destinada ao Projeto de Inclusão Social Bom na Escola, Bom no Tênis, núcleo de Uberlândia, mediante depósito na conta do referido Projeto Social, Banco do Brasil, agência 447-2, conta 9418-X ou conta 9418-8, no prazo de

até 90 (noventa) dias após o trânsito em julgado da presente sentença, valor que deverá ser atualizado monetariamente até seu efetivo pagamento.

Em caso de descumprimento das penas restritivas de direito, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o aberto (art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal).

Condeno o réu José Divino Nicodemus, ainda, ao pagamento das custas processuais [...] (fls. 227/228).

Insurge-se o Ministério Público Federal, ora apelante, tão somente, contra a substituição da pena nos moldes como foi operada, alegando, em síntese, não ser possível, conveniente ou adequada a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos da mesma espécie, notadamente duas penas de prestação pecuniária, a teor do disposto no § 2º do art. 44 do Código Penal.

Afigura-se, *data venia* de eventual posicionamento em contrário, que merece ser parcialmente reformada a v. sentença apelada no tocante à substituição da pena privativa de liberdade.

De fato, conforme alegado pelo ora apelante, verifica-se que a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas da mesma espécie não atende o caráter retributivo da pena, além de violar o disposto no § 2º do art. 44 do Código Penal.

Frise-se, na hipótese, o posicionamento adotado pelo d. Ministério Público Federal, em parecer da lavra da eminente Procuradora Regional da República Dra. Valquíria Oliveira Quixadá Nunes, no excerto a seguir transcrito:

[...]

No entanto, observa-se que, após fixar a pena privativa de liberdade por ambos os crimes em 4 anos de reclusão, o eminente juízo de 1º grau, ao realizar a substituição prevista no art. 44, caput, do Código Penal, cometeu a impropriedade de cominar duas penas restritivas de liberdade de mesma espécie. Foi estabelecido que o Condenado, para evitar a privação de sua liberdade, deve efetuar duas prestações pecuniárias no valor de R\$ 5.000,00 cada, a distintas entidades sociais sem fins lucrativos.

Em que pese a pertinência da destinação atribuída aos valores decorrentes das prestações pecuniárias, certo é que a medida, na forma como se apresenta, contraria a lógica sistematizada pelo § 2º do art. 44 do Código Penal. Este dispositivo prevê que, caso a condenação reflita uma pena privativa de liberdade superior a 1 ano, esta pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou duas penas restritivas de direitos.

A leitura da norma citada à luz dos demais dispositivos do Código Penal e também da

Constituição Federal permite concluir que o legislador ordinário, quando instituiu o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quis readequar a aplicação do Direito Penal aos princípios da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, mas sem deixar de lado a justa reprovação e a necessária prevenção que qualificam a sanção penal. A providência adotada na sentença recorrida, no sentido de cominar idênticas penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade imposta a JOSÉ DIVINO, todavia, vai de encontro com essa perspectiva, haja vista que, em última análise, viabiliza uma punição com menor rigor do que prevê a lei.

Ora, os fatos atribuídos ao Apelado são gravíssimos. Consoante apurado em processo criminal, com respeito a todos os direitos e garantias constitucionais, além de armazenar grande acervo de fotografias digitais com cenas de pornografia infantil e juvenil, ele participava ativamente da rede virtual que assombra o mundo com a distribuição e proliferação inescrupulosa desse tipo de material proibido. A repercussão moral e social da conduta exposta nestes autos é exageradamente negativa.

Tenha-se em mente o estrago feito nas vidas daquelas crianças cujas imagens aparecem gravadas na mídia acostada à fl. 45 dos autos. Certamente, levarão o trauma do abuso sexual prematuro até o último de seus dias, como um carma de impossível redenção. E de certa forma, o Apelado, enquanto consumidor desse produto abjeto, é responsável direto por tudo isso. Gente que, como ele, alimenta essa libertinagem doentia, contribui decisivamente para a completa destruição de pessoas ainda nos primeiros anos de vida. Devem, por isso, receber do Estado o tratamento que merecem, com a força proporcional ao mal que produzem.

Portanto, não há como aceitar uma substituição penal como aquela realizada na sentença recorrida. Primeiro, porque transformou duas penas restritivas em apenas uma – é como se JOSÉ DIVINO tivesse que cumprir somente uma prestação pecuniária de R\$ 10.000,00. Depois, porque a sanção penal, na forma apresentada, não atende de modo algum ao postulado do art. 59, caput e inc. IV, do Código Penal. Com efeito, a providência em questão tem de considerar aspectos importantes do crime, como as circunstâncias judiciais que gravitam ao seu redor, e, com isso, atender ao pressuposto da suficiência na reprovação e prevenção de novos casos semelhantes. Em terceiro lugar, porque o próprio inc. III do art. 44 já prevê que o julgador deve apreciar a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como outras circunstâncias relevantes, para substituir adequadamente a pena privativa de liberdade. Cumpridos esses requisitos, outra conclusão não há senão a de que é necessário modificar a condenação dos autos.

Assim, vê-se que, mantida uma das prestações pecuniárias, a outra pena restritiva de direitos deve consistir na prestação de serviços comunitários, de acordo com as habilidades de JOSÉ DIVINO e natureza do crime praticado [...] (fls. 288/290).

Dessa forma, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena pecuniária e outra de prestação de serviços à comunidade a ser definida pelo juízo da execução.

Diante disso, dou provimento à apelação.

É o voto.

## Voto Revisor

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Os autos do processo foram recebidos e, sem acréscimo ao relatório, pedi dia para julgamento.

Apela o *Ministério Público Federal* de sentença que condenou *José Divino Nicodemos* a 4 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, pelos crimes descritos no art. 241-A e 241-B da Lei 8.069/1990, por ter convertido a pena privativa de liberdade em duas penas restritivas de direitos de mesma natureza (prestação pecuniária).

Quando procedeu à substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos, o magistrado determinou que as duas penas restritivas de direitos aplicadas consistissem no pagamento de duas prestações pecuniárias mensais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil), em favor de entidades sociais diversas.

O fato das duas prestações pecuniárias destinarem-se a pessoas distintas não afasta a conclusão de que, do ponto de vista do réu, trata-se apenas de uma pena pecuniária, cujo montante é o resultado da somatória das duas penas referidas — R\$ 5.000,00 destinados à Associação dos Amigos do Núcleo de Estudos da Dança e R\$ 5.000,00 destinados ao Projeto de Inclusão Social Bom na Escola, Bom no Tênis, núcleo de Uberlândia, totalizando uma pena pecuniária de R\$ 10.000,00 mensais pelo período da pena.

Esta Corte Regional Federal já teve oportunidade de se manifestar de maneira semelhante:

PROCESSUAL PENAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. PASSAPORTE. ART. 297 DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS DE IGUAL NATUREZA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Materialidade e autoria comprovadas pela documentação e depoimentos acostados aos autos, confirmando a prática do crime tipificado no art. 297 do Código Penal. 2. Sendo a ré primária e de bons antecedentes, já que inexistente sentença transitada em julgado contra ela, e, não havendo outras circunstâncias judiciais que justifiquem a fixação da pena-base acima do mínimo legal, deve a mesma ser reduzida, por força do art. 59 do Código Penal. 3. Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos de igual natureza. O § 2º do art. 44 do Código Penal determina a substituição da pena privativa de liberdade superior a dois anos por uma restritiva de direito e uma multa ou por duas restritivas de direito, não podendo ser, neste segundo caso, as penas substitutivas da mesma espécie, como, por exemplo, duas penas de prestação pecuniária. 4. Apelação da ré parcialmente provida e apelação do Ministério Público provida.

(ACR 0033095-29.2005.4.01.3800/MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.47 de 31/01/2013.)

Nesse contexto, e me alinhando aos judiciosos fundamentos do voto da relatora, à vista dos debates levados a termo nesta sessão de julgamento, *dou provimento à apelação*, para determinar que a substituição da pena privativa de liberdade se dê por uma pena pecuniária, na forma já definida na sentença (R\$ 5.000,00), e por uma pena de prestação de serviços à comunidade, a ser definida na execução.

É o voto.

## Quarta Turma

### Agravo de Instrumento 0071511-73.2012.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes  
 Agravantes: Zuer Soares Lemos e outros  
 Advogado: Dr. Faber Viegas  
 Agravado: Ministério Público Federal  
 Procurador: Dr. Mário Lúcio de Avelar  
 Publicação: e-DJF1 de 1º/08/2014, p. 308

## Ementa

*Administrativo. Processual Civil. Desapropriação agrária. Inserção de colonos no imóvel. Ação declaratória de nulidade. Dano ambiental. Inversão do ônus da prova. Custeio pelos ex-proprietários do imóvel. Ilegalidade.*

I. A ação da autoria do MPF contra os agravantes (desapropriados), a União e o Incra, busca a declaração de nulidade do procedimento administrativo que declarou de interesse público, para fins de reforma agrária, o imóvel antes pertencente aos agravantes, e tem por causa de pedir a suposta ilegalidade do procedimento, por se tratar de área composta por floresta primária ombrófila do ecossistema do bioma Amazônia.

II. Em verdade, mesmo prevalecendo a tese da decisão recorrida, de inverter o ônus da prova, por ele deve responder quem assumiu os riscos do suposto dano ambiental com a introdução de colonos no imóvel, o que, decididamente, não pode ser imputado aos agravantes, ex-proprietários do imóvel.

III. Quem, de verdade, deve custear a prova — se o Incra, se a União, a prevalecer a inversão do ônus, ou mesmo o MPF — é matéria a ser decidida pelo juízo recorrido, que não está devolvida ao exame do tribunal. O ponto que se firma é que os agravantes não podem ser responsabilizados pelo custeio da prova ambiental requerida pelo MPF.

IV. Provimento parcial do agravo de instrumento.

## Acórdão

Decide a Turma dar parcial provimento ao agravo de instrumento, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 22/07/2014.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.



## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Ruth Antonieta de Carvalho Lemos e Zuer Soares Lemos agravam de decisão da 1ª Vara Federal/MT que, em ação declaratória de nulidade do procedimento administrativo, que declarou de interesse público, para fins de reforma agrária, a Fazenda Nossa Senhora da Medalha Milagrosa, da qual eram proprietários, determinou aos recorrentes o adiantamento do valor dos honorários do perito, para realização da perícia requerida pelo Ministério Público Federal.

Para a decisão recorrida,

[...] tratando-se de ação que versa sobre matéria cujo âmbito de tutela é albergado pelo microsistema de proteção dos direitos difusos, composto, dentre outras, pelas Leis 7.347/1985 e 8.078/1990; a inversão do ônus da prova, *ope iudicis*, é medida que homenageia o contraditório, uma vez que possibilitará aos réus a desincumbência de seu mister, além de privilegiar a proteção do meio ambiente, em razão da aplicação do princípio “*in dubio pro natura*”; pelo que determino a inversão do ônus da prova, em favor da parte autora (MPF);[...]

Sustentam, em síntese, que, embora se possa determinar a inversão do ônus da prova para os casos de ação civil pública de caráter ambiental, para a hipótese a medida se revela desproporcional, uma vez que gerou ônus processual somente para eles, quando o Incra também integra o polo passivo da demanda, em litisconsórcio, além de ser ilegítima, pois não teriam responsabilidade sobre os eventuais danos ambientais provocados pela ocupação atual do imóvel, que decorreu da desapropriação para a qual não concorreram.

Afirmam que, se eventualmente da sentença decorrer algum direito de indenizar, este será integralmente do Incra, que detém a propriedade e a posse do imóvel. O pedido é no sentido de que o ônus processual seja imposto, exclusivamente à autarquia.

Processado o agravo, o órgão do Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República José Elaeres Marques Teixeira, opina pelo provimento.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — A ação foi promovida pelo Ministério Público Federal contra a União, o Incra e os agravantes.

Segundo a inicial,

[...] a demanda visa a declaração de nulidade do procedimento administrativo promovido pelo Incra, desde seu início até o decreto presidencial, que culminou com a declaração de interesse social para fins de reforma agrária do imóvel rural denominado Fazenda Nossa Senhora da Medalha Milagrosa, localizado no município de Aripuanã-MT [...].

O fundamento da ação é de que o procedimento administrativo, ao declarar o imóvel de interesse social e desencadear a desapropriação, atentou contra preceitos do direito ambiental, pois se trataria de área vedada a tal desiderato, em razão de ser composta por floresta primária ombrófila do ecossistema do bioma Amazônia, situação impeditiva à implantação de projetos de assentamento, conforme disporia o art. 37-A, § 6º, do Código Florestal; impeditivo esse que constaria também da Portaria 88/1999 do Ministério de Política Fundiária.

A desapropriação, portanto, teria sido um ato ilegal e a ocupação do imóvel por assentados teria provocado danos ambientais. Não discute o agravo de instrumento a possibilidade ou não da inversão do ônus da prova, em casos em que se apura dano ambiental. Reconhecem os agravantes que, em face do que preceitua o art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990, cumulado com o art. 21 da Lei 7.347/1985, a medida seria possível e legal.

O que está posto em discussão é o fato de a decisão ter-lhes imposto tal ônus, pois, conforme sustentam, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, contra o qual também se volta a ação do MPF, seria o único responsável pela atividade potencialmente perigosa ao meio ambiente e, portanto, o único a quem se imporá responder pela inversão da prova.

De fato, tendo a ação causa de pedir a ilegalidade do ato de declaração de interesse social do imóvel do Incra, que deu base à desapropriação, e o suposto dano ambiental que o assentamento de colonos na área teria provocado, não faz sentido, mesmo na duvidosa

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Hilton Queiroz e I'talo Mendes.

inversão do ônus da prova, carregar no custeio os ex-proprietários do imóvel, menos ainda excluir do encargo a autarquia e a União.

Quem deveria custear a prova, no rigor dos termos, era o MPF, autor da (discutível) ação. Mas, como o agravo não discute propriamente a inversão do ônus da prova, senão a responsabilidade única dos agravantes, a decisão deve centrar-se nesse ponto, com a exoneração dos recorrentes, que não deram causa aos problemas alegados pelo MPF.

Quem, de verdade, deve custear a prova — se o Inbra, se a União, a prevalecer a inversão do ônus, ou mesmo o MPF — é matéria a ser decidida pelo

juízo recorrido, que não está devolvida ao exame do tribunal.

Em verdade, mesmo prevalecendo a tese da decisão recorrida, de inverter o ônus da prova, por ele deve responder quem assumiu os riscos do suposto dano ambiental com a introdução de colonos no imóvel, o que, decididamente, não pode ser imputado aos agravantes, ex-proprietários do imóvel.

Tal o contexto, e levando em consideração os termos do parecer da Procuradoria Regional da República, *dou parcial provimento ao agravo de instrumento*, para exonerar os agravantes do encargo do custeio (com adiantamento) da prova pericial.

É o voto.

## Quinta Turma

### Agravo de Instrumento 0074677-16.2012.4.01.0000/DF

Relator:	Desembargador Federal Néviton Guedes
Agravante:	Abifina – Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades
Advogados:	Dr. Pedro Marcos Nunes Barbosa e outros
Agravados:	Eli Lilly do Brasil Ltda. e outros
Advogados:	Dra. Thaís de Kássia Rodrigues Almeida e outros
Agravada:	Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação:	e-DJF1 de 18/07/2014, p. 418

## Ementa

*Civil e Processual Civil. Agravo de instrumento. Intervenção de amicus curiae em primeiro grau de jurisdição. Descabimento.*

I. Pugna a Abifina – Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades, ora agravante, a sua admissão em âmbito infraconstitucional, o que não se subsume em quaisquer das hipóteses previstas na legislação de regência. Nenhum dos dispositivos legais que tratam desse instituto no atual ordenamento brasileiro, seja geral ou especial, prevê a presença dessa figura em primeiro grau de jurisdição.

II. A presença do *amicus curiae*, mesmo nos processos em que a lei admite sua participação, não prescinde da demonstração da relevância da demanda e de que o ente interventor tenha capacidade de contribuir no julgamento do processo. Além disso, a causa analisada deve conter potencial efeito multiplicador, transcendente, capaz de surtir efeitos para além dos seus postulantes.

III. No presente caso, considerando tratar-se de demanda em que se discute eventual postergação de prazo de patente de testes clínicos para fabricação de medicamento, não se vislumbra qualquer interesse público que possa transcender para além de seus litigantes ou que possua qualquer efeito multiplicador.

IV. A agravante é uma entidade que representa os interesses das indústrias que estão, no caso dos autos, contrapostos exatamente aos das empresas, ora agravadas, que já detêm e que pretendem a prorrogação dessa patente.

V. Em que pese a Abifina tenha procurado ressaltar elementos estranhos aos interesses das indústrias que representa, como por exemplo, a importância do medicamento em análise na sociedade, verifica-se, entretanto, que a sua manifestação, na essência, tem por objetivo preservar os interesses de seus associados (grandes e médias indústrias que atuam na área da química fina, em especial farmoquímica, farmacêutica e agroquímica), que têm um interesse concreto sob o ponto de vista da produção do medicamento em questão.

VI. Inadmissível, pois, a admissão da agravante na qualidade de *amicus curiae*.

VII. Também o pedido alternativo de admissão como assistente simples não merece acolhimento, pois o caso não se subsume ao disposto no art. 50 do CPC, segundo o qual “Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.”

VIII. Haveria interesse da Abifina em assistir a Anvisa caso existisse entre elas uma relação jurídica que pudesse ser atingida pelos efeitos da sentença na ação ordinária, não sendo este o caso dos autos. Seja qual for o sentido da decisão a ser proferida nos autos originários, ela não afetará qualquer direito ou dever alusivo aos interesses funcionais das empresas associadas à Abifina. Além disso, a agravante não faz parte da relação de direito material discutida no processo de origem. Em outras palavras, seja qual for a decisão a ser proferida no processo principal, ela não acarretará qualquer prejuízo na esfera jurídica da agravante.

IX. O único efeito prático que certamente ocorreria, em sendo julgada improcedente a ação principal e, por conseguinte, caindo em domínio público a invenção (medicação) das agravadas (Eli Lilly do Brasil Ltda. e outra), seria a sua exploração econômica pelas empresas associadas à agravante, o que claramente evidencia o mero interesse econômico da recorrente. Situação diversa seria se as empresas associadas à agravante já explorassem regularmente a tecnologia em análise e, na ação principal, estivesse em discussão o direito a manterem a sua utilização econômica.

X. O entendimento de que a intervenção de terceiro como assistente, na modalidade simples ou litisconsorcial, demanda a presença de interesse jurídico na vitória do assistido, não bastando que o interesse seja econômico ou de fato, é pacífico na jurisprudência desta Corte e na do Superior Tribunal de Justiça.

XI. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 02/07/2014.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades – Abifina de decisão que, em ação de rito ordinário ajuizada por Eli Lilly do Brasil Ltda. e outra em face da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, para obtenção de dilação de prazo de patente de testes clínicos para fabricação de medicamentos, indeferiu o pedido de intervenção da agravante na qualidade de *amicus curiae* ou, subsidiariamente, na condição de assistente simples da parte-ré (Anvisa).

O juízo de primeiro grau assim decidiu, negando o pedido, por entender que o requerimento da agravante (admissão como *amicus curiae*) carece de respaldo legal.

Alega a agravante, em síntese, que a decisão impugnada viola os arts. 50, II, 341, 482, §§ 2º e 3º, e 543-C, § 4º, todos do CPC e art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, bem como a jurisprudência firmada nos tribunais, que vêm admitindo a figura do *amicus curiae* nos feitos em que haja relevante interesse social, sendo esta a hipótese dos autos, em que o acesso a medicamentos poderia ser restringido.

Sustenta, ainda, a agravante que o instituto do *amicus curiae* de há muito deixou de ser admitido apenas no controle concentrado de constitucionalidade, passando, segundo sua ótica, a ser admitido de forma ampla e democrática por todo o Judiciário, desde que presentes os requisitos autorizadores (representatividade nacional do ente, interesse público relevante e pertinência temática). A fim de corroborar sua tese, cita precedente do STJ que, em feito supostamente similar ao que ora se apresenta, por entender demonstrada a

representatividade e a pertinência temática, admitira a agravante na qualidade de *amicus curiae*.

A fim de demonstrar sua representatividade, esclarece a Abifina, entidade de classe nacional, fundada aos 18/06/1986, que:

a) representa grandes e médias indústrias no Brasil, atuantes na área da química fina (farmoquímica, farmacêutica e agroquímica);

b) que objetiva o apoio ao desenvolvimento tecnológico e industrial de empresas nacionais desses setores;

c) que, nos anos 80 e 90, foi participante das câmaras setoriais;

d) desde 2002, participa de diversos grupos de trabalho criados pelos fóruns de competitividade das cadeias produtivas, farmacêutica, agroquímica e de biotecnologia;

e) fez-se presente em rodadas de negociações alusivas a acordos internacionais como o Mercosul, OMC, Alca, Aladi e Comunidade Europeia, bem como faz parte de um grupo formado por 34 entidades empresariais, criado no âmbito da Confederação Nacional da Indústria – CNI, com o intuito de formular as políticas industriais, e

f) possui representatividade nas regiões Sul, Sudeste e Nordeste do País.

No que tange à relevância da matéria discutida no processo principal, aduz que a petição inicial cuida de pedido de dilação de prazo de patente de testes clínicos relativos à tecnologia farmacêutica de fabricação de cloridrato de duloxetine, cujo uso terapêutico volta-se à doença denominada de transtorno depressivo maior – TDM, que seria a quarta causa de incapacidade no mundo. E explica:

A posologia mínima recomendada do cloridrato de duloxetine é de uma dose de 60 mg por dia e que, considerando a inexistência no mercado de medicamentos genéricos – uma caixa com 14 cápsulas de 60 mg custa, em média, R\$ 140,00, representando uma grande fatia do salário-mínimo nacional[...].

Afirma, assim, haver incontestemente interesse público na causa, razão pela qual seria imperativa sua admissão no feito como *amicus curiae*, “sem prejuízo da participação do Ministério Público na forma do art. 82 do CPC”.

No caso de não ser acolhido o pedido de intervenção como amiga da corte, a agravante requer, subsidiariamente, que seja admitida como assistente simples da Anvisa, com fulcro no art. 50 do CPC, cujo conteúdo traz como requisito de admissibilidade uma

causa pendente e um interesse jurídico do pretense assistente.

Neste ponto, sustenta a Abifina que a sua assistência se justifica não apenas por simples vínculo contratual, mas também pela defesa que faz do direito fundamental à saúde, em proteção do interesse público correlato à ordem econômica e ao impacto no direito do consumidor, em cumprimento ao objetivo do seu ato constitutivo. Além disso, argumenta que o processo principal tem o condão de afetar não só a produção dos medicamentos genéricos, como também toda a sociedade, ensejando a sua participação como assistente simples.

Este Tribunal, por intermédio do despacho de fl. 464 (destes autos digitais), outorgou às partes e ao Ministério Público Federal oportunidade para manifestação, em razão da complexidade e relevância da matéria.

As agravadas Eli Lilly do Brasil Ltda. e outra, em contraminuta (fls. 471-477 destes autos digitais), manifestaram-se contrariamente ao ingresso da agravante na qualidade de *amicus curiae*, defendendo, em síntese, que

No presente caso, a Abifina representa um grupo de empresas nacionais atuantes na mesma área das agravadas, qual seja o mercado farmacêutico, portanto, trata-se de uma entidade representante das concorrentes das agravadas, o que explica o seu interesse particular no resultado da presente lide. A Abifina procura exercer, tão somente, a defesa de uma das partes, em prol de seus interesses particulares e que, portanto, a admissão dessa entidade no feito como *amicus curiae* em nada contribui para o esclarecimento das questões pertinentes ao caso, motivo pelo qual deve ser mantida a acertada decisão agravada.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento parcial do agravo, apenas para determinar ao juízo monocrático que emita pronunciamento sobre o pedido de ingresso da agravante como assistente simples, mantendo a rejeição relativamente à pretensão de ingressar como amiga da corte (fls. 487-498 - autos digitais).

Por meio da decisão de fls. 512-519, a então relatora deste agravo, a Des. Federal Selene Almeida, deferiu o pedido de antecipação de tutela para admitir a agravante como *amicus curiae* no processo principal.

A agravante, por meio da petição de fls. 529-531, comunica ter sido proferida sentença de improcedência do pedido no feito principal e manifesta seu interesse no julgamento de mérito do presente recurso.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Na ação de origem, Eli Lilly do Brasil Ltda. e outra visam obter da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa dilação de prazo de patente de testes clínicos para fabricação do medicamento cloridrato de duloxetine.

Pelo que informa a agravante e se confirma por meio do sistema processual informatizado desta Corte, após ter sido proferida a decisão monocrática no âmbito deste Tribunal, deferindo a antecipação de tutela, para admitir a agravante como *amicus curiae*, foi proferida sentença de improcedência no processo principal.

De se ter presente que tal fato não obsta a que se aprecie o mérito do presente agravo, posto que configurada, no caso, situação excepcional em que, apesar do julgamento do feito principal pertinente, o agravo não perde o objeto, já que trata da inclusão/exclusão de partícipes no processo, o que pode acarretar, a depender do resultado deste julgamento, até mesmo a anulação de atos processuais.

### I – Da admissão da agravante como *amicus curiae*

A figura do *amicus curiae* foi prevista inicialmente no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 6.385/1976 que, em seu art. 31, determinou a intervenção da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) nos processos que tratem de matéria objeto da competência da referida autarquia e, posteriormente, no art. 89 da Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), que impôs a intimação do Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) nas demandas que versarem sobre direito concorrencial. Em ambos os casos,

[...] o legislador, reconhecendo as dificuldades técnicas dessas causas, determinou a intervenção do *amicus curiae* e ainda indicou quem exerceria as funções de auxiliar do magistrado. (in *Ações Constitucionais*, Organizador Fredie Didier Jr., Editora Juspodium, 4. ed., 2009, p. 457.)

Atualmente, os pedidos de ingresso de entidades na qualidade de *amicus curiae* comumente ocorrem nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, considerada a relevância da matéria e a representatividade do requerente, nos termos do que estabelece o § 2º do

art. 7º da Lei 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

Lei 9.686/99

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

[...].

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Essa mesma lei (e, praticamente, como corolário), em seu art. 29, acresceu ao art. 482 do CPC (que se insere no Capítulo II – da Declaração de Inconstitucionalidade – do Título IX – do Processo nos Tribunais), dois parágrafos, um dos quais (o terceiro) cuidando do *amicus curiae*, repetindo a regra contida no já transcrito § 2º do art. 7º. Confira-se:

Art. 482 do CPC

[...].

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades (parágrafos acrescentados pelo art. 29 da Lei 9.868, de 10.11.1999).

De modo semelhante, o art. 543-C do CPC estabelece:

Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

[...].

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

[...].

O instituto também está previsto nos incidentes de uniformização instaurados nos Juizados Especiais Federais (cito):

Lei 10.259/01.

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).



[...].

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

O *amicus curiae*, pois, atua como auxiliar do juízo para o fornecimento de apoio técnico, seja em razão de intervenção provocada pelo magistrado, seja por seu próprio requerimento e, nessa condição, não se confunde com o terceiro que intervém em razão do interesse de uma das partes.

Essa figura, uma modalidade de intervenção *sui generis*, prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, foi incorporada à legislação brasileira com o fim de propiciar a pluralização do debate instaurado em processo de natureza objetiva, viabilizando o conhecimento de “todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia” (ADI 2.130-MC/SC, Pleno, rel. Min. Celso de Mello).

De se ter presente que a admissão do *amicus curiae*, que deve ocorrer à luz de previsão legal, demanda também a comprovação da representatividade do postulante e a natureza dos interesses envolvidos, como se observa da *ratio essendi* que envolve o instituto.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTERVENÇÃO DE AMICUS CURIAE. DESCABIMENTO.

1. Não estando o presente recurso submetido ao rito dos recursos repetitivos e nem se incluindo na hipótese de multiplicidade de demandas similares a demonstrar a generalização da decisão, não há previsão legal para a inclusão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB na condição de *amicus curiae*, notadamente porquanto em discussão direito individual ao recebimento de verba advocatícia.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na PET no AREsp 151.885/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11/09/2012, *DJe* 04/02/2013)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXPOSIÇÃO DE TRABALHADORES AO AMIANTO. DECRETO Nº 2.350/97. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE PORTARIA MINISTERIAL. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. LITISCONSORTE NECESSÁRIO. ASSISTENTE. AMICUS

CURIAE. OMISSÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. ART 535 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração não se revelam como meio adequado para o reexame de matéria decidida pelo órgão julgador, mormente quando se denota o objetivo de reformar o julgado em vista da não concordância com os fundamentos presentes na decisão recorrida.

2. A regra disposta no art. 535 do CPC é absolutamente clara sobre o cabimento de embargos declaratórios, e estes só têm aceitação para emprestar efeito modificativo à decisão em raríssimas exceções.

3. A figura do *amicus curiae*, tão conhecida no direito norte-americano, chegou ao ordenamento positivo brasileiro por meio da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, inaugurando importante inovação em nosso Direito.

4. O *amicus curiae* poderá atuar na esfera infraconstitucional, objetivando a uniformização de interpretação de lei federal.

5. O escopo da edição da norma legal viabilizadora da intervenção do “*amicus curiae*” é o de permitir ao julgador maiores elementos para a solução do conflito, que envolve, de regra, a defesa de matéria considerada de relevante interesse social.

6. Intervenção especial de terceiros no processo, para além das clássicas conhecidas, a presença do *amicus curiae* no feito não diz tanto respeito às causas ou aos interesses eventuais de partes em jogo em determinada lide, mas, sim, ao próprio exercício da cidadania e à preservação dos princípios e, muito particularmente, à ordem constitucional.

7. “[...] Entidades que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que apóiem aos autos informações relevantes ou dados técnicos.” (STF, ADI-ED 2591 / DF, Rel. Ministro EROS GRAU, DJ 13-04-2007 PP-00083)

8. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no MS 12.459/DF, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2008, *DJe* 24/03/2008)

MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVOS REGIMENTAIS. EXPOSIÇÃO DE TRABALHADORES AO AMIANTO. DECRETO N. 2.350/97. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE PORTARIA MINISTERIAL. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. LITISCONSORTE NECESSÁRIO. ASSISTENTE. AMICUS CURIAE. PEDIDO DE ADMISSÃO INDEFERIDO.

1. Evidenciados os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, há de ser deferida liminarmente a medida impugnada em sede de mandado de segurança, presente o disposto no art. 7º, inciso II, da Lei n. 1.533/51. Hipótese em que a Portaria n. 1.851/2006, do Ministério da Saúde, ao traçar procedimentos com vistas a tornar exequível a norma do artigo 5º da Lei n. 9.055/95, regulamentada pelo artigo 12 do Decreto n. 2.350/97, parece ter ultrapassado os limites ali estabelecidos, seja por fixar obrigações a agentes não inseridos no campo de abrangência da lei, seja por se afastar dos critérios da razoabilidade, criando encargos de difícil senão impossível execução.

2. O juízo firmado em sede de medidas de natureza cautelar é naturalmente precário, porquanto lastreado na plausibilidade do direito arguido pela parte, estando essas decisões sujeitas a posterior confirmação ou revogação. Não se pode, por isso mesmo, confundir esse exame, realizado com base em juízo de delibação essencialmente provisório e sumário, com aquele mais profundo e detalhado, próprio da fase de cognição plena e exauriente.

3. Não comporta deferimento o pedido de admissão no processo na qualidade de litisconsorte passivo se não esclarecido pelo requerente em que consiste a relação de direito material que mantém com as partes envolvidas na demanda, bem assim em que medida essa relação poderia ser afetada pela decisão que vier a ser proferida, não servindo a tal desiderato motivações de cunho institucional, econômico ou corporativo da entidade.

4. Comporta acolhimento o pleito de ingresso de terceiro no processo sob a perspectiva do instituto do *amicus curiae*, quando a medida tiver respaldo em precedente do STF.

5. Agravo regimental da União não provido. Agravo regimental da Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto - ABREA e outro parcialmente provido.

(AgRg no MS 12.459/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2007, DJ 03/12/2007, p. 249)

No caso dos autos, pugna a agravante a sua admissão em âmbito infraconstitucional, que não se subsume em quaisquer das hipóteses previstas na legislação de regência. Nenhum dos dispositivos legais que tratam desse instituto no atual ordenamento brasileiro, seja geral ou especial, preveem a presença dessa figura em primeiro grau de jurisdição.

É bem verdade que o anteprojeto do novo CPC prevê esse tipo de intervenção. Mas essa previsão não serve para fundamentar a intervenção pleiteada, por duas razões fundamentais: a primeira delas, porque se trata de norma que ainda não foi criada e, a segunda, porque, mantendo o conceito atual, a figura — quando

for criada — exigirá que se trate de matéria relevante ou cuja decisão produza considerável repercussão social, como está previsto no que poderá ser o art. 320 do novo CPC:

Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.

Ainda que assim não fosse, a presença do *amicus curiae*, mesmo nos processos em que a lei admite a sua participação, não prescinde da demonstração da relevância da demanda e de que o ente interventor tenha capacidade de contribuir com o julgamento do processo. Além disso, a causa analisada deve conter potencial efeito multiplicador, transcendente, capaz de surtir efeitos para além dos seus postulantes.

No presente caso, considerando tratar-se de demanda em que se discute eventual postergação de prazo de patente de testes clínicos para fabricação de medicamento, não se vislumbra, a meu ver, qualquer interesse público que possa transcender para além de seus litigantes ou que possua qualquer efeito multiplicador.

Com efeito, a agravante é uma entidade que representa os interesses das indústrias cujos interesses estão, no caso dos autos, contrapostos exatamente aos das empresas, ora agravadas, que já detêm e pretendem a prorrogação dessa patente.

Em que pese a Abifina tenha procurado ressaltar elementos estranhos aos interesses das indústrias que representa, como por exemplo, a importância do medicamento em análise na sociedade, verifica-se, entretanto, que a sua manifestação, na essência, tem por objetivo preservar os interesses de seus associados (grandes e médias indústrias que atuam na área da química fina, em especial farmoquímica, farmacêutica e agroquímica), que têm um interesse concreto sob o ponto de vista da produção do medicamento em questão.

Inadmissível, pois, a admissão da agravante na qualidade de *amicus curiae*.

## II — Do pedido alternativo de admissão como assistente simples

Nos termos do art. 50 do CPC,

[...] pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em

que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la [...].

O presente caso, no entanto, não se subsume ao dispositivo supracitado.

Haveria interesse da Abifina em assistir a Anvisa caso existisse entre elas uma relação jurídica que pudesse ser atingida pelos efeitos da sentença na ação ordinária, não sendo este o caso dos autos. Seja qual for o sentido da decisão a ser proferida nos autos originários, ela não afetará qualquer direito ou dever alusivo aos interesses funcionais das empresas associadas à Abifina. Ademais, a agravante não faz parte da relação de direito material discutida no processo de origem, por isso que, seja qual for a decisão a ser proferida no processo principal, ela não acarretará qualquer prejuízo na esfera jurídica da agravante.

Por outro lado, o único efeito prático que certamente ocorreria, em sendo julgada improcedente a ação principal e, por conseguinte, caindo em domínio público a invenção (medicação) produzida pelas agravadas (Eli Lilly do Brasil Ltda. e outra), seria a sua exploração econômica pelas empresas associadas à agravante, o que claramente evidencia o mero interesse econômico da recorrente. Situação diversa seria se as empresas associadas à agravante já explorassem regularmente a tecnologia em análise e, na ação principal, estivesse em discussão o direito a manterem a sua utilização econômica.

O entendimento de que a intervenção de terceiro como assistente, na modalidade simples ou litisconsorcial, demanda a presença de interesse jurídico na vitória do assistido, não bastando que o interesse seja econômico ou de fato, é pacífico na jurisprudência desta Corte e na do Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. CESSIONÁRIO DOS CRÉDITOS DECORRENTES DO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. INGRESSO NA LIDE NA QUALIDADE DE ASSISTENTE LITISCONSORCIAL. INTERESSE JURÍDICO. EXISTÊNCIA.

1. O instituto da assistência é modalidade espontânea, ou voluntária, de intervenção de terceiro, que reclama, como pressuposto, interesse jurídico que se distingue do interesse meramente econômico (Precedentes do STJ: REsp 1.093.191/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 11.11.2008, *DJe* 19.11.2008; REsp 821.586/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07.10.2008, *DJe* 03.11.2008; AgRg no Ag 428.669/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 19.06.2008, *DJe* 30.06.2008; AgRg na Pet 5.572/PB, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira

Turma, julgado em 25.09.2007, *DJ* 05.11.2007; REsp 763.136/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04.10.2005, *DJ* 05.12.2005; EDcl nos EDcl no AgRg na MC 3.997/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.06.2002, *DJ* 05.08.2002).

2. O assistente luta pela vitória do assistido ou porque a sua relação jurídica é vinculada àquele, ou a res in iudicium deducta também lhe pertence. De toda sorte, além desses fatores, o assistente intervém porque a decisão proferida na causa entre o assistido e a parte contrária interferirá na sua esfera jurídica.

3. Doutrina abaliza pontifica que: “Somente pode intervir como assistente o terceiro que tiver interesse jurídico em que uma das partes vença a ação. Há interesse jurídico do terceiro quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida entre assistido e parte contrária. Não há necessidade de que o terceiro tenha, efetivamente, relação jurídica com o assistido, ainda que isto ocorra na maioria dos casos. Por exemplo, há interesse jurídico do sublocatário em ação de despejo movida contra o locatário. O interesse meramente econômico ou moral não enseja a assistência, se não vier qualificado como interesse também jurídico.” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, pág. 232).

4. *In casu*, a requerente, cessionária de créditos decorrentes do empréstimo compulsório sobre energia elétrica devidos à autora, formula pedido de ingresso na lide na condição de assistente litisconsorcial.

5. Deveras, a quaestio iuris atinente à possibilidade da cessão de créditos decorrentes do empréstimo compulsório sobre energia elétrica encontra-se pendente de julgamento pelo rito do artigo 543-C, do CPC (Recurso Especial 1.119.558/SC).

6. Entrementes, as normas insertas nos artigos 42, § 2º (o adquirente ou cessionário poderá intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente), e 54, do CPC (“considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”), autorizam o ingresso na lide do ora requerente na qualidade de assistente litisconsorcial.

7. Agravo regimental desprovido, confirmando-se o deferimento do pedido de ingresso da cessionária na lide na qualidade de assistente litisconsorcial, a qual receberá o processo no estado em que se encontra (artigo 50, parágrafo único, do CPC).

(STJ, AgRg no REsp 1080709/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, unânime, *DJe* 10/09/2010)

PROCESSO CIVIL. ASSISTÊNCIA SIMPLES. TRANSPORTE RODOVIÁRIO. PRETENSO PREJUÍZO FINANCEIRO DECORRENTE DA REALIZAÇÃO DE

PARADAS DE LINHA INTERESTADUAL SOBREPOSTA A LINHA INTERMUNICIPAL. INTERESSE MERAMENTE ECONÔMICO. DESCABIMENTO DA INTERVENÇÃO. EXIGÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO.

1. Não se justifica o acolhimento de pedido de intervenção na qualidade de assistente simples requerido por empresa operadora de linha intermunicipal em lide entre a ANTT e empresa operadora de linha interestadual onde se discutem locais de embarque e desembarque de passageiros, bem como, as regras tarifárias de tais procedimentos ao longo do trajeto, pois o interesse da requerente é inequivocamente de natureza exclusivamente econômica.

2. O interesse jurídico para a intervenção mediante assistência presume a existência de um processo entre duas ou mais pessoas, onde o direito de terceiro pode ser atingido pela eficácia natural da sentença, legitimando-se a atuação deste na qualidade de assistente simples, a fim de que a solução da contenda seja favorável a uma das partes.

3. Inexistente o interesse jurídico, é correta a decisão que rejeita o ingresso do interessado como assistente simples da ANTT.

4. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 1ª Região, AG 2008.01.00.044629-6/DF, Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, 5ª Turma, unânime, e-DJF1 de 03/07/2009, p. 133)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO POPULAR. DEVOLUÇÃO DE PRAZO. INDEFERIMENTO. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO.

I - Ausente o interesse jurídico no deslinde da demanda principal em favor de uma das partes, e estando claro que o interesse é meramente econômico, não há que se falar em assistência.

II - Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 1ª Região, AG 2008.01.00.004370-5/DF, Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, 3ª Turma, unânime, e-DJF1 de 22/08/2008, p.185)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

## Quinta Turma

Numeração única: 0013907-39.2003.4.01.3600

Apelação Cível 2003.36.00.013876-7/MT

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira  
Apelante: Wilson Cavallo  
Advogados: Dr. Edson Luiz Perin e outros  
Apelada: Sadia Agroavícola S/A  
Advogados: Dra. Vânia Wongtschowski e outros  
Apelado: Banco do Brasil S/A  
Advogados: Dr. Rosalvo Pinto Brandão e outros  
Apelada: União Federal  
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
Publicação: e-DJF1 de 06/08/2014, p. 519

## Ementa

*Responsabilidade civil. Projeto avícola em parceria com a Empresa Sadia S/A. Financiamento pelo Banco do Brasil com recursos do Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste (FCO). Ausência de promessas firmes e claras, muito menos da União, quanto a resultados positivos. Frustração do empreendimento. Risco inerente à atividade empresarial. Direito a indenização. Inexistência.*

I. Trata-se de pedido de “indenização por perdas e danos, lucros cessantes e danos morais” em razão de frustração de projeto avícola financiado com recursos do Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste (FCO).

II. Está correta a fundamentação da sentença no sentido de que “inexiste o alegado vício de consentimento, posto que, sendo o autor agricultor, produtor de soja e milho, afigura-se óbvio que tinha plena capacidade e experiência comercial suficientemente aptas a avaliar e apreciar adequadamente os termos do contrato e a

viabilidade econômica do projeto que assumiu. Assinou o contrato com plena consciência de suas consequências e nele vislumbrando aspectos vantajosos, que podem não ter se concretizado. Isso, entretanto, faz parte do risco do negócio e não se constitui em fundamento bastante para anular a manifestação de vontade”.

III. Não houve, no caso, promessas firmes, feitas de forma clara e precisa pelo Estado, de modo a ensejar responsabilidade civil por danos decorrentes da frustração de empreendimentos incentivados.

IV. Afirma o próprio autor, na inicial, que “nos anos de 1991 e 1992, com a instalação da agroindústria da Sadia Agroavícola neste Estado (financiado com recursos da Sudam e Banco do Brasil), a segunda requerida passou a incentivar os produtores rurais a se associarem à mesma, em parceria, no sistema denominado de integração avícola, para produção de frangos de corte com o intuito de abastecer seu frigorífico. A Sadia Agroavícola passou a promover reuniões com os produtores rurais de Chapada dos Guimarães, Agrovila Ponce de Arruda, Campo Verde, Jaciara etc. sempre acompanhada de representantes do Banco do Brasil. As reuniões visavam divulgar o sistema integrado de produção de frangos, que seria implantado pela Sadia no Estado, demonstrando aos agricultores/avicultores que estes teriam um lucro líquido anual de US\$ 5.700,00 par aviário. O Banco do Brasil, presença constante nessas reuniões, comprometia-se a financiar a instalação de aviários e funcionava como um aval às promessas”.

V. A União não estava presente e o Banco do Brasil era apenas o financiador dos projetos privados, aos quais, como sempre acontece em projetos da espécie, era inerente o risco empresarial.

VI. Negado provimento à apelação.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 30/07/2014.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:*  
— Trata-se de apelação interposta pelo autor contra sentença em que julgado improcedente pedido objetivando declaração de nulidade de cédula de crédito rural e condenação das rés no pagamento de indenização por perdas e danos, lucros cessantes e danos morais.

Alega o apelante que: a) “a Sadia apresentou aos pequenos agricultores de Chapada e Campo Verde, um projeto de financiamento de aviários para que estes criassem frangos, fornecendo-os ao frigorífico desta, apoiada pelo Banco do Brasil que nas reuniões de apresentação acompanhava os diretores da Sadia e com projetos econômico-financeiros de viabilidade econômica-financeira firmados pela empresa Agrisa, que de regra estava localizada dentro das instalações da Sadia”; b) “o Ministério Público Federal através dos Procedimentos Administrativos n. PR/MT 0247/97 e PR/MT 0267/97 apurou o desvio de recursos através desse projeto de implantação de aviários e de financiamento aos criadores de frango para abastecer a Sadia, transformado atualmente na Ação Civil Pública 2004.36.00.008972-3, em trâmite perante o juízo da 2ª Vara Federal de Mato Grosso”; c) “o dolo e a má-fé são evidentes, na medida em que a Sadia apresentava

a empresa de Projetos Agrisa como responsável pelos projetos, sem opção do Agricultor propor o financiamento por outra empresa de projetos, sendo estes imediatamente aprovados pelo Banco do Brasil que, de regra, tem a obrigação de analisar o projeto e sua viabilidade ou inviabilidade para que seja concedido o empréstimo”; d) “pequenos agricultores, como são os integrantes da Sadia, não possuem o discernimento nem o conhecimento suficientes a identificar se um projeto de financiamento é viável ou não”, bem como “é consabido a inviabilidade econômica da contratação de técnicos capazes de analisar o empreendimento, por parte do pequeno produtor rural, cuja situação econômica normalmente é de penúria”; e) “pelo demonstrativo assinado pelo Sr. Luiz Roberto Moseno, o lucro médio por produtor por cada lote produzido seria de US\$ 1.407,57”; f) “a interpretação técnico/econômica feita pela Empaer [...] mostra que pelos cálculos apresentados pela própria Sadia, o prejuízo por lote de frangos alojados seria de R\$ 794,66, ao passo que a Emaper calculava um prejuízo de R\$ 1.250,43 e a empresa Agrisa, contratada pela Sadia para fazer os projetos de financiamento que o Banco do Brasil viria a aprovar sem análise, apontava um lucro de R\$ 741,42 por lote de frangos produzidos”; g) “os financiamentos rurais através do Banco do Brasil aos produtores de frango para fornecer matéria-prima



ao frigorífico da Sadia foi objeto de auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União, que através do Relatório de Auditoria 013.267/99-0, concluiu, dentre outras irregularidades que: 'A atividade está colocando em risco o patrimônio dos produtores rurais [...]'; h) "a existência de dolo e fraude nos procedimentos da Sadia e Banco do Brasil" estão "fartamente demonstrados e comprovados pelas perícias, levantamentos, análise e Auditorias feitas pela Empaer, pela Universidade Federal de Mato Grosso, pelo Depto de Economia da Famato – Federação das Indústrias do Estado de Mato Grosso, pelo TCU [...], além do contido na Ação Civil Pública – autos 2004.36.00.008972-3".

Em contrarrazões, Sadia S.A. sustenta que: a) "nenhum dos argumentos narrados na petição inicial foi, nem minimamente, comprovado pelo apelante nos autos: nem a existência de conluio entre os apelados, nem o dolo em suas atitudes e, menos ainda, o inverídico fato de que o apelante teria sido levado a erro pelas apeladas quando celebrou o contrato objeto da presente demanda"; b) "o Sistema de Integração Avícola implantado no Mato Grosso, ao qual o apelante se vinculou, reproduz o modelo integrado adotado pela Sadia [...] em todo o território nacional desde 1966, principalmente nos Estados de Santa Catarina, Paraná, Rio Grande do Sul, Mato Grosso, Brasília, Goiás e Minas Gerais, apresentando atualmente forte sucesso no agronegócio brasileiro".

O Banco do Brasil, ao se defender, argumenta que: a) "a pretensão para discutir a suposta abusividade dos juros ou para requerer qualquer reparação civil está prescrita em conformidade com o art. 206, § 3º, inciso III e V, do Código Civil"; b) "inexiste qualquer vício de consentimento da reclamante ou má-fé do recorrido e o recorrente é pessoa plenamente capaz para analisar os eventuais riscos de qualquer negócio"; c) não há se falar em responsabilidade civil, pois "nenhum dos requisitos restaram demonstrados: nem o dano, nem o nexó de causalidade, e muito menos a culpa (a ilegalidade do ato do banco réu)".

A União, em resposta, diz que: a) "um contrato dessa natureza, requer a capacidade do ingressante no negócio jurídico, para que este assumira os eventuais riscos da atividade econômica; a partir daí o empreendimento adquire forças conforme o desempenho do gestor da coisa"; b) "todas as negociações, indubitavelmente, põe em risco até mesmo o próprio patrimônio, visto que, pode haver prejuízos enormes como também lucros satisfatórios".

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Às fls. 811-815, está juntada cópia de acórdão proferido no Agravo de Instrumento 2004.01.00.050449-9/MT, ao qual foi dado provimento à consideração de que "é firme o entendimento deste Tribunal de que a União deve figurar no polo passivo das ações em que se postula o alongamento de dívidas de crédito rural, nos termos da Lei 9.138/1995, para as quais é competente, portanto, a Justiça Federal".*

Ora verifico que a causa não versa sobre "alongamento de dívidas de crédito rural". Diferentemente, o pedido é de "indenização por perdas e danos, lucros cessantes e danos morais" em razão de frustração de projeto avícola financiado com recursos do Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste (FCO). Mas a questão está preclusa.

No mérito, está correta a fundamentação da sentença no sentido de que "inexiste o alegado vício de consentimento, posto que, sendo o Autor agricultor, produtor de soja e milho, afigura-se óbvio que tinha plena capacidade e experiência comercial suficientemente aptas a avaliar e apreciar adequadamente os termos do Contrato e a viabilidade econômica do projeto que assumiu. Assinou o contrato com plena consciência de suas consequências e nele vislumbrando aspectos vantajosos, que podem não ter se concretizado. Isso, entretanto, faz parte do risco do negócio e não se constitui em fundamento bastante para anular a manifestação de vontade".

De acordo com Almiro do Couto e Silva, "há situações em que o Estado incentiva de forma tão nítida e positiva os indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessas concretas de vantagens e benefícios, que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa-fé, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes da confiança [...]. Decisivo para concluir-se se os atos do Estado geram mera expectativa ou se deram causa a direito subjetivo é saber se as promessas foram realmente firmes, precisas e concretas [...]. Cuidando-se de aplicação de princípio genérico, como é o da boa-fé, que não comporta incidência imediata, não é possível ultrapassar, como diretriz para sua realização concreta, os limites estabelecidos pelos requisitos ainda muito abstratos de que a responsabilidade do Estado só

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas e Carlos Eduardo Castro Martins (convocados).

surge em razão de promessas firmes e feitas de forma clara e precisa pelo Estado [...].<sup>1</sup>

Não é o caso dos autos, especialmente em relação à União (a quem se poderia atribuir responsabilidade objetiva), que parece ter razão ao dizer: quando “subsídios determinadas atividades, outorgando à instituição de crédito a tarefa de emprestar recursos e promover negociações com o destinatário, não se torna responsável pelas negociações, na medida em que não se arvora no direito de fiscalizar as transações”; “a concessão de financiamentos aos beneficiários dos recursos do Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste – FCO, sempre coube com exclusividade aos credores, as instituições financeiras do Sistema Nacional de Crédito Rural. O estabelecimento de crédito sempre foi o credor, com a só faculdade de concessão de créditos, de alongar o prazo de pagamento das dívidas. A União, representada pelo Tesouro Nacional, ao oferecer subsídios para tanto, não se sub-roga ao credor. Apenas oferece auxílio aos produtores rurais, por via oblíqua” (fl. 660).

<sup>1</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 63, jul./set. 1982, p. 29-36.

Afirma o próprio autor, na inicial, que “nos anos de 1991 e 1992, com a instalação da agroindústria da Sadia Agroavícola neste Estado (financiado com recursos da Sudam e Banco do Brasil), a segunda requerida passou a incentivar os produtores rurais a se associarem à mesma, em parceria, no sistema denominado de integração avícola, para produção de frangos de corte com o intuito de abastecer seu frigorífico. A Sadia Agroavícola passou a promover reuniões com os produtores rurais de Chapada dos Guimarães, Agrovila Ponce de Arruda, Campo Verde, Jaciara etc. sempre acompanhada de representantes do Banco do Brasil. As reuniões visavam divulgar o sistema integrado de produção de frangos, que seria implantado pela Sadia no Estado, demonstrando aos agricultores/avicultores que estes teriam um lucro líquido anual de US\$ 5.700,00 par aviário. O Banco do Brasil, presença constante nessas reuniões, comprometia-se a financiar a instalação de aviários e funcionava como um aval às promessas” (fl. 3).

A União não estava presente e o Banco do Brasil era apenas o financiador dos projetos privados, aos quais, como sempre acontece em projetos da espécie, era inerente o risco empresarial.

Nego provimento à apelação.

## Sexta Turma

### Agravo Regimental em Medida Cautelar Inominada 000022-05.2014.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques  
 Requerente: Ministério Público Federal  
 Procuradora: Dra. Raquel Branquinho P. Mamede Nascimento  
 Requerido: Estado de Rondônia  
 Advogados: Dr. Juraci Jorge da Silva e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 07/07/2014, p. 463

## Ementa

*Agravo regimental em ação cautelar. Administrativo e Processual Civil. Ação cautelar incidental à ação civil pública – ACP. Rondônia. Estado de calamidade pública provocado pela cheia do Rio Madeira. Abertura de acesso emergencial e temporário pelo interior do Parque Guajará-Mirim. Previsão da Lei Estadual 3.317/2014/RO. Sentença proferida na ACP 2602-91.1995.4.01.4100/RO. Vedação de abertura da BR 421 pela área do Parque de Guajará-Mirim e áreas circunvizinhas com vestígios de população indígena. Não configuração do alegado descumprimento da sentença em razão da instalação do acesso emergencial. Impossibilidade de transposição das razões de decidir constantes da sentença proferida na ACP para o caso em análise. Traços distintivos claros entre o traçado da BR 421 (vedado na ACP) e o acesso emergencial objeto da presente ação cautelar. Distinção de objetos. Manifesto descabimento da pretensão cautelar. Agravo regimental desprovido.*

I. O Ministério Público Federal ajuizou a ação cautelar em referência sob o argumento de que a BR 421 – RO estaria sendo reaberta de modo ilegal e em desobediência à proibição estabelecida em sentença proferida na Ação Civil Pública – ACP 2602-91.1995.4.01.4100/RO (processo principal), na qual, em 19/08/2011, foi confirmando liminar expedida em 11/10/1995, vedando a construção da BR 421 em área do Parque Estadual de Guajará-Mirim, com o objetivo de preservar a ecologia do local, a área indígena Karipuna e áreas circunvizinhas com vestígio de populações indígenas. O apontado ato ilegal consistiria na abertura de acesso emergencial em trajeto no interior do Parque de Guajará-Mirim, procedimento autorizado pela Lei 3.317/2014, do Estado de Rondônia, em caráter transitório, apenas durante o estado de calamidade provocado pela inundação da região, em razão, principalmente, da cheia do Rio Madeira. A pretensão da ação cautelar intentada pelo Ministério Público, foi, inicialmente, acolhida mediante a concessão de liminar *inaudita altera pars* proferida no plantão judiciário pelo presidente deste Tribunal, decisão que mereceu impugnação por agravo regimental do Estado de Rondônia.

II. A sentença proferida na Ação Civil Pública 2602-91.1995.4.01.4100/RO, juntada aos autos às fls. 11-42, em sua fl. 22 encerra a questão, porquanto, a partir de seu exposto teor, conclui-se que o traçado anterior (cujas obras foram realmente interrompidas por serem consideradas ilegais) passaria a 10 km ao Norte da área indígena Uru-Eu-Wau-Wau e do Parque Nacional Pacaás Novos, localidades que ficam ao sul do Parque Guajará-Mirim, sendo, no entanto, que o trecho emergencial objeto da Lei 3.317/2014 está situado no extremo norte do parque, muito distante das referidas áreas, como demonstram os mapas oficiais do DNIT, o que evidencia a distinção entre o traçado de estrada (emergencial) combatido na presente ação cautelar e o traçado de estrada que é referido na sentença proferida na ACP.

III. Na análise do agravo regimental interposto pelo Estado de Rondônia, ficou demonstrado, mediante o evidenciado pela farta documentação juntada aos autos, que o objeto da Lei 3.317/2014, de 27/02/2014, do Estado de Rondônia é autorizar “[...] a abertura de estrada, em caráter transitório e emergencial, na Unidade de Conservação – Parque Guajará-Mirim e dá outras providências”, com a finalidade de permitir o trânsito dos habitantes a localidades não isoladas pela inundação e também o acesso da Defesa Civil e outras instituições públicas às populações que ficaram ilhadas em razão da cheia causada pela cheia do Rio Madeira e de outros rios da região, não guardando, em consequência, nenhuma relação como objeto da referida ACP, que é obstar a construção, em caráter permanente, da BR 421, que em alguns trechos, se construída fosse, também passaria pelo mesmo Parque Guajará-Mirim.

IV. Como antes registrado, demonstram as provas dos autos, ainda, que o traçado do acesso emergencial regulado pela Lei 3.317/2014 e diverso do que era previsto para a construção da BR 421 (inclusive em relação ao trecho dessa rodovia que já havia sido, à época, em 1995, construído irregularmente), cuja pretendida construção, desde 1995, foi realmente vedada pela liminar e sentença exarada na mencionada ação civil pública. Por tal motivo, nos autos da medida cautelar em exame, foi revogada a decisão concessiva de liminar e reconhecido prejudicado o agravo regimental manejado pelo Estado de Rondônia, decisão que, por sua vez, legitimou a interposição de um segundo agravo regimental, desta vez pelo Ministério Público Federal, recurso que foi denegado nos termos da presente ementa.

V. Os argumentos articulados pelo Ministério Público Federal em agravo regimental não se configuraram capazes de ilidir os fundamentos da decisão agravada, seja no plano processual, seja no que se refere ao contexto fático e probatório extraído dos autos.

VI. A Lei Estadual 3.317, de 27/02/2014 (Estado de Rondônia) que “autoriza a abertura de estrada, em caráter transitório e emergencial, na Unidade de Conservação – Parque Guajará-Mirim”, não foi, até o momento, submetida a nenhuma decisão judicial, menos ainda determinante de qualquer embargo.

VII. É notório o estado de cheia do Rio Madeira e os graves problemas causados à população da área inundada, notadamente em razão da declaração de estado de calamidade pública e estado emergencial na região, fato que chegou a determinar a mudança de localidade das instalações da sede da Justiça Federal.

VIII. Sem descuidar da necessidade imperiosa de que qualquer produção legislativa guarde absoluta sintonia com a Constituição Federal, anoto meu entendimento que, no caso, a presente medida cautelar não é via adequada à discussão da apontada inconstitucionalidade da Lei 3.317/2014.

IX. Ainda que o acesso de emergência autorizado pelo Estado pudesse resultar em alguma espécie de dano ao meio ambiente, mesmo que em mínima proporção, apesar da aplicação regular da tutela fiscalizatória dos poderes administrativos da localidade, creio que o fato encontraria acomodação normativa na própria Constituição Federal,

que de forma objetiva equilibra e proporciona o sistema de tutela aos bens da vida, erigindo nesse aspecto, sem dúvida alguma, a preservação da vida como objetivo maior. Parece-me que esta é a finalidade almejada pela Lei Estadual 3.317/2014.

X. Informação trazida aos autos pelo Estado de Rondônia noticia que o referido acesso emergencial, autorizado pela Lei Estadual 3.317/2014, foi implantado com êxito e já está atendendo ao propósito de permitir a chegada de pessoas e de alguns veículos aos municípios ilhados, o que permite, dentre outras finalidades sociais, o aporte de alimentos, medicamentos e provisões em geral aos habitantes dessa localidade.

XI. Agravo regimental a que se nega provimento, ratificando-se a decisão agravada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental e confirmar a decisão agravada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 14/04/2014.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Kassio Marques*: — Cuidam os autos de ação cautelar manejado pelo Ministério Público Federal com o objetivo de impedir alegada reabertura da BR 421 pelo interior do Parque Guajará-Mirim, reserva ecológica situada em Rondônia. A ação foi ajuizada de modo incidental à Ação Civil Pública – ACP 2602-91.1995.4.01.4100/RO, na qual foi proferida liminar, posteriormente confirmada por sentença, vedando a construção da BR 421 com a finalidade de impedir a degradação ambiental da localidade, processo que se encontra concluso, sob minha relatoria, com recurso de apelação pendente de julgamento.

Em suas razões, em síntese, afirma o Ministério Público que a BR 421 – RO estaria sendo reaberta de modo ilegal e em desobediência à proibição estabelecida na ACP, ao amparo da Lei Estadual 3.317/2014.

Ao examinar o pleito, em plantão judiciário de 02/03/2014, o presidente desta Corte concedeu liminar *inaudita altera pars* para obstar, de imediato, a realização das obras tidas como ilegais (fls. 44-45), que decorreriam da Lei Estadual 3.317/2014.

Contudo, ao examinar agravo regimental apresentado pelo Estado de Rondônia, ficou demonstrado pela farta documentação juntada aos autos, ao sentir deste relator, que o objeto da Lei 3.317/2014 do Estado de Rondônia é autorizar “[...] a abertura de estrada, em caráter transitório e emergencial, na Unidade de Conservação – Parque Guajará-Mirim e dá outras providências”, com a finalidade de permitir o acesso da Defesa Civil e outras instituições públicas às

populações que ficaram ilhadas em razão da inundação causada pela cheia do Rio Madeira e de outros rios da região, não guardando, em consequência, nenhuma relação como objeto da referida ACP, que obsta a construção, em caráter permanente, da BR 421. Constatei, também, que o traçado do acesso emergencial regulado pela Lei 3.317/2014 é diverso do planejado para a eventual e futura construção da BR 421, no momento, e desde 1995, paralisada por decisão judicial inserta na ACP.

Com amparo em tais fundamentos, revoguei a decisão concessiva de liminar, decisão que legitimou o agravo regimental (fls. 381-402) ora apreciado, no qual, o Ministério Público alega:

O Governo do Estado de Rondônia e demais interessados na abertura de estrada no interior do Parque Estadual de Guajará-Mirim induziram em erro o i. Prolator da Decisão de revisão de concessão da medida liminar, ao argumento de que o objeto da Lei Estadual 3.317/2014 é diverso do bem tutelado pela ação civil pública acima mencionada, que teve sentença de mérito de procedência.” (fl. 386);

“Com efeito, o Estado de Rondônia, com o claro interesse em afastar a eficácia dos efeitos da liminar mantidos pela sentença proferida na Ação Civil Pública 2602-91.1995.4.01.4100/RO, aprovou a Lei Estadual 3.317/2014 de forma abrupta, sob o pretexto de tirar Guajará-Mirim e Nova Mamoré de um suposto isolamento...” (fl. 386);

“... não há dúvida de que a referida lei, manifestamente inconstitucional como a seguir demonstraremos, foi criada apenas para burlar a eficácia da sentença proferida na referida ACP e viabilizar a pronta abertura da Estrada Parque...” (fl. 387);

“A sentença prolatada pela d. Juíza Federal da 5ª Vara Federal Ambiental e Agrária da Justiça Federal de Rondônia foi bastante clara, na sua parte dispositiva, quanto ao objeto tutelado pela referida decisão, ou seja, o próprio Parque Estadual de Guajará-Mirim, a Terra Indígena karipunas, demarcada pelo Decreto de 8 de setembro de 1998, e os próprios indígenas que habitam a região, alguns dos quais nunca tiveram contato com não índios de suas tribos.” (fl. 387);

“... a sentença de primeiro grau não obistou um traçado exclusivo de estrada, mas todo e qualquer ato tendente a desmatar ou causar qualquer tipo de interferência no Parque Estadual e no seu entorno” (fl. 389);

“... ainda que sob o pretexto de salvaguardar interesses maiores da população ilhada em razão de enchentes do rio Madeira, enchentes essas que provavelmente decorram da própria interferência indevida da natureza, como construção de usinas e barragens em locais próximos, não há como se permitir a construção de qualquer tipo de estrada dentro do Parque, em suas zonas de amortecimento, nos corredores ecológicos, no entorno do Parque ou nas Terras Indígenas a ele adjacentes, como expressamente determinado na parte dispositiva da sentença.” (fl. 391);

Conforme estudos realizados pelo DNIT “... (ii) a estrada RO – 420 coincide com um dos traçados estipulados para a BR – 421, ou seja, ao fim e ao cabo está-se a falar da mesma estrada com nomenclaturas distintas. (fl. 392);

“... a decisão recorrida, ao admitir a construção da Estrada Parque em outra área do Parque Estadual Guajará-Mirim, esvaziou por completo todo o objeto da ação civil pública originária, isto é, se mantida a decisão guerreada, cai por terra a pretensão de se manter a integridade da unidade de conservação e das próprias populações indígenas residentes no local.” (fl. 394);

A Decisão agravada é incompreensível, porque desconsiderou documentos juntados pelo Agravante, indicando que o referido acesso emergencial não é solução para o isolamento das cidades de Guajará-Mirim e Nova Mamoré, sendo possível o acesso a tais localidades, de outro modo, pela Linha 29, que, por interesses políticos e para pressionar a abertura ilegal da Estrada Parque, bloquearam intencionalmente essa via;

A legislação estadual indicada, a pretensão de abertura da BR 421 e a Decisão agravada violam normas da Constituição Brasileira que protegem o meio ambiente e as terras e direitos indígenas;

“Por fim, contraria a Constituição da República, no capítulo do Poder Judiciário e mais diretamente no art. 106 em diante, na seção que dispõe sobre os Tribunais Regionais Federais, a decisão do Desembargador Relator, que, em Juízo perfunctório, julgou monocraticamente o processo, o que, pelas regras constitucionais, só é dado

ao colegiado dos Tribunais. O relator usurpou a competência dos demais desembargadores, que, mantida por alguns dias, nada mais terão a fazer nos autos”. (fl. 401).

Pelas razões de recurso apresentadas, está evidenciado o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, inclusive pelo risco da irreversibilidade dos atos praticados em razão da Decisão atacada.

Pede o agravante a submissão do recurso ao colegiado da Sexta Turma, para que provido o agravo, seja restabelecida a decisão liminar proferida, no plantão judiciário, pelo presidente deste Tribunal.

Às fls. 496-499 (petição de 26/03/2014) e 510 (petição de 02/04/2014), o Ministério Público, respectivamente, reitera pedido de reconsideração da decisão agravada, juntando mapas e outros documentos, e postula a vista dos autos.

Ação Ecológica Guaporé – Ecopore, associação sem fins lucrativos, às fls. 520-524 e 541-544 (a mesma peça) maneja embargos de declaração para o fim de pedir sua exclusão do polo passivo da presente ação cautelar, uma vez que é parte-autora na ação civil pública em curso na origem, o processo principal, e, portanto, além de não possuir qualquer interesse no feito, ocupa posição diversa em relação ao direito em discussão.

Às fls. 546-582 o Estado de Rondônia apresenta contestação ao agravo regimental.

Em 11/04/2014 (sexta-feira), às 19:45, foi recebido no e-mail de meu gabinete determinação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ proferida, em caráter liminar, nos autos da Representação por Excesso de Prazo 0002382-05.2014.2.00.0200-PJe/CNJ, promovida pelo Ministério Público Federal, para o fim de inclusão do agravo regimental em exame na próxima sessão de julgamento, no ponto, nos termos seguintes:

Conforme se depreende da leitura dos autos, o agravo regimental manejado pelo ora requerente foi interposto contra decisão prolatada pelo requerido em 17/03/2014, provimento que, em juízo sumário de cognição, autorizou a construção da rodovia BR- 421, tornando sem efeito material os termos da sentença prolatada pelo Juízo Federal de Porto Velho/RO.

Observe, portanto, a premente necessidade de julgamento do agravo regimental interposto pelo MPF, já que eventual demora na apreciação do recurso causará a perda de objeto da pretensão deduzida nos autos da ação civil pública e prejuízo irreparável ao meio ambiente e à população indígena residente no local.

Ante o exposto, nos termos do art. 8º, XX, do RICNJ, DEFIRO o pedido de liminar determinando a



inclusão do agravo regimental na pauta da próxima sessão de julgamento da 6ª Turma do TRF da 1ª Região e determino a reatuação do feito como Representação por Excesso de Prazo [...].

O Estado de Rondônia peticionou às fls. 579-582, em 7 de abril de 2014, informando o referido acesso emergencial, autorizado pela Lei Estadual 3.317/2014, foi implantado com êxito e já está atendendo à finalidade legal.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — Quanto ao exame da pretensão recursal, observo que os argumentos articulados não abalam os fundamentos da decisão agravada, notadamente porque está nuclearmente assentada na afirmação de que este relator foi induzido a erro, que estaria configurado no fato de a via de acesso emergencial, cuja realização é pretendida pelo Estado de Rondônia, ser a mesma, e possuir o mesmo traçado territorial, da BR 421, cuja abertura, realmente, em 1995, foi objeto da ação civil pública que, sentenciada no juízo de origem, encontra-se conclusa, sob minha relatoria, para julgamento de recurso de apelação.

*1. Do objeto da ação civil pública e da sentença nela proferida.*

A aludida Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Causados ao Meio Ambiente 2602-91.1995.4.01.4100/RO, ajuizada em 1995 por Ecoporé – Ação Ecológica Vale do Guaporé em face do Ibama, Funai, Sedam/RO e do Município de Vila Nova, objetiva impedir o prolongamento da BR 421 por dentro da área do Parque Estadual de Guajará-Mirim. Neste caso, a abertura desta estrada cortaria o parque ao meio.

A sentença de procedência do pedido, ao dispor sobre o direito então reconhecido não deixa dúvidas quanto a esse objeto, como se verifica (fl. 40):

ANTE O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE a pretensão inicial para CONDENAR os requeridos a:

a) absterem-se de construir e permitir a construção, através de licenciamento ambiental, da estrada da BR 421 no interior, zonas de amortecimento, nos corredores ecológicos e no entorno do Parque Estadual Guajará-Mirim e das Terras Indígenas a ele adjacentes;

b) interditarem o trecho já existente da referida estrada nas áreas especialmente protegidas, nos termos expostos na fundamentação, ficando o IBAMA e a FUNAI responsáveis pela fiscalização desta interdição; [...]

*2. Da Lei Estadual 3.317, de 27/02/2014 (Estado de Rondônia) inexistência de identidade com o objeto da ação cautelar em exame.*

LEI N. 3.317, DE 27 DE FEVEREIRO DE 2014.

Autoriza a abertura de estrada, em caráter transitório e emergencial, na Unidade de Conservação – Parque Guajará-Mirim e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE RONDÔNIA:

Faço saber que a Assembleia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica autorizada a abertura, implantação e conservação de estrada, com faixa de servidão de trinta metros, entre Nova Dimensão a 10°18'31.02"S e 64°32'58.03"O e Jacinópolis a 10°17'21.31"S e 64°26'22.70"O, na Unidade de Conservação – Parque Guajará-Mirim, com extensão de 11,5 km (onze vírgula cinco quilômetros), para ser utilizada em caráter transitório e emergencial, em razão da Situação de Emergência declarada por meio do Decreto n. 18.608, de 13 de fevereiro de 2014.

Art. 2º Ao Departamento de Estradas de Rodagem e Transportes do Estado de Rondônia – DER/RO, competirá a execução das obras de abertura, implantação e ampliação da estrada, utilizando-se, para tanto, de todos os meios, equipamentos e pessoal sob a sua supervisão e fiscalização, em vista do cumprimento das ações necessárias.

Art. 3º A estrada a ser aberta e implantada somente poderá ser utilizada em caráter emergencial, considerando as limitações do Parque Guajará-Mirim.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio do Governo do Estado de Rondônia, em 27 de fevereiro de 2014, 126ª da República.

*3. Da medida cautelar e da decisão concessiva de liminar, proferida pelo presidente deste Tribunal no plantão judiciário*

A MC foi interposta no plantão judicial e obteve decisão concessiva de liminar, que se busca restabelecer por meio do presente agravo regimental em exame, tendo sido proferida com amparo nas peças inicialmente apresentadas pelo Ministério Público Federal, quais sejam: peça inicial da medida cautelar (fls. 2-8); informação obtida na página virtual da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, com o título “Assembleia autoriza em caráter de emergência abertura de estradas” (fl. 90); informação constante do

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian e Carlos Moreira Alves.

Jornal de Rondônia, com o título “DER inicia abertura da BR 421” (fl.10); e juntada da sentença proferida na ação civil pública (fls. 11-42).

Assim, àquele momento processual, além dos argumentos do requerente e dos informes jornalísticos que foram juntados, nenhum documento vinculados aos autos da ACP (excetuada a sentença!), e nem mesmo o texto da Lei 3.317/2014 do Estado de Rondônia, que era especialmente combatida sob diversos ângulos, foram trazidos aos autos.

Portanto, a quase totalidade de prova documental que instrui os autos, a partir da página 53, foi trazida pelo Estado de Rondônia.

Ao proferir a decisão que ora se agrava (às fls. 375-378), tive a oportunidade, ao contrário do que se verificou no exame da liminar, de analisar e considerar o teor constante da documentação juntada pela parte requerida às fls. 53 a 359. Também já estavam nos autos os documentos de fls. 361-373, posteriormente juntados pelo requerente.

Registrado esse contexto, à exceção de seu relatório, transcrevo excerto da decisão que deferiu a tutela liminar (fls. 44-45):

*[...] Sustenta que o periculum in mora ‘advém do fato de o DER ter dado início às obras de abertura da BR 421 em pleno feriado de carnaval para criar um fato consumado de difícil reparação, além de evitar que haja comandos decisórios do Poder Judiciário determinando a paralisação dessa obra que constitui verdadeiro crime ambiental, além de claro desrespeito a comando judicial que, inclusive, restabeleceu liminar que se encontrava vigente determinando justamente o no facere do Poder Público quanto à abertura dessa estrada’.*

Diante disso, sob pena de perecimento do direito – art. 798 do CPC – requer a concessão de medida liminar ‘determinando a IMEDIATA paralisação das obras de abertura da BR 421, autorizadas pela lei estadual n. 1193/2014 e, que se encontra em andamento, como forma de burla à decisão judicial acima referida, até o julgamento da apelação nos autos do processo’.

[...]

Diante disso, em face do quadro acima delineado, aplica-se à espécie o disposto no parágrafo único, do artigo 880, do CPC que assim preceitua:

Art. 880 [...]

Parágrafo único. A ação de atentado será processada e julgada pelo juiz que conheceu originariamente da causa principal, ainda que esta se encontre no tribunal.

Contudo, em face dos graves fatos narrados pelo Parquet federal, informando, inclusive, a

*existência de ‘ameaças de vida da Juíza sentenciante’, excepcionalmente, hei de deferir o pedido no sentido de determinar o fiel cumprimento dos termos da sentença até o julgamento do Recurso de Apelação, com base no poder de cautela previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil. (Sublinhei)*

#### 4. Inteiro teor da decisão agravada

Assim, considerando os argumentos articulados pelo Agravante, conforme expresso de forma minudente no Relatório, registro os fundamentos pelos quais, ao meu sentir, não merece reforma a Decisão agravada.

Transcrevo em seu inteiro teor, para melhor compreensão da lide, a Decisão agravada (fls. 375/378):

“Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Estado de Rondônia em autos de Ação Cautelar proposta pelo Ministério Público Federal, em regime de urgência, no plantão judiciário do dia 02/3/2014, no domingo antecedente ao feriado de carnaval, incidentalmente à Ação Civil Pública – ACP 2602-91.1995.4.01.4100/RO.

O Agravante impugna decisão liminar que, em síntese, determinou o cumprimento da sentença que deu provimento à aludida Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Causados ao Meio Ambiente 2602-91.1995.4.01.4100/RO, ajuizada na Seção Judiciária de Rondônia por ECOPORÉ – Ação Ecológica Vale do Guaporé em face do IBAMA, FUNAI, SEDAM/RO e do Município de Vila Nova, para vedar a abertura da BR 421 na área do Parque Estadual de Guajará-Mirim, em Rondônia, assim dispondo (fls. 44/45):

“[...] Diante disso, sob pena de perecimento do direito – art. 798 do CPC – requer a concessão de medida liminar ‘determinando a IMEDIATA paralisação das obras de abertura da BR 421, autorizadas pela lei estadual n.1193/2014 e, que se encontram em andamento, como forma de burla à decisão judicial acima referida, até o julgamento da apelação nos autos do processo’.

Pois bem, a MM. Juíza de origem julgou procedente a ação principal nesses termos:

[...]

Diante disso, em face do quadro acima delineado, aplica-se à espécie o disposto no parágrafo único, do art. 880, do CPC que assim preceitua:

Art. 880 [...]

Parágrafo único

Contudo, em face dos graves fatos narrados pelo Parquet Federal, informando, inclusive, a existência de ‘ameaças de vida da Juíza sentenciante’, excepcionalmente, hei por bem deferir o pedido no sentido de determinar o fiel cumprimento dos termos da sentença até o julgamento do Recurso de Apelação, com base no poder geral de cautela previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil.”

Em sustento ao direito que postula, em resumo, aduz o Agravante: (a) a simples leitura da Lei 3.317/2014 demonstra que a via de acesso que se pretende construir através do Parque Estadual de Guajará-Mirim não se confunde com o objeto da ACP, que é a BR 421; (b) Estado de Rondônia pretende construir, em seu território, via acesso (estrada) de natureza transitória e eventual, para atender a emergência pública, para retirar do isolamento os municípios de Guajará-Mirim e Nova Mamoré, não se tratando de reabertura da BR 421, como alega o Requerente; (c) a Lei Estadual 3.317/2014 autoriza a abertura, implantação e conservação de estrada com faixa de servidão de trinta metros no interior do Parque Estadual de Guajará-Mirim, para ser utilizada, apenas, no período em que se permanecer o estado de emergência; (d) a ACP trata de causa de pedir e pedido diversos dos constantes na presente Cautelar, não se aplicando ao caso a sentença proferida naquela ação; (e) a liminar deve ser cassada, com a remessa do feito ao Juízo de Primeiro Grau, uma vez que a espécie, se for o caso, reclama o ajuizamento de ação cautelar de atentado, na forma do art. 879 do Código de Processo Civil; (f) não há interesse da União na causa, o que afasta a competência da Justiça Federal.

Cumpra registrar que os autos da Ação Civil Pública – ACP em referência encontram-se conclusos, em meu gabinete, com dois recursos de Apelação, manejados pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA (fls. 818/835 dos autos da ACP) e pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI (fls. 875/896), apelos que foram recebidos tão somente no efeito devolutivo (fl. 904 dos autos da ACP).

Em 14/3/2014 o Ministério Público Federal juntou aos autos a petição de fls. 361/373, informando situação “envolvendo a pretensa construção de estrada (BR 421) no interior do Parque Estadual Guajará-Mirim”, e postulando, antes de eventual decisão singular nos autos, a concessão de prazo para manifestação.

Brevemente relatado, decido.

A pretensão merece acolhida, como se demonstra.

Verifica-se, pelo exame dos autos, que o eventual provimento do pedido formulado na Ação Cautelar, pelo menos em juízo inicial, não se mostra passível de acolhimento, uma vez que possui objeto distinto da Ação Civil Pública em relação à qual é incidente.

Inicialmente, observo que o Projeto de Lei 1.193/2014, indicado na inicial desta Ação Cautelar como detentor da condição de Lei, foi convolado na Lei 3.317/2014, do Estado de Rondônia, utilizada na argumentação do Agravante.

*Da inexistência de fumus boni iuris na pretensão cautelar.*

De tal modo, ao que se pode constatar, não foi, até o momento, submetida a nenhuma decisão

judicial, menos ainda determinante de qualquer embargo, o objeto da Lei 3.317/2014, que “Autoriza a abertura de estrada, em caráter transitório e emergencial, na Unidade de Conservação – Parque Guajará-Mirim”, em lugar territorial que, embora também localizado no Parque Guajará-Mirim, é diverso da localização das obras da BR 421, que por determinação judicial foi paralisada.

Não vislumbro nas razões do Requerente a presença de fumus boni iuris ou de qualquer outro fundamento que, eventualmente, possa legitimar a concessão da tutela de urgência vindicada.

Sem embargo do que fora dito, não consigo vislumbrar malefícios em permitir o prolongamento em caráter emergencial e provisório da RO-420 por 11,5 km por dentro do Parque de Guajará-Mirim, com o escopo de salvaguardar o acesso às comunidades ilhadas nos municípios circunvizinhos em decorrência da elevação extraordinária e cediça do nível das águas do Rio Madeira, que possam se projetar sobre os benefícios que se proporcionará aos munícipes destas urbes com o acesso a alimentos, medicamentos e assistência social, cujas vidas são o maior patrimônio a ser preservado no atual sistema de proteção ambiental brasileiro.

#### *Dispositivo*

Ante o exposto, revogo a decisão concessiva de liminar de fls. 44/45, e afasto, em decorrência, todos os efeitos formais e materiais que eventualmente tenham sido por ela produzidos.

Cumpra-se com urgência.

Notifique-se o Requerente, Ministério Público Federal, e a Seção Judiciária de Rondônia.

Cite-se o Requerido, nos termos do art. 802, caput, do Código de Processo Civil, c/c o art. 342, caput, do Regimento Interno (fls. 02/08).

#### *5. Diversidade de objeto da presente ação cautelar e da Ação Civil Pública – ACP 2602-91.1995.4.01.4100/RO*

A sentença referida pelo Ministério Público Federal, na qual foi proferida liminar que estaria sendo violada pela decisão agravada, expressamente vedou a abertura da BR 421 pelo interior do Parque Estadual de Guajará-Mirim.

Realmente, até mesmo pelo exame literal do dispositivo inscrito na sentença, fica evidenciado que as zonas de amortecimento e corredores ecológicos, dentre outras áreas, referem-se à pretendida abertura daquela BR, como se verifica (fl. 40):

ANTE O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE a pretensão inicial para CONDENAR os requeridos a:

a) absterem-se de construir e permitir a construção, através de licenciamento ambiental, da estrada da BR 421 no interior, zonas de amortecimento, nos corredores ecológicos e no

entorno do Parque Estadual Guajará-Mirim e das Terras Indígenas a ele adjacentes;

b) interditem o trecho já existente da referida estrada nas áreas especialmente protegidas, nos termos expostos na fundamentação, ficando o IBAMA e a FUNAI responsáveis pela fiscalização desta interdição; [...]

De fato, *outro não poderia ter sido o alcance daquela medida*, uma vez que o pedido inscrito na ACP foi, como se constata dos autos e está registrado na própria sentença (fl. 12), liminarmente “[...] proibir a construção da BR 421 dentro da área indígena e do parque estadual, determinar a apreensão de máquinas[...]”, tanto assim, que, como antes transcrito, a sentença julgou o pedido procedente para o fim de (fl. 40)

[...] *absterem-se de construir e permitir a construção, através de licenciamento ambiental, da estrada da BR 421 no interior, zonas de amortecimento, nos corredores ecológicos e no entorno do Parque Estadual Guajará-Mirim e das Terras Indígenas a ele adjacentes [...].*

Por outro lado, nos autos da presente ação cautelar, o Ministério Público Federal pretende obter resultado jurídico que se aplica à situação distinta, e que concerne, pelo que consta dos autos, a traçado diverso que, de modo emergencial e transitório, para assegurar a integridade civil da população de cidades atingidas pela noticiada e reconhecida publicamente cheia do Rio Madeira.

Assim, apesar de a petição inicial da medida cautelar em exame se referir à prática de ato que estaria infringindo ilegalmente no decidido por sentença na referida ACP, não identifico a pretendida relação entre aquele dispositivo jurisdicional e os fatos que são objeto da peça inicial desta cautelar.

*5.1. Prova técnica – Nota Técnica 001/2014 da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental do Estado de Rondônia – Declara que a via de acesso alternativa não resulta na reabertura da BR 421 – RO*

*A Nota Técnica 001/2014, de 07/3/2014, emitida pela Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental do Estado de Rondônia, que declara a inexistência de similitude do traçado do acesso emergencial com o projeto da BR 421 (fl. 141):*

[...]

Ref.: Via de acesso alternativa (estrada no interior do Parque Estadual Guajará-Mirim)

O traçado alternativo refere-se a uma estrada estadual que ligará a Linha D que passa pelo Distrito de Nova Dimensão à linha Eletrônica que passa pelo

Distrito de Jacinópolis, conforme incluso mapa, ambos pertencentes ao município de Nova Mamoré, ligação esta que se dará pelo interior do Parque Estadual de Guajará-Mirim, perfazendo 9,7 Km (Nove quilômetros e setecentos metros) de extensão.

*Logo, não há que se falar em antropização/ restauração da BR 421 e tampouco no traçado planejado pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, haja vista se tratar de uma estrada situada em Unidade de Conservação no interior do parque Estadual de Guajará-Mirim, logo, uma estrada estadual, sendo de competência do Departamento de Estradas de Rodagem e Transportes – DER, a quem incumbe a iniciativa para tanto.*

Face a interdição das rodovias federais BR 364 e BR 425 e conseqüentemente, deixando as regiões dos Municípios de Nova Mamoré e Guajará-Mirim isoladas, levando-os a declarar Situação de Emergência, afetando ainda o Estado do Acre, não resta outra alternativa a não ser a abertura da estrada no interior do Parque Estadual de Guajará-Mirim.

Porto Velho, 07 de março de 2014. Nanci Maria Rodrigues da Silva

SECRETÁRIA DE ESTADO DO DESENVOLVIMENTO AMBIENTAL

*5.2. Traçado da futura Rodovia BR 421 e do acesso emergencial objeto da Lei 3.317/2014: argumentos do Ministério Público Federal que os trechos são coincidentes e argumentos do Estado de Rondônia que os trechos não coincidem.*

Em respeito à plena prestação da jurisdição e à aplicação à causa da solução jurídica que melhor expresse os pressupostos de legalidade e justiça, em que pese a inexistência de elementos probatórios que pudessem ter embasado a concessão da liminar, anoto os principais argumentos que amparam as posições do Ministério Público e do Estado de Rondônia:

Construção da BR 21 e Abertura de Acesso Emergencial e Temporário Existência ou inexistência de coincidência entre os traçados	
Argumentos do Estado de Rondônia e fatos extraídos dos autos	Argumentos do Ministério Público e fatos extraídos dos autos
O Acesso Emergencial é, apenas, uma picada de acesso transitória, e será utilizada enquanto houver o estado de cheia dos rios da região.	A abertura do Acesso Emergencial corresponde à reabertura da construção da BR 421.
O Acesso Emergencial é transitório, enquanto a BR 421 é construção permanente, não havendo identidade entre as duas obras.	A abertura do Acesso Emergencial corresponde à reabertura da construção da BR 421.

Construção da BR 21 e Abertura de Acesso Emergencial e Temporário Existência ou inexistência de coincidência entre os traçados	
Argumentos do Estado de Rondônia e fatos extraídos dos autos	Argumentos do Ministério Público e fatos extraídos dos autos
O Acesso Emergencial foi autorizado pela Lei Estadual 3.317/2014, que jamais foi objeto de qualquer questionamento judicial.	O objeto da ACP abrange toda a área do Parque de Guajará-Mirim, e por tal razão também impede a implantação do Acesso Emergencial.
O traçado do Acesso Emergencial liga o Município de Nova Dimensão a Jacinópolis (Linda D, nos mapas), enquanto o traçado original da BR 451 pretendia ligar as cidades de Campo Novo a Nova Mamoré.	-----
O objeto da ACP é a vedação da construção da BR 421 no Parque Guajará-Mirim, não se aplicando ou impondo qualquer vedação à instalação do Acesso Emergencial.	O objeto da ACP abrange toda a área do Parque de Guajará-Mirim, e por tal razão também impede a implantação do Acesso Emergencial.
Objeto da ACP: a) absterem-se de construir e permitir a construção, através de licenciamento ambiental, da estrada da BR 421 no interior, zonas de amortecimento, nos corredores ecológicos e no entorno do Parque Estadual Guajará-Mirim e das Terras Indígenas a ele adjacentes;	O objeto da ACP abrange toda a área do Parque de Guajará-Mirim, e por tal razão também impede a implantação do Acesso Emergencial.
A instalação do Acesso Emergencial possui finalidade humanitária, em contexto de declarado Estado de Calamidade Pública.	A instalação do Acesso Emergencial possui finalidade política, agride o meio ambiente e facilita a atuação de criminosos
No documento de fls. 498/499 o DNIT indica que, dos 4 possíveis trajetos a serem, futuramente, adotados na construção da BR 421 – RO, entende que o de nº 3 é o mais viável.	O DNIT afirmou que (fl. 496) “ ... o traçado ora executado pelo Estado de Rondônia com autorização de Vossa Excelência, trata-se uma extensão da BR 421 – RO”
Do exame dos Mapas de fls. 500/509 depreende-se a possibilidade de que o traçado adotado no Acesso Emergencial corresponda, em certo trecho, à via de nº3 sugerido no estudo prospectivo realizado pelo DNIT, com a finalidade de futura e potencial construção da BR 421 –RO	O DNIT afirmou que (fl. 496) “ ... o traçado ora executado pelo Estado de Rondônia com autorização de Vossa Excelência, trata-se uma extensão da BR 421 – RO”
O Acesso Emergencial é objetivo buscado nos primeiros meses de 2014, enquanto que os fatos objeto da ACP datam de 1995.	Os fatos nocivos ao meio ambiente afastados pela ACP, em 1995, correspondem aos fatos que envolvem a instalação do Acesso Emergencial.

Construção da BR 21 e Abertura de Acesso Emergencial e Temporário Existência ou inexistência de coincidência entre os traçados	
Argumentos do Estado de Rondônia e fatos extraídos dos autos	Argumentos do Ministério Público e fatos extraídos dos autos
O Acesso Emergencial já foi concluído e está atendendo à sua finalidade de permitir o acesso de pessoas e suprimentos às populações ilhadas (fls. 579/582) conforme informações do Estado de Rondônia trazidas aos autos em 07/04/2014.	Não é viável tecnicamente a abertura do Acesso Emergencial.

Como se observa, apesar de o principal fundamento utilizado pelo Ministério Público para configurar a ilegalidade que entende estar ocorrendo ser a apontada similitude dos referidos traçados, em verdade, as hipóteses em referência sequer devem ser cotejadas, uma vez que se referem a situações absolutamente distintas.

Como antes registrei, o objeto da ACP, na qual foi proferida liminar e posteriormente a sentença, vedou a pretendida construção da BR 421, em razão da apuração de fatos que, há vinte anos, configuraram lesão ao meio ambiente local, inclusive incorrendo em potencial risco, àquele momento, de haver vestígios de populações indígenas.

Toda a confusão é que, à época, o DNIT possuía quatro alternativas de acesso à BR 421, e não havia nenhuma licitação, mas tão somente picadas (estradas) clandestinas abertas por agentes não identificados na ACP.

Por outro lado, o objetivo perseguido nos primeiros meses de 2014 pelo Estado de Rondônia, inclusive por meio da Lei Estadual 3.317/2014 é abertura de acesso emergencial e transitório para a salvaguarda, imediata, dos habitantes que estão sendo duramente atingidos pela cheia do Rio Madeira.

Ao meu sentir, ainda que o trecho tivesse coincidência parcial, não é cabível o confronto das duas realidades, ante a ausência de similitude fática e temporal entre elas.

Tenho, no entanto, que a instalação de via de acesso emergencial (fato atual) que permita chegar auxílio às pessoas que estão ilhadas e sem as condições mínimas de alimentação, preservação da saúde e segurança da própria integridade é realmente o aspecto a merecer atenção e destaque, neste momento, pelo Poder Judiciário, inclusive pela solução aplicada na presente medida cautelar, como também pelos demais órgãos e aparelhos do Estado, a exemplo



do Estado de Rondônia e das autoridades civis dos municípios diretamente prejudicados pela cheia do Rio Madeira.

É com essa ótica que apresento, na sequência, os demais elementos que conformam meu entendimento sobre a matéria em exame.

### 5.3. A sentença é clara ao indicar o traçado do acesso à BR-421

A sentença proferida na ACP, juntada aos autos às fls. 11-42, na sua fl. 22 encerra a questão, *verbis*:

Embora não tenha sido feita perícia, ou Parecer DITEC ofertado pelo IBAMA nos autos nº 1026/377/98-SEDAM/RO, acostado às fls. 480/485, da conta de que o trecho em que se pretende construir a BR-421 passará 10km ao norte da área indígena Uru-Eu-Wau-Wau e do Parque Nacional Pacaás Novos.

Paralelamente, embora tenha sido demonstrado pelo próprio Ministério Público do Estado que a BR-421 não passa pela Terra Indígena Karipunas, é inegável que ela passa pelo seu entorno, conforme mapa da fl. 720.

À fl. 481 dos autos da ACP, reportada na sentença, temos:

*“Foram anexados três pareceres técnicos individuais parciais de membros da equipe, pelos quais pode-se tomar conhecimento de que o trecho pretendido, além de cortar o Parque Estadual de Guajará-Mirim, também passará a 10 Km norte da área indígena Uru-Eu-Wau-Wau e do Parque Nacional de Pacaás Novos. Neste momento chama a atenção o parecer do Sr. LUIZ CHIAPIN FILHO, quando afirma a necessidade de avaliação jurídica sobre este aspecto.*

”

”Não consta terem sido enviadas cópias do EIA/RIMA ao IBAMA e à FUNAI que tem relações diretas com o projeto, devido sua proximidade da área do PARNA Pacaás Novos e da AI Uru-Eu-Wau-Wau, como previsto no Art.11 da Res CONAMA 001/86.”

O traçado que antes passaria a 10 km ao Norte da área indígena Uru-Eu-Wau-Wau e do Parque Nacional Pacaás Novos fica ao sul do Parque Guajará-Mirim, e o trecho emergencial fica no extremo norte do parque, muito distante das referidas áreas. Neste ponto as estradas possuem traçados completamente distintos e muito distantes e em nada se confundem. Forçoso concluir que, de fato, não se trata do mesmo trecho que norteou a sentença proferida na ACP.

Observe que os estudos que dão lastro à sentença proferida na ACP, especialmente no traçado próximo à área indígena Uru-Eu-Wau-Wau e do Parque Nacional

Pacaás Novos não podem servir de lastro para compor os elementos de decisão da presente demanda, por absoluta falta de pertinência, já que, como dito alhures, em nada se confundem com o traçado precário objeto da lide. No mais, ainda que admitíssemos a existência de traçados coincidentes após este percurso, os estudos que lastrearam a sentença proferida na ACP, nos seus aspectos geológico, social, econômico e cultural são diversos, na sua maioria, dos que ora são trazidos à baila nesta MC.

### 6. Estado de cheia do Rio Madeira – Declaração de estado de calamidade pública e estado emergencial na região – Deslocamento da sede da Justiça Federal na região

Registro, porque me parece de grande importância, que, além dos argumentos de direito os autos da cautelar em apreciação são formados por robusto acervo probatório, como, por exemplo, informam os documentos (fotos e trechos escritos) de fls.187-339.

A título de informação, com a intenção de melhor contextualizar a repercussão humana e social da causa em discussão, dentre os muitos fatos trazidos aos autos pelo Estado de Rondônia, boa parte deles oriundos da imprensa e de notório conhecimento público, registro os seguintes:

Fls. 92/93 – Autorização Especial 001/2014 da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental – SEDAM, permitindo, em caráter emergencial e transitório, para tráfego de veículos automotores pela via de acesso no interior do Parque Estadual Guajará-Mirim, no trecho compreendido entre os Distritos de Nova Dimensão e Jacinópolis;

Fl. 95 – Decreto de Situação de Emergência nos Municípios do Estado de Rondônia, afetados por inundações;

Fl. 98 – Decreto Municipal que Declara Situação de Emergência nas áreas do Município Guajará-Mirim afetadas por inundação;

Fl. 101 – Decreto Municipal que Declara Situação de Emergência nas áreas do Município de Nova Mamoré;

Fl. 141 - Nota Técnica 001/2014 – SEDAM, declarando que a via de Acesso Emergencial não corresponde ao traçado da BR 421;

Fls. 151/158 – Relatório da Defesa Civil indicando, em razão do estado de calamidade, a necessidade de “abertura da estrada com a viabilização de tráfego por um trecho de 12 KM no limite Norte do Parque Estadual Guajará-Mirim, que consiste em estabelecimento de revestimento primário de cascalho”;

Fls. 160/173 – Relatório da Defesa Civil denominado “OPERAÇÃO ENCHENTE”;

Fls. 174/179 – Relatório do Grupo de Operações Aéreas do Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Rondônia, com o objetivo de descrever as “OPERAÇÕES AÉREAS realizadas pelo GOA, na data de 05 de março de 2014, de acordo com as demandas da SCI instalada para atender as necessidades da população rondoniense atingida pela enchente do corrente ano”;

Fls. 181/203 – Relatório da Prefeitura de Nova Mamoré, circunstanciando a situação “de emergência conforme decreto nº 2.916/GP/2014, que se encontra o município de Nova Mamoré/RO em virtude dos prejuízos causados nas áreas da saúde, educação, agricultura, transportes, comércio e indústria local, tudo em razão das fortes enchentes do rio madeira e seus afluentes”;

Fls. 204/2019 – Relatório da Defesa Civil sobre a “Situação Estrutural das Rodovias BR 364 e BR 421”, em razão das inundações causadas pelos rios Madeira, Beni, Mamoré e Guaporé;

Fls. 220/231 – Relatório da Defesa Civil de 09/03/2014, denominado “OPERAÇÃO ENCHENTE”, com a finalidade de atualizar informações de Relatório anterior;

Fls. 233/278 – Fotos de regiões inundadas;

Fls. 280/294 – Fotos de alagamento da Linha 29, indicada pelo Ministério Público como alternativa de acesso às regiões inundadas;

Fls. 280/294 – Fotos de alagamento da Linha 29, indicada pelo Ministério Público como alternativa de acesso às regiões inundadas;

Fls. 296/301 – Documentos de empresários e instituições particulares informando da situação de parcial desabastecimento e consequente elevação dos preços praticados na aquisição de alimentos;

Fls. 303/304 – Pedido de auxílio formulado por autoridades bolivianas, em razão da inundação na região;

Fls. 310/341 – Informações da inundação na área, publicadas pela imprensa;

Fls. 143/144 – Parecer favorável do Grupo de Trabalho Amazônico – GTA ao trânsito de pessoas no Parque Guajará-Mirim em caráter emergencial, em razão do estado de calamidade pública decorrente das cheias que ocorrem na região, desabrigando famílias e dificultando o acesso a municípios e distritos localizados na bacia do Rio Madeira.

O GTA é instituição criada para promover a participação das comunidades da floresta na política de desenvolvimento sustentável, sendo formada por 20 regionais que são distribuídas por 9 Estados da Amazônia Legal. Integram essa Instituição, ainda, 600 entidades representativas de agricultores, extrativistas, indígenas, quilombolas, quebradeiras de coco babaçu, pescadores ribeirinho, dentre outras.

A meu ver, nesse sentido, são notórios os fatos noticiados nos autos, que apontam o estado de precariedade e risco das populações que estão sendo

diretamente prejudicadas pelo estado de cheia na região.

Até mesmo a sede da Justiça Federal na região, como noticiado na página virtual deste Tribunal, precisou, em caráter de urgência, ser evacuada e transferida para local diverso, em razão da cheia, porquanto o Rio Madeira, perigosamente e com risco à integridade das pessoas daquela região, elevou-se a 19,14 metros.

Nesse contexto, *bem após a publicação e eficácia da decisão agravada, o Estado de Rondônia, por via do Decreto 18.749, de 03/04/2014, declarou o estado de calamidade pública na região e, pelo Decreto 18.608/2014 declarou situação de emergência nos Municípios de Guajará-Mirim e Nova Mamoré, este último, em teor, em sua justificativa, assim composto (fl. 565):*

Considerando a situação que demanda providências especiais nos Municípios de Guajará-Mirim e Nova Mamoré, decorrente da elevação das águas do Rio Madeira, com repercussão em seus afluentes, que ultrapassam o nível da Rodovia 425, isolando-os de outros centros urbanos, provando sérios embaraços à rotina da população, inclusive daqueles habitantes que necessitam de atendimento médico na Capital, bem como compromete o abastecimento as cidades referenciadas [...]

Por fim, em razão da precisão dos argumentos indicados, transcrevo excerto da manifestação apresentada pela Procuradoria do Estado de Rondônia (fl. 555-556):

No entanto, *a premissa fática relatada pelo Ministério Público Federal, não se confirma, uma vez que o Estado de Rondônia não reiniciou o processo de reabertura da BR – 421, cuja atribuição seria do DNIT, mas apenas de via de acesso, em caráter transitório e emergencial, com o objetivo de retirar do isolamento os Municípios de Guajará-Mirim e de Nova Mamoré, que somam 68.307 (sessenta e oito mil trezentos e sete) habitantes.*

Ora, a aludida norma autoriza a abertura, implantação e conservação de estrada, com faixa de servidão de trinta metros no interior do Parque Estadual Guajará-Mirim, para ser utilizada em caráter transitório e emergencial, tendo em vista a Situação de Emergência reconhecida na área pelo Estado de Rondônia e Municípios de Guajará-Mirim e de Nova Mamoré.

Em seu art. 3º, acima transcrito, estabelece que a via somente poderá ser utilizada em caráter emergencial, tendo em vista as limitações do Parque Estadual.

Por sua vez, *a Autorização Especial n. 001/2014/ SEDAM, em anexo, estabelece taxativamente que “a presente autorização, de caráter emergencial e transitório, vigorará até a data da revogação dos*

*atos administrativos que reconheçam a Situação de Emergência noticiada [...]”, de modo que cessadas suas causas também será fechado o tráfego na área.*

A abertura da via de acesso não se confunde com a BR 421, objeto da ACP 0002602-91.1995.4.01.4100, que trata de situação particular, ocorrida 20 (vinte) anos atrás.

#### *6.1. Estado crítico de subsistência da população local causado pela cheia*

Além de existir, no plano puramente legal e processual, argumentos que amparam a decisão ora atacada na via regimental, como antes, ao meu ver, está sobejamente demonstrado, o conjunto de informações que decorrem dos órgãos oficiais do Estado de Rondônia, inclusive da Defesa Civil, configuram panorama de extrema gravidade no que concerne às vicissitudes e foram submetidas a população que duramente foi atingida pelos efeitos da cheia do Rio Madeira. De fato, a par do risco de vida, o desabastecimento de alimentos e a proliferação de moléstias apenou, e ainda está apenando, milhares de pessoas na região.

#### *7. Fatos noticiados na petição apresentada ao CNJ – equívoco no relato dos fatos*

Apenas para fazer referência ao que, ao meu ver, a correta identificação dos fatos, anoto que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ao entender pelo provimento de liminar para determinar o imediato exame do agravo regimental, orientou-se, como afirmado pelo Ministério Público Federal, no pressuposto que a decisão agravada “autorizou a construção da rodovia BR 421, tornando sem efeito material os termos da sentença prolatada pelo Juízo Federal de Porto Velho/RO”, o que, se de fato houvesse ocorrido, teria realmente configurado a hipótese de descumprimento indevido no estatuído na sentença proferida na ACP, e teria, processualmente, autorizado o pedido cautelar nos termos em que é proposto nos autos.

Contudo, *pelo que deduzo do conjunto de fatos comprovados nos autos, em minha convicção, tal fato não ocorreu, menos ainda com a má-fé e deslealdade administrativa e processual apontadas pelo requerente.*

#### *8. Desconsideração dos documentos apresentados pelo Ministério Público Federal – não ocorrência*

Em homenagem ao fiel registro dos fatos que permeiam a lide em apreciação, anoto que, ao meu entender, os documentos juntados pelo agravante, anteriormente à edição da decisão agravada, não foram “inexplicavelmente” por mim desconsiderados. Ao contrário, proferi a decisão impugnada na plenitude de minha convicção jurídica, que formei a partir do

exame e valoração fática e jurídica dos elementos que estavam nos autos, certo que, desse modo, estava aplicando a tutela jurisdicional nos moldes em que autoriza a Constituição Federal e a legislação que se aplica ao caso.

Tenho, assim, que a adoção de entendimento jurídico diverso do que o agravante afirma ser o mais indicado não resulta de qualquer inobservância ou simples desconsideração dos argumentos de fato e de direito invocados pelo nobre Ministério Público Federal.

#### *9. Opção de acesso indicada pelo agravante – Acesso pela Linha 29 – inviabilidade*

Aduz o agravante que a instalação de acesso emergencial e temporária aos Municípios de Guajará-Mirim e Nova Mamoré, além dos óbices legais que indicou, também não se mostra necessário, uma vez que o trânsito na região pode ser feito pela *Linha 2*, estrada que supriria a demanda em referência.

Assinalo que, embora o DNIT, em diversas circunstâncias, tenha sido referido pelo requerente como emitente de parecer técnico que reconheceu a identidade de traçados das vias mencionadas (acesso emergencial e BR 421), pronunciou-se de modo direto quanto à possível utilização da Linha 29 como opção de acesso até o momento em que a BR 364 fosse trafegável, condição que, como nos autos e publicamente é notório, à época do ajuizamento da presente cautelar, em razão das cheias, não mais existia. No ponto, transcrevo manifestação do DNIT (fl. 371) :

[...] Desta forma, analisando grosseiramente os dados aqui apresentados, torna-se mais viável a manutenção/recuperação da linha 29 enquanto houver trafegabilidade na BR – 364/RO [...]

Apesar dessa evidência, o citado acesso pela Linha 29 continua sendo apresentado pelo Ministério Público como via de uso alternativo.

O relatório da Defesa Civil juntado aos autos, à fl. 155 demonstram que o acesso indicado pelo MPF, através da Linha 29 de Nova Mamoré a Porto Velho, à época em que fora elaborado o dito relatório (05/03/2014), antes da elevação dos níveis das águas, era percorrido em 12 horas. O relatório da Prefeitura Municipal de Nova Mamoré fl. 182, elaborado apenas 24 horas depois, mas com dados mais atuais, diante da elevação surpreendente do nível das águas, indica que o percurso só seria feito em 5 (cinco) dias. Os autos não indicam nenhum relatório da Defesa Civil no mês de abril, mas é cediço que, de março para cá, os níveis

se elevaram de forma bastante expressiva, o que, certamente inviabilizou mais ainda o acesso.

Atualmente, pelo que depreendo da análise dos autos e das informações diariamente veiculadas, de fato, a Linha 29 ainda pode ser em parte transitada. Mas este não é o problema nodal! É que a linha 29 desemboca na BR 364, próximo a Jaci Paraná, que está interrompida pela elevação das águas do Rio Madeira, ou seja, não pode ser utilizada para os fins almejados pela população das cidades atingidas pelo fato social em análise, uma vez que somente com o prosseguimento pela BR 364 seria possível o fluxo de bens, serviços e pessoas da/e para a região atingida.

Pela análise dos autos em conjunto com as notícias diárias sobre a situação na região, que me dediquei a acompanhar desde que passei a relatar o feito, não tenho dúvidas ao concluir que hoje, 14 de abril de 2014, a única alternativa de acesso às cidades de Nova Mamoré, Guajará-Mirim e outras cidades circunvizinhas é a estrada parque emergencial em litígio.

Não fosse o bastante, os Rios Mamoré, Guaporé, Lages, Ribeirão e Arara elevaram os níveis das águas, elevando ainda mais a situação emergencial existente na região.

De tal maneira, observo, no particular, que não pode ser desconsiderada a complexa situação discutida nos autos, e tampouco que a população diretamente atingida pelo estado de cheia, que foi e está sendo amplamente divulgado e reconhecido pelos meios de comunicação.

*10. Abertura do acesso emergencial – apontada finalidade política e em benefício do desmatamento e prática de crimes*

O Ministério Público, na mediana cautelar, replica os mesmos argumentos alegados na ACP há 19 (dezenove) anos atrás, de que a abertura de uma estrada transpassando o Parque Guajará-Mirim tem finalidade política e que pode facilitar a prática de crimes de tráfico na região, além de transpassar terra indígena, não demonstrado nos autos da ação cautelar nenhum elemento de probatório, ainda que indireto, de tal assertiva.

Quanto à alegação de que a atual estrada emergencial transpassa a reserva indígena Tikaripunas, argumento utilizado inclusive pelo eminente conselheiro do CNJ para deferir a liminar de inclusão deste processo na pauta de julgamento de hoje, o MPF não faz qualquer prova desta assertiva. O que contém os autos, ao contrário do que se alega, são

robustas provas de que o ponto mais próximo desta estrada está a 3,7 km dos limites da reserva indígena (fl. 148). Isto também é facilmente verificado no mapa oficial de Rondônia elaborado pelo DNIT (2009 e 2013), disponível também na internet e que ora faço juntada aos autos por se tratar de documento público e oficial.

A sentença proferida na ACP, na fl. 22 é clara em afirmar que restou demonstrado que o trecho ali analisado *não passa em Terra Indígena Karipunas*. Isto significa que, ainda que se considerássemos o mesmo trecho, não haveria qualquer interferência neste habitat indígena. Destaco o trecho da sentença:

*Paralelamente, embora tenha sido demonstrado pelo próprio Ministério Público do Estado que a BR-421 não passa pela Terra Indígena Karipunas, é inegável que ela passa pelo seu entorno, conforme mapa da fl. 720.*

O próprio MPF juntou aos autos (fls. 498-499) estudo do DNIT analisando 4 (quatro) alternativas para a edificação eventual e futura de uma estrada permanente, e nos estudos atuais, ao que parece coincidir com o acesso emergencial e provisório, é considerado como a alternativa (3) mais viável ambientalmente.

Ora, não se pode conceber, como óbice à manutenção da medida, argumentos de que hão por detrás dos interesses da abertura desta estrada emergencial os mesmos e supostos interesses políticos, eleitoreiros e econômicos arguidos há 19 (dezenove) anos atrás na ACP. Primeiro porque o caráter temporário da estrada afasta a sua utilização para projetos residenciais, comerciais ou industriais diversamente do que poderia ocorrer acaso se tratasse de uma rodovia permanente; segundo porque os agentes políticos envolvidos não são os mesmos da época da ACP; terceiro porque é inegável a situação de fato por que passam todas as comunidades daquela região do Estado de Rondônia e por fim, pela total ausência de mínimos indícios que comprovem tal alegação.

Mediante a farta documentação que foi posteriormente apresentada pelo Estado de Rondônia, ficou evidenciada a extrema gravidade da situação causada pela elevação dos rios na região, notadamente o Rio Madeira, o que trouxe incontroversos prejuízos aos habitantes do local. Lembro, a propósito, que a própria sede da justiça federal na região precisou ser evacuada, justamente, pelo noticiado estado de cheia dos rios, fato que, no momento seguinte, levou o Estado de Rondônia à declaração do estado de calamidade

pública. A Praça do Museu e a Receita Federal, entre outros prédios públicos, já foram atingidos pelas águas.

*11. Eventual inconstitucionalidade da Lei Estadual 3.317/2014 – via adequada para discussão*

Sem descuidar da necessidade imperiosa de que qualquer produção legislativa guarde absoluta sintonia com a Constituição Federal, anoto meu entendimento que, no caso, a presente medida cautelar não é via adequada à discussão da apontada inconstitucionalidade da Lei 3.317/2014. Ao que se verifica dos autos, a própria decisão do presidente proferida no plantão judiciário, que se busca restaurar pelo agravo em exame, pontualmente assinalou que sequer a medida cautelar era cabível no contexto processual em que foi proposta, porquanto a ação de atentado, que deveria ter curso perante o juízo singular, era o remédio processual cabível. Assim, com muito mais razão, penso que é descabida a discussão da apontada inconstitucionalidade da lei estadual em referência na via cautelar precariamente utilizada. Sobre a questão, a mesma Constituição Federal que se pretende violada é que estabelece o sistema de competência jurisdicional a ser aplicado à hipótese.

Creio, sem prejuízo do acima consignado, que é também de relevo registrar que a fundamentação da decisão agravada não está, como sustenta o Ministério Público Federal, assentada unicamente em tal norma estadual.

Diversamente, como se pode constatar mediante simples leitura da decisão impugnada, outros fundamentos de direito também foram utilizados, notadamente o da existência de manifesta divergência entre objeto processual da medida cautelar em exame e o objeto processual da ACP, somente para citar um outro ângulo da fundamentação.

*12. Proporcionalidade entre a tutela dos bens constitucionalmente preservados: defesa do meio ambiente e defesa da subsistência da vida*

Reafirmando que não é o caso dos autos, mas registrando a hipótese apenas a título de reflexão, observo que, ainda que se tratasse de traçados de

via de acesso transitório e de estrada construída em caráter definitivo coincidente em sua totalidade, ou mesmo em parte de suas extensões, não poderia, ao meu sentir, ser inquinada de vício de motivação, porque em verdade estaria acobertando interesses espúrios, políticos e até criminosos. Isto porque a lei estadual que instituiu a permissão para a instalação de via emergencial e temporária para o acesso de pessoas denota a expressa finalidade de salvaguardar a vida, a saúde e os elementos que, minimamente garantem a subsistência digna das comunidades atingidas pela elevação do Rio Madeira, argumentos estes não sopesados — porque inexistentes à época — quando do proferimento da sentença na ACP.

De tal modo, ainda que o acesso emergência autorizado pelo Estado possa resultar em alguma espécie de dano ao meio ambiente, mesmo que em mínima proporção, apesar da aplicação regular da tutela fiscalizatória dos poderes administrativos da localidade, creio que o fato encontra acomodação normativa na própria Constituição Federal, que de forma direta equilibra e proporciona o sistema de tutela aos bens da vida, erigindo nesse aspecto, sem dúvida alguma, a preservação da vida como objetivo maior. Parece-me esta a situação almejada pela Lei Estadual 3.317/2014.

*13. Conclusão, com êxito, da implantação do acesso emergencial em discussão*

A par de toda a controvérsia, cumpre assinalar a informação trazida aos autos pelo Estado de Rondônia (fls. 579-582), noticiando que o referido acesso emergencial, autorizado pela Lei Estadual 3.317/2014, foi implantado com êxito e já está atendendo à sua finalidade de permitir a chegada de pessoas e de alguns veículos aos municípios ilhados, o que permite, em decorrência, o aporte de alimentos, medicamentos e provisões em geral a essa região.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental, confirmando a decisão agravada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.



## Sexta Turma

Numeração única: 0003256-23.1999.4.01.3200

Apelação/Reexame Necessário 1999.32.00.003260-2/AM

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
 Apelantes: Ulysses de Souza da Silveira e outro  
 Advogados: Dr. Olympio Moraes Junior e outros  
 Apelante: União Federal  
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
 Apelante: Estado do Amazonas  
 Procuradora: Dra. Vivien Medina Noronha  
 Apelados: os mesmos  
 Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara – AM  
 Publicação: e-DJF1 de 1º/08/2014, p. 327

### Ementa

*Civil e Processo Civil. Preliminar de ilegitimidade passiva do Estado do Amazonas rejeitada. Responsabilidade civil. Dano moral e material. Vacinação antirrábica. Efeito colateral. Relevante comprometimento da higidez física e mental do demandante. Laudo pericial. Comprovação do nexo de causalidade. Antecipação ex officio da tutela específica. Possibilidade, em razão da situação de penúria dos requerentes. Indenização devida. Dano estético. Inexistência de pedido expresso. Recurso de apelação dos autores. Intempestividade. Não conhecimento. Apelo da União desprovido. Recurso do Estado do Amazonas provido em parte. Sentença parcialmente reformada.*

I. Não se conhece do recurso de apelação interposto quando já decorrido o prazo previsto no art. 508 do Código de Processo Civil (CPC).

II. Preliminar de ilegitimidade do Estado do Amazonas que se rejeita, porquanto as doses da vacina foram ministradas em posto de saúde por ele mantido, razão por que responde objetivamente pelo dano causado à parte-autora, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

III. É possível a antecipação de tutela específica, mesmo sem expresso requerimento na peça vestibular, levando em consideração, para tanto, a hipossuficiência financeira do beneficiado e, ainda, o comprometimento de 70 % de sua capacidade laborativa, sequela do evento danoso, devendo ser aplicada, na hipótese, a previsão constante do art. 461 do CPC, porquanto o apelo interposto, na espécie, não é dotado de efeito suspensivo e a sentença proferida impõe aos recorrentes nítida obrigação de fazer. Precedente.

IV. A sentença é *ultra petita* no que diz respeito à indenização por dano estético, considerando que nada foi requerido pelos interessados com relação ao tema, de modo que essa parte deve ser excluída para adequar o julgado aos limites do pedido, observando, assim, o disposto nos arts. 128 e 460 do CPC.

V. Apelação dos autores não conhecida.

VI. Apelo da União desprovido.

VII. Recurso do Estado do Amazonas parcialmente provido.

VIII. Remessa oficial prejudicada.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, não conhecer da apelação interposta pelos demandantes, negar provimento ao apelo da União e dar parcial provimento ao recurso do Estado do Amazonas e declarar prejudicada a remessa oficial.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 14/07/2014.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Trata-se de recursos de apelação interpostos pela parte-autora (fls. 494-497), pela União (fls. 501-506) e pelo Estado do Amazonas (fls. 508-536) da sentença que julgou procedentes os pedidos para reconhecer a Ulysses de Souza da Silveira (menor na época dos fatos) e à sua mãe, Maria de Souza da Silveira, o direito de serem indenizados pelos danos morais e materiais, decorrentes de severa reação adversa causada por erro de dosagem na aplicação de vacina antirrábica, a qual causou paralisia no menor.

O ilustre julgador de 1º grau, com base em exame pericial e demais documentos constantes dos autos, inferiu estar caracterizado o nexo de causalidade, apto a dar ensejo à responsabilidade objetiva dos mencionados entes públicos pelas mazelas de ordem física e psicológica causadas ao infante, razão por que condenou, em antecipação de tutela, cada um dos demandados ao pagamento de pensão vitalícia em valor correspondente a 2,5 salários-mínimos, no total de 5 salários-mínimos.

O *decisum* impôs, ainda, o pagamento dos valores de R\$ 50.000,00 para cada um dos litisconsortes ativos, a título de indenização por danos morais, cabendo a parcela de R\$ 25.000,00, em rateio, à União e ao Estado do Amazonas. Acresceu o pagamento do valor de R\$ 50.000,00, em benefício de Ulysses de Souza da Silveira, como forma de compensação pelo dano estético sofrido.

Ao final, determinou a restituição das despesas realizadas com o tratamento da vítima, apuradas no total de R\$ 745,15 (fls. 460-488).

Os primeiros recorrentes pugnam pela majoração dos valores das indenizações, bem como pela fixação dos honorários advocatícios no montante de 20% sobre o valor da condenação.

A União sustenta inexistir o alegado nexo de causalidade, sob o argumento de que a liberação de medicamento para comercialização não impede a ocorrência de efeitos colaterais, motivo pelo qual seu uso deve ser acompanhado para orientar possíveis ações do Ministério da Saúde.

O Estado do Amazonas, por seu turno, repisa a preliminar de ilegitimidade passiva, por entender que atua apenas como gestor dos postos de saúde locais, de modo que não pode responder por problemas decorrentes do uso da vacina antirrábica, visto que nada foi alegado quanto à existência de irregularidades no momento da aplicação ou da prescrição do fármaco.

Alega que a sentença é *extra petita*, porquanto o julgador concedeu a antecipação da tutela, fixou multa

diária pelo descumprimento da aludida ordem judicial e impôs condenação ao pagamento de pensão vitalícia e danos estéticos, em benefício da parte-autora, sem o correspondente pedido inicial. Por essa razão, requer a anulação da sentença.

No mérito, sustenta, em síntese, que houve aplicação da teoria do risco integral, na hipótese em exame, o que não é admitido no direito pátrio, no qual a responsabilidade objetiva da Administração decorre da aplicação da teoria do risco administrativo e da demonstração dos requisitos ensejadores do dever de indenizar (ato ilícito, dano material/moral e nexo de causalidade).

Assevera que, em seu depoimento, o perito não foi capaz de vincular a aplicação da vacina à reação desencadeada no recorrido.

Aduz não haver meio de se prever a ocorrência de reação alérgica em seres humanos, acrescentando que a vacina foi liberada pelo Ministério da Saúde, em substituição à aplicada anteriormente, situação que demonstra a exclusiva legitimidade da União para responder pelos danos pleiteados.

Ao final, sustenta inexistir prova de que a genitora do autor sofreu danos morais, visto que a situação em exame não resultou em ofensa à reputação, ao bom nome e à honra da interessada; pugna pela exclusão do pagamento de pensão vitalícia ao requerente, tendo em vista o exercício de atividade laboral, conforme admitido em depoimento em juízo. Alternativamente, requer a redução dos valores fixados a título de indenização.

Em razão do trânsito em julgado da decisão que antecipou a tutela, foi deferida a expedição da carta de sentença (fl. 541). Há, nos autos, a informação de que a pensão foi concedida aos recorridos em 02/03/2006 (fls. 558-560, 577 e 615-620).

O Estado do Amazonas (fls. 622-626), os autores (fls. 628-638) e a União (fls. 640-646) apresentaram contrarrazões.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Inicialmente, é possível verificar que a sentença foi publicada no *Diário da Justiça* de 08/11/2005, terça-feira (fl. 490), o que é confirmado pelo andamento processual obtido no sítio da Seção Judiciária do

\*Participaram do julgamento as Exmas. Sras. Juízas Federais Hind Ghassan Kayath e Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas (convocadas).

Estado do Amazonas. O prazo para interposição do recurso de apelação, para os autores, nos termos do art. 508 do Código de Processo Civil (CPC), findou em 23/11/2005 (quarta-feira). Ocorre que o apelo somente foi interposto em 05/12/2005 (fl. 494), de modo que é extemporâneo, razão pela qual dele não conheço.

Afasto a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado do Amazonas, porquanto as doses da vacina foram ministradas em posto de saúde mantido pelo recorrente, de modo que o ente estatal responde objetivamente pelo dano causado à parte-autora, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Confira-se, a propósito, o julgamento a seguir transcrito:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. INTIMAÇÃO DE PROCURADOR AUTÁRQUICO (CPC, ART. 236). JULGAMENTO DO FEITO, APÓS A PERÍCIA, SEM REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS POR SERVIDOR PÚBLICO. CF/88, ART. 37, § 6º. APLICAÇÃO DE OVERDOSE DE VACINA ANTIRRÁBICA EM HOSPITAL PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DO SEU MANTENEDOR. DANOS MORAIS E LUCROS CESSANTES. CUMULABILIDADE.

1. A intimação de procurador autárquico, nas capitais dos Estados, faz-se pela publicação na imprensa oficial, nos termos do art. 236 do CPC.

2. Não ocorre nulidade processual, em razão do julgamento do feito, após a realização de perícia, e sem designação de audiência de instrução, se, indeferida, sem recurso, a prova testemunhal requerida, houve concordância das partes com o laudo, não sendo solicitados esclarecimentos que o perito devesse prestar em audiência.

3. A entidade pública mantenedora de unidade hospitalar responde, objetivamente, na forma do art. 37, § 6º, da CF/88, por danos causados a terceiros por preposto seu, em razão de overdose de vacina antirrábica ministrada ao paciente, causando-lhe complicações de saúde que o levaram à inatividade, além de sofrimento moral.

4. Exclui-se, entretanto, indenização por despesas médicas não comprovadas, e altera-se o valor da pensão mensal, para adaptá-lo à moeda da época do dano, e à modesta situação econômica do autor.

5. Apelação e remessa parcialmente providas.

(AC 0010701-89.1999.4.01.0000/RO – rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva – DJ de 25/10/2002)

Passo, portanto, ao exame dos recursos interpostos pela União e pelo Estado do Amazonas.

Como visto do relatório, os autores pretendem a reparação dos danos morais e materiais a que foram submetidos, em consequência da aplicação de

dosagem excessiva de vacina antirrábica no filho da litisconsorte ativa que, na época dos fatos (24/07/1994), contava com 14 anos de idade.

Compulsando os autos, é possível verificar que o recorrido foi diagnosticado como vítima de polirradiculoneurite pós-vacinação antirrábica (fls. 71-81), da qual resultou seqüela motora e psíquica, razão por que necessita de tratamento especializado por tempo indeterminado. Ademais, sofreu redução em sua capacidade laboral, estimada em 70%, como se extrai do laudo pericial produzido (fls. 348-352).

Os depoimentos colhidos em Juízo (fls. 424-433) são coerentes ao esclarecer que a patologia que aflige o autor eclodiu após a aplicação da vacina antirrábica.

Ao depor, o médico Cleomir da Silva Matos afirmou (fl. 427):

[...] QUE a vacina antirrábica possui um componente que pode causar dano à bainha de Melina, uma proteína que protege os nervos; QUE, havendo agressão a tal proteína, o nervo sofre um processo de desernervação; QUE, quando o autor estava internado no hospital Getúlio Vargas, a testemunha colaborou com a equipe que o assistia, exarando um parecer acerca dos procedimentos a serem adotados; [...] QUE, na época em que ocorreu essa internação, nos idos de 1994, a testemunha tomou ciência de casos similares envolvendo indivíduos que sofreram lesões neurológicas após serem ministradas vacinas antirrábicas; QUE os exames realizados no autor evidenciam a ocorrência de uma deservação; QUE não pode afirmar, com integral certeza, que o estado de saúde do autor decorre de causa auto-imune; [...] QUE o autor apresenta necessidades especiais em razão da deficiência em sua locomoção e em movimentos dos membros superiores; QUE as vacinas em geral apresentam risco de causarem reação alérgica naqueles aos quais são aplicadas; QUE em razão dos casos havidos em 1994, houve uma suspeita acerca da qualidade das vacinas antirrábicas oferecidas, causando a suspensão de sua aplicação, bem como a vinda de uma equipe do Ministério da Saúde para averiguar os fatos ocorridos;

Por sua vez, a testemunha Heliana Maria da Costa Matos, médica, ao depor, esclareceu que (fl. 429):

[...] o autor ficou com um quadro de paralisia muscular que atingiu todo seu corpo em razão de se lhe haver sido ministradas vacinas antirrábicas; [...] QUE tem ciência de caso semelhante ocorrido com o autor que afligiu determinado médico; QUE a moléstia que abateu o autor já era relatada pela doutrina médica, como sendo causa da vacina antirrábica ministrada; QUE a vacina ministrada ao autor foi retirada do mercado em razão dos riscos que oferecia; QUE hoje o Ministério da Saúde

distribui um tipo de vacina mais evoluído e mais seguro, de cultivo celular;

Reputo que está satisfatoriamente demonstrado o nexó de causalidade entre o evento danoso e a aplicação da vacina antirrábica no demandante, ora recorrido, de modo que, no ponto, nada há a reparar na sentença.

O Estado do Amazonas, em seu recurso de apelação, alega que a sentença é *extra petita*, razão pela qual requer sua anulação.

Com efeito, a leitura da inicial esclarece que os autores formularam o seguinte pedido (fl. 10):

Requerendo enfim, a condenação dos Réus a pagarem ao autor *Ulysses de Souza da Silveira* pelos danos sofridos quantia a ser aquilatada, oferecendo como valor para base de negociação um total de 38.000 (trinta e oito mil) salários-mínimos como supra referido, bem como condene os Réus a pagarem a autora *Maria da Glória de Souza da Silveira* pelos danos sofridos quantia a ser aquilatada, oferecendo como valor para base de negociação um total de 30.000 (trinta mil) salários-mínimos a título de *Danos Morais*, e condenando-os a valor ilíquido como danos materiais, deixando a valoração para liquidação por artigos da sentença.

O julgador, contudo, vislumbrou a necessidade de antecipar os efeitos da tutela específica para determinar o pagamento de pensão vitalícia ao autor, mesmo sem o respaldo de expresso requerimento constante da peça vestibular, levando em consideração, para tanto, a hipossuficiência financeira do beneficiado e, ainda, o comprometimento de 70% de sua capacidade laborativa em decorrência do evento danoso. Diante de tais peculiaridades, a jurisprudência pátria tem admitido a concessão de tutela específica com o intuito de minimizar as agruras experimentadas, devendo ser aplicada, na hipótese, a previsão constante do art. 461 do CPC, visto que o apelo interposto, na espécie, não é dotado de efeito suspensivo e a sentença proferida impõe aos recorrentes nítida obrigação de fazer.

Em amparo à tese adotada, confirma-se o julgamento que se segue, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RURAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO PELA CORTE DE ORIGEM. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PEDIDO POR PARTE DO SEGURADO. PETIÇÃO INICIAL REDIGIDA DE FORMA SINGELA, MAS QUE CONTÉM OS ELEMENTOS QUE INDICAM OS FATOS, OS FUNDAMENTOS E O PEDIDO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO A PARTIR DA CITAÇÃO, O QUE DENOTA PRETENSÃO PELO PROVIMENTO ANTECIPADO. VÍCIO AFASTADO.

IMPLEMENTAÇÃO IMEDIATA DO PAGAMENTO MENSAL DO BENEFÍCIO POR OUTRO FUNDAMENTO. ART. 461 DO CPC. COMANDO MANDAMENTAL DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

1. Hipótese na qual o INSS pleiteia o reconhecimento de ofensa ao artigo 273 do CPC ao argumento de que a tutela antecipada para a implementação do benefício foi deferida pelo acórdão recorrido *ex officio*.

2. Deve ser mantida a implementação da aposentadoria por invalidez diante das peculiaridades do caso, pois a petição inicial, apesar de singela, traz pedido antecipatório ao requerer a implementação do benefício a partir da citação do réu.

3. No caso, a ordem judicial para a implantação imediata do benefício deve ser mantida. Não com fulcro no artigo 273 do CPC, mas sim com fundamento no artigo 461 do CPC, pois o recurso sob exame, em regra, não tem efeito suspensivo, o segurado obteve sua pensão em primeira e segunda instâncias e a implementação do benefício é comando mandamental da decisão judicial a fim de que o devedor cumpra obrigação de fazer. Salva-guarde-se, desse modo, a tutela efetiva. A propósito, confirmam-se: AgRg no REsp 1056742/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 11/10/2010; e REsp 1063296/RS, rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 19/12/2008.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.319.769/GO – rel. Min. Sérgio Kukina – rel. p/Acórdão Min. Benedito Gonçalves – DJe de 20/09/2013)

Ademais, está demonstrado nos autos que a ordem judicial foi devidamente cumprida pelo Estado do Amazonas (fls. 558-560 e fl. 604) e pela União (fls. 576-582 e 596-599), o que, aliás, foi corroborado por informação dos próprios autores (fls. 613-619).

No que diz respeito à indenização por dano estético, reputo que assiste razão ao Estado do Amazonas, visto que nada foi requerido pelos interessados com relação ao tema, de sorte que a sentença se mostra *ultra petita*, devendo essa parte ser excluída para adequar o julgado aos limites do pedido, observando, assim, o disposto nos arts. 128 e 460 do CPC.

Em face da sucumbência recíproca, determino a compensação das custas processuais, devendo cada parte arcar com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Ante o exposto, não conheço do recurso dos autores, nego provimento à apelação da União e dou parcial provimento ao recurso do Estado do Amazonas.

Fica prejudicada a remessa oficial.

É o meu voto.

## Sétima Turma

### Agravo de Instrumento 0074017-85.2013.4.01.0000/DF

Relator : Desembargador Federal José Amilcar Machado  
 Agravantes: Essex Trade Comércio Importação e Exportação Ltda. e outro  
 Advogados: Dr. Leonardo Barbosa Cavalcanti e outros  
 Agravada: Fazenda Nacional  
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
 Publicação: e-DJF1 de 27/06/2014, p. 1.094

## Ementa

*Tributário. Liberação de mercadorias importadas. Suspeita de interposição fraudulenta. Suspensão de procedimento fiscal independentemente de caução. Impossibilidade. Matéria complexa. Necessidade de dilação probatória. Inviabilidade em agravo de instrumento. Precedentes desta turma.*

I. O ponto central da argumentação da agravante seria a impossibilidade de aplicação de pena de perdimento em hipótese de subfaturamento. No entanto, o que se verifica é que o caso vertente se refere a alegações feitas pelo Fisco de ocorrência de interposição fraudulenta na importação, hipótese de aplicação de pena de perdimento, nos termos do art. 23, inciso V, §§ 1º e 2º do Decreto-Lei 1.455/1976, com redação conferida pela Lei 10.637/2002. Não se trata de alegação de subfaturamento.

II. A 7ª Turma deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região já teve oportunidade de manifestar-se, em situação semelhante, e entendeu cabível o procedimento adotado pelo Fisco em casos que têm fundamento em interposição fraudulenta na importação, e não por suspeita de subfaturamento. Precedentes: AC 200834000264131, Des. Federal Reynaldo Fonseca, TRF1 – Sétima Turma, e-DJF1 – Data: 09/12/2011 – Página: 762.

III. Quanto à suposta alegação de interposição fraudulenta em pessoas, entendo, nesse exame preliminar, próprio de análise sobre concessão de medidas liminares, que há fortes indícios em relação às alegações feitas pelo Fisco. Como se vê em transcrições feitas pelas próprias agravantes na inicial, como, por exemplo, a constante do item 57 da inicial, mais de 70% das vendas efetuadas pela agravante Meridian foram a empresas sem movimentação financeira compatíveis com os valores pagos por elas.

IV. Não é razoável a alegação das agravantes no sentido de que não se devem levar em consideração as obrigações de terceiros com os quais não teriam qualquer ligação, pois a própria verificação sobre a ocorrência de interposição fraudulenta de terceiros exige uma análise a ser efetuada nessas terceiras empresas.

V. Não existe ilegalidade ou abuso de poder no procedimento especial de fiscalização, exercido pelas autoridades alfandegárias, consoante preceitua o art. 68 da MP 2.158/2001, quando retém mercadorias importadas, para investigação específica sobre a origem de recursos empregados na importação e sobre possível pessoa fraudulentamente interposta, nos termos das Instruções Normativas 206/2002 e 228/2002. (AC 00112395220124058100, Des. Federal Margarida Cantarelli, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 26/07/2013 – Página: 179.)

VI. A Lei 10.637/2002, ao dar nova redação ao art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976, criou outra hipótese de aplicação da pena de perdimento da mercadoria, que diz respeito às pessoas e empresas envolvidas em interposição fraudulenta de terceiros.

VII. A produção de prova documental, em sede recursal, é excepcional, estando prevista no art. 397 do Código de Processo Civil, que a 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. (AC 0002742-76.2004.4.01.3400/DF; Apelação Cível – Relator: Des. Federal Ítalo Mendes – Convocada: Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo – Órgão julgador: Quarta Turma – Publicação: e-DJF1, p. 79, de 17/10/2011 – Data da decisão: 23/08/2011.)

VIII. Agravo de instrumento a que se nega provimento.



## Acórdão

Decide a Turma, por maioria, negar provimento ao agravo.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 03/06/2014.

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*, relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Rodrigo de Godoy Mendes*: — Trata-se de agravo de instrumento em ação ordinária, no qual as agravantes Essex Trade Comércio Importação e Exportação Ltda. e Meridian Comércio Exterior Ltda. requerem seja atribuído efeito suspensivo ativo ao presente recurso, para que seja determinada a suspensão de procedimento fiscal aberto com base na Instrução Normativa SRF 228/2002, bem como a imediata liberação, independentemente de caução, de todas as mercadorias dos agravantes que se encontram apreendidas, retidas ou bloqueadas na Alfândega da Receita Federal do Brasil no Porto de Santos e objeto de Procedimento Especial de Controle Aduaneiro, com ordem, ainda, para que as demais importações dos agravantes sejam desembaraçadas normalmente e não sejam previamente interrompidas, bloqueadas ou encaminhadas automaticamente para o *canal cinza* de conferência.

Informam as agravantes que foi concedida parcialmente medida antecipatória de tutela, tão somente para autorizar a liberação das mercadorias mediante prestação de caução judicial em dinheiro.

Noticiam as agravantes que, em agosto de 2010, a Inspeção da Receita Federal do Brasil em Maceió/AL instaurou procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate à interposição fraudulenta de pessoas, nos termos da Instrução Normativa SRF 228/2002. Em decorrência, o Fisco teria imputado às agravantes a obrigação de prestação de garantia para a liberação das mercadorias, além de encaminhamento automático das importações ao *canal cinza* para o seu desembaraço.

Aduzem que, inconformados com a atuação do Fisco, os agravantes impetraram mandado de segurança junto à Justiça Federal da 5ª Região, postulando o afastamento de penalidades que seriam imputadas exclusivamente com base em indícios. Afirmam que houve concessão de liminar em sede de agravo de instrumento pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Relatam que, além do procedimento fiscal supra relatado, a Receita Federal teria instaurado, com base

na Instrução Normativa SRF 228/2002, outra ação fiscal com o intuito de analisar a regularidade de informações prestadas pela primeira agravante em 144 declarações de importação (DI).

Afirmam que, posteriormente, a mesma Inspeção da Receita Federal em Maceió teria encerrado mais uma ação fiscal, na qual a conclusão foi no sentido de haver meras irregularidades formais em outras 22 DI's da agravante.

Dizem que em 20/05/2013 houve a instauração, por parte da Alfândega da Receita Federal do Brasil no Porto de Santos/SP, de um quarto procedimento de fiscalização, para apurar, uma vez mais, suposta prática de interposição fraudulenta nas importações feitas pelas agravantes.

Nesta ocasião, a Alfândega do Porto de Santos teria utilizado o Procedimento Especial de Controle Aduaneiro previsto na Instrução Normativa SRF 1.169/2011, bloqueando o desembaraço de cargas importadas pelas agravantes.

Alegam que, em tal procedimento fiscal, o Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF só teria sido lavrado após 30 (trinta) dias e, desde então, estão bloqueados despachos referentes a mais de 11 Declarações de Importação.

Relatam que, diante do quadro relatado, ajuizaram nova ação ordinária na Seção Judiciária do Estado de Alagoas, com o intuito de que os efeitos da Instrução Normativa SRF 1.169/2011 se limitassem às declarações de importação já objeto de termos de início de fiscalização.

Alegam que, na referida ação, foi concedida medida antecipatória de tutela conforme pedido, bem como houve sentença procedente.

Informam que os efeitos da tutela antecipada teriam sido suspensos por decisão monocrática proferida no Tribunal Regional Federal da 5ª Região e, em função de tal medida, a Alfândega do Porto de Santos teria iniciado procedimento de aplicação de pena de perdimento às mercadorias apreendidas, lavrando dois autos de infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de mercadorias.

Alegam que, em função das decisões favoráveis às agravantes, a Secretaria da Receita Federal

teria efetuado manobra para burlar os efeitos dos provimentos judiciais, lavrando, em 09/10/2013, outro Termo de Início de Fiscalização referente ao Procedimento Fiscal Especial de que trata a Instrução Normativa SRF 228/2002.

No mérito, as agravantes alegam a impossibilidade de exigência de caução para a liberação das mercadorias, uma vez que não há indícios de infração sujeita a pena de perdimento, nos termos da legislação tributária federal.

Defendem, ainda, a impossibilidade de aplicação de pena de perdimento, tendo em vista que a hipótese seria de alegado subfaturamento. Entendem que o subfaturamento em importações de DVD's poderia ser considerado como falsidade ideológica, nos termos do art. 108 do Decreto-Lei 37/1966 e, não, hipótese de pena de perdimento. Colaciona jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

Alegam, ainda, a não ocorrência de interposição fraudulenta de pessoas, alegando que o Fisco não poderia exigir das agravantes que diligenciassem junto a seus compradores para verificar o cumprimento de suas obrigações tributárias. Defendem que, na hipótese, caberia apenas a multa de 10% prevista no art. 33 da Lei 11.488/2007 e não a pena de perdimento.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes:*  
— Após exame detido dos autos, vejo que está com a razão a juíza de 1ª instância, ao manifestar-se no sentido de que há necessidade de dilação probatória no presente caso. Ocorre que as alegações expostas são várias e complexas, envolvem diversas ações judiciais ajuizadas pelas ora agravantes e variados procedimentos administrativos fiscais, em unidades da Receita Federal localizadas em municípios diferentes. É importante observar que o presente agravo de instrumento possui 1.645 folhas, o que implica o exame de grande número de documentos e análise de procedimentos fiscais. Não há como, em sede de agravo de instrumento, considerar presente a verossimilhança das alegações das requerentes e conceder o pedido como requerido. Vejamos.

\*Sessão de 22/04/2014 – Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tolentino Amaral e Reynaldo Fonseca.

Sessão de 03/06/2014 – Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Reynaldo Fonseca e José Amílcar Machado e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado).

Como observado pela magistrada que proferiu a decisão agravada, caso a ação seja julgada procedente ao final, as agravantes teriam de volta o valor caucionado.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que mesmo o presente agravo de instrumento tendo sido instruído com 1.645 folhas, conforme já observado, curiosamente não está acompanhado de cópia das informações prestadas pela ré em cumprimento à determinação da juíza de primeira instância, as quais foram levadas em consideração por ocasião da prolação da decisão agravada.

Após a análise dos autos, verifico que o ponto central da argumentação da agravante seria a impossibilidade de aplicação de pena de perdimento em hipótese de subfaturamento. No entanto, o que se verifica é que o caso vertente se refere a alegações feitas pelo Fisco de ocorrência de Interposição Fraudulenta na Importação, hipótese de aplicação de pena de perdimento, nos termos do art. 23, inciso V, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei 1.455/1976, com redação conferida pela Lei 10.637/2002. Não se trata de alegação de subfaturamento. O texto legal referido é o seguinte:

Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

[...]

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, *na hipótese de ocultação* do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, *mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.* (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

[...]

§ 1º *O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento* das mercadorias. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

Vejo, ainda, que a 7ª Turma deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região já teve oportunidade de manifestar-se, em situação semelhante, e entendeu cabível o procedimento adotado pelo Fisco em casos que têm fundamento em interposição fraudulenta na importação, e não por suspeita de subfaturamento. O julgado é o seguinte:

PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DE INTERESSE DE AGIR. OBJETO

E CAUSA DE PEDIR. TENTATIVA DE CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS, APÓS A CONTESTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA DE PERDIMENTO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA NA IMPORTAÇÃO. ART. 23, V DO DECRETO-LEI 1.455/76. PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL

1. Ante o término do procedimento especial de controle aduaneiro, concluindo pela pena de perdimento das mercadorias retidas, correta a sentença que reconheceu a superveniente falta de interesse de agir, considerando o objeto e a causa de pedir desta demanda, que, aliás, nasceu cautelar e transformou-se em ação de procedimento ordinário.

2. Encerrada a ação fiscal, “[...] Não cabe ao Poder Judiciário julgar o mérito dos procedimentos administrativos, quando não caracterizado vício de ilegalidade, tendo em vista o Princípio da Separação dos Poderes.” (AMS 199934000209944, Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, DJe de 12/03/2010).

3. *Auto de infração lavrado com fundamento em “interposição fraudulenta na importação” e não por suspeita de subfaturamento.*

4. De qualquer forma, *a lei coíbe as operações de comércio exterior (exportação ou importação) em que ocorra a “ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou responsável pela operação (art. 23, V, do DL 1.455/37; Decreto-lei 1.455/76, com a redação dada pela Lei 10.637/02). [...] suspeita de infração passível de pena de perdimento”* (AMS 2004.71.001126-0-RS, Rel. Juíza Federal Convocada Eloy Bernst Justo, D.E. de 24/11/2008). Assim, *“se apurado, no procedimento administrativo regular, que houve interposição fraudulenta de pessoas na importação de bens vindos da China, a hipótese é de fraude”* (AG 0028335-78.2011.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Conv. Juiz Federal Renato Martins Prates (conv.), Sétima Turma, e-DJF1 p.339 de 23/09/2011). Pertinência da pena de perdimento em tal hipótese.

5. *A pena de perdimento de bens - mecanismo perfeitamente constitucional, nos termos do art. 5º, inciso XLVI, letra b, da Constituição Federal - tem aplicação nos casos de importação irregular de mercadorias e está inscrita no art. 105, X, do Decreto-Lei 37/1966, combinado com o art. 23, IV, do Decreto-Lei 1.455/1976. Precedentes.*

6. Na hipótese dos autos, *as mercadorias foram introduzidas no País sob fundada suspeita de interposição fraudulenta de terceiro, razão pela qual foram submetidas a procedimento especial de controle aduaneiro, ficando retidas até a conclusão do correspondente procedimento e sujeitas à pena de perdimento.* O procedimento em tela concluiu, então, após regular procedimento administrativo, pela pena de perdimento. 6. Apelação desprovida. Sentença mantida.

(AC 200834000264131, DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA:09/12/2011 PAGINA:762.)

Quanto à suposta alegação de interposição fraudulenta em pessoas, entendo, nesse exame preliminar, próprio de análise sobre concessão de medidas liminares, que há fortes indícios em relação às alegações feitas pelo Fisco. Como se vê em transcrições feitas pelas próprias agravantes na inicial, como, por exemplo, a constante do item 57 da inicial, mais de 70% das vendas efetuadas pela agravante Meridian foram a empresas sem movimentação financeira compatíveis com os valores pagos por elas.

Não é razoável a alegação das agravantes no sentido de que não se devem levar em consideração as obrigações de terceiros com os quais não teriam qualquer ligação, pois a própria verificação sobre a ocorrência de interposição fraudulenta de terceiros exige uma análise a ser efetuada nessas terceiras empresas.

É interessante, ainda, transcrever trechos do Termo de Encerramento de Procedimentos Fiscais, cujas cópias constam às fls. 322-323 dos autos. Verificou-se que, ainda que não aplicada pena de perdimento, até mesmo pelas limitações das unidades da Receita Federal no Estado de Alagoas, é patente a grande quantidade de indícios em relação à suposta inidoneidade das operações das agravantes. O texto é o seguinte:

No que se refere a comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas importações, ficou demonstrado durante a ação fiscal, essencialmente, que as importações foram iniciadas com os recursos da integralização do capital social (remessa oficial do exterior pela BDA S/A, por meio de contrato de câmbio) e depois o fluxo de disponibilidades se deu da equação positiva e favorável entre recebimento de clientes no Brasil e prazos concedidos pelo fornecedor estrangeiro para liquidação cambial (Comtrade Associated S/A).

Conforme documentado, *tanto a sócia majoritária na Suíça (BDA S/A), quanto a exportadora e financiadora no Panamá (Comtrade Associated S/A), pertencem ao mesmo grupo empresarial, são controladas no exterior pela mesma pessoa (Danilo Borgia), e se dedicam a captar, aplicar, investir e administrar patrimônios e bens de terceiros.*

Tendo em vista que a *Comtrade Associated S/A está registrada no Panamá com capital social de US\$ 10.000,00*, tentamos aprofundar a investigação sobre a sua capacidade econômica e/ou financeira, em termos compatíveis ao volume de financiamentos concedidos à Essex nas importações (mais US\$ 9.000.000,00, segundo o último levantamento), *mas o não atendimento à intimação foi justificado pelo advogado da empresa com base nas normas de sigilo vigentes naquele País.*

Frederico Canepa, que se declarou amigo pessoal de Danilo Borgia, em relação à Essex participou ativamente da fase de constituição da empresa no Brasil, é o responsável pelas transações internacionais, recebe comissões por intermediar as compras e vendas dos produtos importados (contrato de assessoria) e, informalmente, chega até a dar orientações ao sócio-administrador da Essex, Fábio Luiz Barbalotto. Não há procuração no Banco do Brasil em nome de Frederico para movimentar as contas bancárias, assim como não consta que tenha depositado ou transferido recursos diretamente para as contas da Essex para custear importações.

Por sua vez, *Fábio Barbolotto, mesmo sem perfil (não fala nenhuma língua estrangeira, tem apenas o segundo grau completo, antes de montar a empresa era classificador e degustador de café para exportação, etc), foi escolhido para participar da sociedade e ocupar o cargo de administrador, em função de ser uma pessoa de confiança de Frederico Canepa, por já ter sido seu funcionário na empresa Porto de Santos Comércio e Exportação Ltda. Durante seu depoimento, não soube responder questões básicas sobre as operações da empresa e mentiu sobre onde conheceu Frederico Canepa.*

A empresa está instalada em Maceió/AL, em duas salas comerciais alugadas. *As cargas nunca circulam por Alagoas. Chegam em São Paulo e, quase sempre, também vendidas para empresas paulistas, na totalidade, logo após o desembarque aduaneiro.* Esse mecanismo é comum nas empresas comerciais que vem para AL, atraídas pelos benefícios estaduais, da chamada Lei dos Precatórios, que permite o pagamento do ICMS na importação, com créditos precatórios adquiridos com deságio de até 70%.

O fato é que *a fiscalização não teve mecanismos legais para aprofundar a investigação desses recursos internacionais utilizados pela Essex para operar no comércio exterior, a medida em que foi criada e financiada em suas importações com capital proveniente de países internacionalmente reconhecidos e procurados por oferecer sigilo (Suíça e Panamá).*

Com base nos limites, requisitos e parâmetros definidos na legislação de regência, durante a ação fiscal, não restaram comprovados os elementos necessários e suficientes à caracterização das hipóteses de interposição fraudulenta. O quadro indiciário não foi afastado, mas é insuficiente para sustentar a aplicação das penalidades de interposição fraudulenta.

Dessa forma, considerando que a fiscalização aduaneira obviamente é ato vinculado à lei, o procedimento foi encerrado sem os resultados diretos previstos no art. 11 da IN SRF 228/2002.

Portanto, há fortes indícios de que o administrador das empresas é um *laranja* e que informações sobre a capacidade econômica e financeira das agravantes foram songadas ao

argumento da proteção do sigilo que os países escolhidos como sede conferem. Vejo, ainda, da análise do texto acima e da própria petição inicial, que as empresas exportadora e importadora possuem o mesmo sócio majoritário, com 99,5% das ações e sedes em países que autorizam o sigilo de operações comerciais, como a Suíça e o Panamá. Além disso, as empresas importadoras possuem sede no Estado de Alagoas com um único propósito de usufruir de um benefício fiscal, sendo admitido que as mercadorias não transitam por aquele Estado, sendo desembarçadas no porto de Santos e comercializadas no Estado de São Paulo.

Importante enfatizar que outros Tribunais Federais também já se manifestaram sobre a matéria ora em exame e entenderam pelo cabimento da atuação do Fisco em casos semelhantes:

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. DESPACHO ADUANEIRO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE CONTROLE FISCAL. SUSPEITA DE FRAUDE. ARTIGO 39 DO DL 1455/76. MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.158-35/01. IN SRF Nº 206/2002. IN SRF Nº 228/2002.

I - *Não existe ilegalidade ou abuso de poder no procedimento especial de fiscalização, exercido pelas autoridades alfandegárias, consoante preceitua o artigo 68 da MP 2158/2001, quando retém mercadorias importadas, para investigação específica sobre a origem de recursos empregados na importação e sobre possível pessoa fraudulentamente interposta, nos termos das Instruções Normativas nº 206/2002 e 228/2002.*

II - O parágrafo único, do artigo 69 da IN SRF nº 206/2002, prevê que a prestação de garantia tem o condão de desencadear a liberação da mercadoria apenas nas hipóteses em que é afastada a ocorrência de fraude, pois, *se eventualmente for confirmada a fraude na importação do produto, o pagamento do tributo não será o bastante, porque haverá a aplicação obrigatória da pena de perdimento.*

III - No caso, cuida-se de apelação de sentença que, em Mandado de Segurança, denegou a ordem, ante o pleito de liberação das garantias prestadas, exigidas como condicionantes para liberação de mercadorias importadas, tendo em vista restrições fiscais advindas de procedimento especial de fiscalização instaurado com fulcro na IN SRF nº 228/2002.

IV - Restando observado que a retenção da mercadoria da impetrante/apelante não teve por causa o pagamento de Imposto de Importação, nem mesmo das taxas de armazenagem, mas sim investigação específica sobre a origem dos recursos empregados na importação e sobre possível elementos indiciários de fraude, inclusive no que se refere ao preço declarado da mercadoria (auto de infração), dando-se o "procedimento especial de fiscalização", não há que se falar em liberação das garantias prestadas, quando a exigência de garantia



para a liberação das mercadorias importadas está lastreada em embasamento legal.

V - Apelação improvida.

(AC 00112395220124058100, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data::26/07/2013 - Página::179.)

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - IMPORTAÇÃO - PROCEDIMENTO ESPECIAL ADUANEIRO - RETENÇÃO DE MERCADORIA - ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. *O procedimento especial de fiscalização (IN nº 206/02 e 228/02 da SRF; MP nº 2.158-35) autoriza a retenção de mercadorias importadas, diante de fundadas suspeitas do cometimento de infração suscetível à pena de perdimento.*

2. *In casu, a autoridade fiscal constatou possível interposição fraudulenta, em razão da incompatibilidade entre o valor da operação e o do capital social da empresa, bem como de eventual simulação de preço declarado nas faturas comerciais.*

3. *Condutas passíveis de pena de perdimento, nos termos dos artigos 23, V, do Decreto-lei nº 1455/76 e 105, VI, do Decreto-lei nº 37/66.*

4. *Apelação a que se nega provimento.*

(AMS 00062870520054036104, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/03/2011 PÁGINA: 531 ..FONTE\_REPUBLICACAO:.)

TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. INTERPOSTA PESSOA EM IMPORTAÇÃO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. IN 228/02. RETENÇÃO DE MERCADORIAS. GARANTIA PARA LIBERAÇÃO PROVISÓRIA. LEGALIDADE. EXCESSO DE PRAZO NA APREENSÃO INICIAL. MERA IRREGULARIDADE.

1. *A Lei n.º 10.637/2002, ao dar nova redação ao art. 23 do Decreto-Lei n.º 1455/76, criou outra hipótese à aplicação da pena de perdimento da mercadoria, que diz respeito às pessoas e empresas envolvidas em interposição fraudulenta de terceiros.*

2. *Mercadoria importada pode ser retida pela autoridade alfandegária para que se apure a ocorrência de irregularidade punível com a pena de perdimento, desde que estejam demonstrados veementes indícios de sua existência (art. 68 da Medida Provisória n.º 2158/01).*

3. *A Instrução Normativa n.º 228/02 dispõe sobre o procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate à interposição fraudulenta de pessoas.*

4. *Conforme a Medida Provisória n.º 2.158/01, uma vez apreendida a mercadoria, ela poderá ser entregue ao importador, antes da conclusão do procedimento especial de fiscalização (interposta pessoa em importação), mediante medida de cautela fiscal.*

5. *Em seu art. 80, inciso II, a MP 2.158/01 expressamente explicita uma medida de cautela que poderá ser usada. Trata-se do oferecimento de garantia.*

6. *A IN/SRF n.º 228/02, em seu artigo 7º, ao regulamentar a MP 2.158/01, prevê que o desembaraço ou a entrega das mercadorias na importação fica condicionado à prestação de garantia, até a conclusão do procedimento especial.*

7. *Verifica-se, dessa maneira, que a IN/SRF 228/02 constitui suavização do preceito legal veiculado pela MP 2.158/01, uma vez que, por esta, em princípio, a autoridade aduaneira poderia reter as mercadorias sem qualquer liberação provisória sob condicionamento.*

8. *O procedimento especial de investigação previsto na IN SRF n.º 206/02 é preparatório de eventual e futuro processo administrativo para apuração de pena de perdimento. Nesse contexto, eventual atraso na conclusão do procedimento constitui mera irregularidade formal. Ademais, no caso dos autos, não restou demonstrado que tenha expirado o limite de 90 dias, pois o seu termo inicial não é aquele apontado pela importadora.*

(AMS 200570030026775, DIRCEU DE ALMEIDA SOARES, TRF4 - SEGUNDA TURMA, DJ 22/03/2006 PÁGINA: 537.)

Por fim, analisando a sentença proferida pelo Juízo da Seção Judiciária de Alagoas, entendo que não está claro o seu descumprimento por parte da ré, uma vez que, como se verifica às fls. 468, fica *“ressalvada a possibilidade de tal encaminhamento quando houver motivo suficiente”*.

Portanto, ficou evidenciado que as alegações feitas pelas requerentes, no presente caso, não podem ser analisadas em sede de agravo de instrumento, estando correta, a meu ver, a decisão agravada.

Nesse sentido a jurisprudência desta Corte.

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 pelo 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, com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

AC 0002742-76.2004.4.01.3400/DF; APELAÇÃO CIVEL – Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES Convocado: JUÍZA FEDERAL CLEMÊNCIA MARIA ALMADA LIMA DE ÂNGELO (CONV.) – Órgão Julgador: QUARTA TURMA – Publicação: e-DJF1 p.079 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 CIVEL – Relator: JUIZ FEDERAL CHARLES RENAUD FRAZAO DE MORAES (CONV.) – Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação: e-DJF1 p.454 de 05/10/2010 – Data da Decisão: 15/09/2010.

Ante o exposto, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

É como voto.

## Voto-Vista Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca:* — Cui-da-se de agravo de instrumento interposto por Essex Trade, Comércio, Importação e Exportação Ltda. e Meridian Comércio Exterior Ltda. contra decisão (cópia às fls. 67-75) da MM. juíza federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do DF que deferiu apenas em parte o pedido de antecipação de tutela por elas formulado na Ação Ordinária 61739-37.2013.4.01.3400/DF, para autorizar a liberação das mercadorias por elas importadas e que foram apreendidas na Alfândega do Porto de Santos (PAF 11128.729432/2013-17, 11128.728856/2013-56, 11128.732526/2013-65, 11128.732524/2013-76, 11128.731068/2013-47, 11128.730976/2013-13 e 11128.733620/2013-31), desde que as autoras prestassem caução judicial, mediante depósito bancário, no valor das mercadorias arbitrado pelo Fisco.

Inconformadas, as agravantes requerem a imediata liberação das mercadorias, independentemente de caução, além da concessão de ordem que determi-ne

[...] que as demais importações das Agravantes sejam desembaraçadas normalmente e não sejam previamente interrompidas, bloqueadas ou encaminhadas automaticamente para o canal cinza de conferência [...] (fl. 63).

Argumentam, em suma, o seguinte:

Os procedimentos fiscais abertos com base na IN SRF 228/2002<sup>1</sup>, em 2013, foram instaurados por agente incompetente (a Alfândega da Receita Federal em Santos, quando o domicílio fiscal das agravantes é em Maceió) e sem a fundamentação devida;

<sup>1</sup> Procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate à interposição fraudulenta de pessoas.

MPF 0440151-2013-00065-9 contra a Essex Trade Comércio, Importação e Exportação Ltda. – fls. 606-610 e 617 (v. 3); e MPF 0440151-2013-00066-7 contra a Meridian Comércio Exterior Ltda. – fls. 611-615 e 618 (vol. 3), ambos abertos para examinar operações compreendidas entre set/2011 a ago/2013.

A ausência de indícios de infração punível com pena de perdimento afasta a exigência de garantia (caução) para a liberação das mercadorias importadas. E, no caso concreto, embora a conduta das agravantes tenha sido enquadrada, nos Autos de Infração 11128.728856/2013-5<sup>2</sup>, e 11128.729432/2013-17<sup>3</sup>, como subfaturamento de mercadorias, declaração falsa de conteúdo e utilização de documento falso no despacho aduaneiro, a correta tipificação do subfaturamento e da controvérsia quanto ao enquadramento da mercadoria na Nomenclatura Comum do Mercosul seria o delito de falsidade ideológica (art. 108 do DL 37/1966), que somente prevê pena de multa;

Também não haveria interposição fraudulenta de terceiros, a ensejar a pena de perdimento com base no art. 23, VI, do DL 1.455/1976, porque “não se pode exigir que os Agravantes diligenciem junto a seus compradores a fim de perscrutar o cumprimento das obrigações tributárias” (fl. 28). Além disso, seria

[...] manifestamente desproporcional aplicar a pena de perdimento aos Agravantes com base em suspeitas lançadas sobre a regularidade econômica e fiscal dos adquirentes de suas mercadorias [...] (fl. 29);

A norma do art. 33 da Lei 11.488/2007 somente impõe ao partícipe da interposição fraudulenta a pena de multa de 10% (dez por cento) do valor da operação acobertada;

[...] a reiterada inclusão dos Agravantes no procedimento especial de fiscalização de que trata a IN SRF n. 228/02 tem a intenção nítida de *driblar* a determinação contida na sentença proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas na ação 0801150-09.2013.4.05.8000, constituindo um conduto para incluir automaticamente os Agravantes no canal cinza de conferência aduaneira e condicionar o desembaraço de mercadorias ao depósito do valor da importação. (fl. 45)

Por fim, afirmam estarem impedidas de exercer suas atividades empresariais há mais de 6 (seis) meses, pois desde 20 maio 2013 tiveram todas as suas

<sup>2</sup>No PAF 11128.728856/2013-56 (referente à Declaração de Importação 13/1008571-6), a Receita Federal concluiu que teria havido subfaturamento, declaração falsa de conteúdo, utilização de documento falso no despacho aduaneiro e interposição fraudulenta de terceiros.

<sup>3</sup>No PAF 11128.729432/2013-17 (referente às Declarações de Importação 13/0916476-4 e 13/1172763-0), a Receita Federal concluiu que os preços de DVD-Rs importados estariam subfaturados, com o intuito de reduzir a base de incidência de impostos aduaneiros.

importações bloqueadas, o que pode vir a acarretar a falência das empresas.

Foi indeferida a antecipação da pretensão recursal pelo relator (fls. 1.646-1.652 – v. 7).

Embora devidamente intimada para tanto (cf. certidão de fls. 1.654), a Fazenda Nacional não apresentou contraminuta (fl. 1.659).

O feito foi trazido a julgamento na sessão de 22 abr. 2014, ocasião em que o relator negou provimento ao agravo, por entender que, se não em razão da acusação de subfaturamento, a pena de perdimento seria imputável às agravantes em decorrência da imputação fiscal de interposição fraudulenta na importação, hipótese essa prevista no art. 23, V, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei 1.455/1976, com a redação conferida pela Lei 10.637/2002.

Ressaltou que, desde o primeiro Procedimento Fiscal Especial conduzido pela Receita Federal em Alagoas (MPF 0440100.2010.00351-4<sup>4</sup>), em mar/2011, com amparo na IN SRF 228/2002, havia sérios indícios de inidoneidade nas operações da Essex Trade Comércio, Importação e Exportação Ltda., tudo levando a crer que o administrador da empresa no Brasil, o Sr. Fábio Barbolotto, é apenas um *laranja*, tanto mais que 99,5% das ações da empresa pertencem ao Sr. Danilo Borgia dono, também, da exportadora Comtrade Associated S/A, registrada no Panamá, com a qual a Essex realiza a quase totalidade de suas importações. Teria ficado evidenciado, também, na ocasião, que

[...] as empresas importadoras possuem sede no Estado de Alagoas com o único propósito de usufruir de um benefício fiscal, sendo admitido que as mercadorias não transitam por aquele Estado, sendo desembaraçadas no porto de Santos e comercializadas no Estado de São Paulo [...].

Assim sendo, para o relator, estaria plenamente justificada a cautela da magistrada de 1º grau ao exigir a caução de 100% do valor das mercadorias arbitrado pelo Fisco, como condição para a sua liberação, pelo menos até que as alegações de ambas as partes fossem esclarecidas em uma indispensável fase de instrução probatória.

Na ocasião, o relator foi acompanhado pelo Des. Federal Tolentino Amaral, após o que, pedi vista para melhor examinar a questão.

<sup>4</sup> Relatório fiscal de encerramento do procedimento às fls. 322-323 – v. 2. Nele, foram analisadas apenas importações realizadas pela Essex Trade Comércio, Importação e Exportação Ltda.

Com efeito, embora a magistrada de 1º grau tenha autorizado a liberação de mercadorias referentes a 7 (sete) procedimentos administrativos fiscais, a quase totalidade da argumentação e das informações constantes nos autos refere-se apenas a 2 (dois) deles, nos quais foi imposta a pena de perdimento das mercadorias:

O PAF 11128.729432/2013-17 (fls. 473-494 – v. 2), referente às Declarações de Importação 13/0916476-4 e 13/1172763-0, no qual a Receita Federal concluiu que os preços de DVD-Rs importados estariam *subfaturados*, com o intuito de reduzir a base de incidência de impostos aduaneiros e que o *modus operandi* da Meridian Comércio Exterior Ltda. caracterizava *interposição fraudulenta de terceiros*, enquadrando a conduta da empresa na norma do art. 23, V, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei 1.455/1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei 10.637/2002, regulamentado pelo art. 689, XXII, do Decreto 6.759/2009.

O PAF 11128.728856/2013-56 (fls. 541-560 – v. 3), referente à Declaração de Importação 13/1008571-6. Nele, a Receita Federal concluiu que teria havido *subfaturamento, declaração falsa de conteúdo, utilização de documento falso* no despacho aduaneiro e *interposição fraudulenta de terceiros*, enquadrando a conduta da Meridian no art. 23, IV, do DL 1.455/1976 c/c art. 105, VI e XII, do DL 37/1966.

A falsa declaração de conteúdo decorre do fato de que 94% (noventa e quatro por cento) das peças de vestuário importadas<sup>5</sup> deveriam ter sido identificadas por uma classificação tarifária (NCM) à qual correspondia um preço maior do que aquele correspondente à classificação declarada pelo importador.

Além disso, após ter constatado, em pesquisa na *internet*, a existência de relação entre a exportadora Comtrade Associated S/A e a importadora Meridian<sup>6</sup>, a autoridade fiscal entendeu que

[...] O fato de existir um vínculo entre exportador e importador é relevante para justificar a emissão da Fatura 82.18.3.04.2013, documento de instrução do despacho, em desacordo com a mercadoria encontrada, tendo sido, portanto, elaborada com informações inverídicas. (fl. 548).

<sup>5</sup>As blusas e coletes femininos importados não eram apenas de malha, conforme declarado, mas, também, de poliéster, elastano e viscose.

<sup>6</sup>O Sr. Danilo Borgia, responsável pela exportadora, é também administrador da BDA S/A, sócia majoritária da Meridian.

Daí adviria a utilização de documento falso.

Já a interposição fraudulenta de terceiros seria consequência do fato de que

[...] a empresa MERIDIAN não é a real adquirente das mercadorias objeto das DI em análise. Os dados coletados mostram que existem terceiros desconhecidos da fiscalização aduaneira que se ocultam por trás das importações efetuadas pela empresa MERIDIAN [...] (fl. 559).

Quanto ao subfaturamento, ele é previsto no art. 108 do DL 37/1966, nos seguintes termos:

Art. 108 - Aplica-se a multa de 50% (cinquenta por cento) da diferença de imposto apurada em razão de declaração indevida de mercadoria, ou atribuição de valor ou quantidade diferente do real, quando a diferença do imposto for superior a 10% (dez por cento) quanto ao preço e a 5% (cinco por cento) quanto a quantidade ou peso em relação ao declarado pelo importador.

Parágrafo único. Será de 100% (cem por cento) a multa relativa a falsa declaração correspondente ao valor, à natureza e à quantidade.

Já no tocante à interposição fraudulenta de terceiros, o que se vê é que o art. 23, V e §§1º e 2º, do Decreto-Lei 1.455/1976 penalizava tal conduta com o perdimento das mercadorias:

*Decreto-Lei 1.455/76*

Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

[...]

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

VI - (Vide Medida Provisória nº 320, 2006)

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

Particularmente, vinha votando, até o momento, pela possibilidade de aplicação da pena de perdimento nas situações envolvendo interposição fraudulenta de terceiros, com base na legislação de 1976.

No entanto, após refletir melhor sobre a questão, passei a entender que, na realidade, o art. 33 da Lei

11.488/2007 estabeleceu uma pena mais branda para a conduta, uma vez que não ressaltou a possibilidade de aplicação concomitante de outras penas já previstas em lei:

Art. 33. A pessoa jurídica que ceder seu nome, inclusive mediante a disponibilização de documentos próprios, para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas no acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários fica sujeita a multa de 10% (dez por cento) do valor da operação acobertada, não podendo ser inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Parágrafo único. À hipótese prevista no caput deste artigo não se aplica o disposto no art. 81 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

E, como se sabe, uma das poucas ocasiões em que a norma tributária admite a retroatividade da lei é exatamente no caso em que ela beneficia o infrator, conforme se lê no art. 106, II, c, do CTN:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

[...]

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

[...]

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Dá já se vê que, no mínimo em relação ao PAF 11128.729432/2013-17 (venda de CD-Rs e DVD-Rs) a pena de perdimento foi indevida e, conseqüentemente, mostra-se exacerbada a exigência de depósito de 100% do valor da mercadoria importada como caução neste caso. A meu sentir, a caução deveria se limitar ao valor da multa a que está sujeito o contribuinte.

Nesse sentido tem decidido esta Corte, como se vê dos seguintes precedentes:

*Subfaturamento*

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ILÍCITO FISCAL. FALSIDADE NA IMPORTAÇÃO. SUSPEITA DE SUBFATURAMENTO. APREENSÃO DE MERCADORIAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não se justifica a apreensão de mercadorias importadas por suspeita de subfaturamento, já que a penalidade prevista nesses casos é multa (Decreto-Lei nº 37/66, art. 108). Inexiste comprovação do alegado subfaturamento.

2. Embargos declaratórios da União/rel providos sem efeito infringente.

(EDAC 0014032-15.2009.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal NOVÉLY VILANOVA, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.1056 de 25/04/2014) – negritei.

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. APREENSÃO DE MERCADORIAS IMPORTADAS. SUBFATURAMENTO. FALSA DECLARAÇÃO QUANTO À NATUREZA DO PRODUTO. PENA DE PERDIMENTO. NÃO CABIMENTO. PENA DE MULTA. ART. 108 DO DECRETO-LEI 37/1966.

1. A suposta ocorrência de subfaturamento em relação ao preço do produto importado ou a falsa declaração quanto à natureza da mercadoria, por si só, não constituem hipóteses de aplicação da pena de perdimento dos bens. A infração administrativa sujeita a importadora ao pagamento de multa de 100% da diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado na importação ou arbitrado pelas autoridades aduaneiras, nos termos do art. 108 do Decreto-Lei 37/1966.

2. A conduta de falsidade ideológica relativa ao valor declarado (subfaturamento) está tipificada no art. 108 do Decreto-Lei 37/1966, o que afasta a aplicação do art. 105, VI, do mesmo diploma legal em razão do princípio da especialidade, da prevalência do disposto no referido decreto sobre o procedimento especial previsto na IN SRF 206/2002, e da aplicação do princípio da proporcionalidade (STJ, REsp 1217708/PR, DJe de 8/2/2011 - sem grifo no original).

3. [...].

4. [...].

5. [...].

6. Apelação da autora a que se dá provimento para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial.

(AC 0016106-37.2012.4.01.3400/DF, Rel. Desembargadora Federal MARIA DO CARMO CARDOSO, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.1250 de 10/05/2013) – negritei.

ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. APREENSÃO DE MERCADORIAS. SUBFATURAMENTO. PENA DE PERDIMENTO. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DE PENA DE MULTA, NOS TERMOS DO ART. 108 DO DECRETO LEI 37/66. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

I - Na espécie dos autos, discute-se a possibilidade de aplicação da pena de perdimento de bens, quando reconhecida a existência de declaração falsa de importação em relação ao valor de parte dos bens importados, ou seja, quando verificada a ocorrência de subfaturamento.

II - “A pena de perdimento prevista no art. 105, VI, do Decreto-Lei n. 37/66 se aplica aos casos de falsificação ou adulteração de documento necessário ao embarque ou desembaraço da mercadoria, enquanto a multa prevista no parágrafo único do art. 108 do referido diploma legal destina-se a punir declaração falsa de valor, natureza ou quantidade da mercadoria importada”. (REsp 1217708/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/02/2011).

III - No caso, portanto, a conduta da autora/recorrente está tipificada no artigo no

art. 108, parágrafo único, do Decreto Lei 37/66 - falsidade ideológica relativa ao valor declarado (subfaturamento) -, o que afasta a aplicação da pena de perdimento de bens, prevista no art. 105, VI, do Decreto Lei 37/66, em razão do princípio da especialidade e, também, da aplicação do princípio da proporcionalidade, mormente, na espécie, em que apenas parte das mercadorias foi considerada subfaturada e a pena de perdimento abrangeu todos os bens importados.

IV - Apelação provida para, reformando a sentença recorrida, julgar procedente o pedido inicial.

(AC 0000649-04.2008.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal SOUZA PRUDENTE, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.560 de 13/05/2011) – negritei.

TRIBUTÁRIO - AÇÃO ORIDNÁRIA - MERCADORIAS IMPORTADAS - RETENÇÃO - ALEGAÇÃO DE SUBFATURAMENTO - LIBERAÇÃO - DECRETO-LEI Nº 37/66, ART. 169, II.

a) Recurso - Agravo de Instrumento.

b) Decisão de origem - Indeferimento de antecipação dos efeitos da tutela para liberação de mercadorias importadas constantes de Declaração de Importação.

1 - Não se justifica a retenção de mercadorias importadas por suspeita de subfaturamento, já que a penalidade prevista nesses casos é a aplicação de multa. (Decreto-Lei nº 37/66, art. 169, II.)

2 - Comprovada a suspeita de subfaturamento, a multa incidente sobre o valor da diferença pode ser, futuramente, cobrada da Agravante sem prejuízo para o Fisco.

3 - Agravo de Instrumento provido.

4 - Decisão reformada.

(AG 0020839-66.2009.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal CATÃO ALVES, Rel. Conv. Juiz Federal ANTONIO CLAUDIO MACEDO DA SILVA (CONV.), SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.406 de 14/01/2011)

*Interposição fraudulenta de terceiros*

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO. IMPORTAÇÃO. MERCADORIAS. SUSPEITA DE INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. MEROS INDÍCIOS. RETENÇÃO. PERDIMENTO. MULTA. PREJUÍZOS. DEVER DE REPARAR. INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VENCIDA FAZENDA PÚBLICA. APRECIACÃO EQUITATIVA.

1. Nos termos do art. 523, § 1º, do CPC, não se conhece do agravo retido quando não reiterado em preliminar no recurso de apelação.

2. A presumida constatação de interposição de terceiro no procedimento de importação, por si só, não justifica seja aplicada a pena de perdimento, seja com fundamento no Decreto 4.543/2002 - vigente à época dos fatos -, seja no Decreto 6.759/2009.

3. [...].

4. [...].

5. [...].

6. Agravo retido de que não se conhece.

7. Apelações da autora e da Fazenda Nacional e remessa oficial a que se dá parcial provimento.

(AC 0015301-26.2008.4.01.3400/DF, Rel. Desembargadora Federal MARIA DO CARMO CARDOSO, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.1190 de 28/03/2014) – negritei.

Por sua vez, tanto a declaração falsa de conteúdo quanto a utilização de documento falso levam à aplicação da pena de perdimento, conforme o disposto no art. 105, VI e XII, do DL 37/1966:

Art. 105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

[...]

VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado;

[...]

XII - estrangeira, chegada ao país com falsa declaração de conteúdo;

No entanto, a própria descrição da conduta efetuada pela fiscalização no auto de infração referente à DI 13/1008571-6 (importação de blusas femininas), visto às fls. 542-560 – v. 2), demonstra que a conduta mais se aproxima da falsidade ideológica do que propriamente da falsificação pois é descrito da seguinte maneira:

Utilização de documento falso no despacho devido às irregularidades verificadas com relação às mercadorias e aos preços declarados na fatura comercial não permitindo considerar que esse documento reflita a verdadeira transação comercial realizada, devendo ser considerado, portanto, ideologicamente falso;

Ora, na realidade, não houve falsificação nem adulteração de documento algum. O importador informou (se equivocada ou propositadamente, não vem ao caso), na Declaração de Importação, uma quantidade inferior e uma composição pouco



diferente do material utilizado na confecção das camisas femininas de manga curta importadas.

Senão vejamos:

	Produto informado	Quantidade informada	Preço informado	Produto encontrado	Quantid. encontrada	Preço atribuído pelo Fisco
Adição 1	Camisas fem. malha de fibra sintética, 100% poliéster	37.744	NCM 6106.20.00 US\$ 18,15 FOB/Kg	Blusas fem. 75% poliéster e 25% algodão	39.680	NCM 6206.40.00 US\$ 25,15 FOB/Kg
Adição 2	Camisas fem. malha de algodão, 57% algodão e 43% poliéster	1.970	NCM 6106.10.00 US\$ 15,09 FOB/KG	Coletes fem., 61,32% tecido revest e 27,45% viscose	3.323	NCM 6210.50.00 US\$ 18,24 FOB/Kg
Adição 3	Camisas fem. malha de algodão, 60% algodão, 30% elastano e 5% viscose	1.536	NCM 6106.10.00 US\$ 15,09 FOB/KG	Blusas malha fem., 95,32% viscose e 4,68% elastano	1.547	NCM 6106.20.00 US\$ 18,15 FOB/Kg

Pode-se deduzir, daí, que, se houve alguma intenção fraudulenta na informação equivocada, ela se limita à arrecadação a menor de tributo, sem que, para tanto, tenha sido necessário falsificar ou alterar qualquer documento.

Registre-se que o STJ tem entendido que a declaração inexata do valor, natureza ou quantidade da mercadoria importada corresponde à infração prevista no art. 108 do Decreto-Lei 37/66, e não à do art. 105, VI, do mesmo diploma legal.

TRIBUTÁRIO - DESEMBARAÇO ADUANEIRO - DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO - SUBFATURAMENTO DO BEM IMPORTADO - ART. 105, VI, DO DECRETO-LEI N. 37/66 - PENA DE PERDIMENTO DO BEM - INAPLICABILIDADE - APLICAÇÃO DA MULTA DE 100% PREVISTA NO ART. 108, PARÁGRAFO ÚNICO, DA REFERIDA NORMA.

1. Esta Corte firmou o entendimento de que a pena de perdimento prevista no art. 105, VI, do Decreto-Lei 37/66 incide nos casos de falsificação ou adulteração de documento necessário ao embarque ou desembaraço da mercadoria. A multa prevista no parágrafo único do art. 108 do mesmo diploma legal destina-se a punir declaração inexata de seu valor, natureza ou quantidade da mercadoria importada.

2. Tratando os autos de caso de subfaturamento, deve ser mantido o acórdão a quo, a fim de se afastar a pena de perdimento pretendida pela Fazenda Nacional.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1240005/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 17/09/2013) – negritei.

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. SUBFATURAMENTO. PENA DE PERDIMENTO. ART. 105, VI, DO DL 37/66. NÃO INCIDÊNCIA. HIPÓTESE SUJEITA A MULTA. ART. 108, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DL 37/66.

1. A pena de perdimento, prevista no art. 105, VI, do Decreto-Lei 37/66, incide nos casos de falsificação ou adulteração de documento necessário ao embarque ou desembaraço da mercadoria, enquanto a multa prevista no parágrafo único do art. 108 do mesmo diploma legal destina-se a punir declaração inexata em seu valor, natureza ou quantidade da mercadoria importada.

2. Se a declaração de importação for falsa quanto à natureza da mercadoria importada, seu conteúdo ou quantidade, será possível aplicar, a par da multa, também a pena de perdimento em relação ao excedente não declarado, tendo em vista o que dispõe o inciso XII do art. 618 do Regulamento Aduaneiro vigente à época dos fatos (Decreto 4.543/02).

3. Todavia, quando a hipótese é exclusiva de subfaturamento, não há regra semelhante que autorize a pena de perdimento, devendo ser adotada somente a norma específica, que é a multa de 100% sobre a diferença apurada entre o valor real e o declarado, nos termos do art. 108, parágrafo único, do DL 37/66.

4. No caso, segundo o arcabouço fático delineado na origem, houve apenas subfaturamento, vale dizer, indicação de valores a menor para a operação de importação, o que afasta a incidência da pena de perdimento.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1341312/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 08/03/2013) – negritei.

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. SUBFATURAMENTO. PENA DE PERDIMENTO. ART. 105, VI, DO DL 37/66. NÃO INCIDÊNCIA. HIPÓTESE SUJEITA À MULTA. ART. 108, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DL 37/66.

1. A pena de perdimento, prevista no art. 105, VI, do Decreto-Lei 37/66, incide nos casos de falsificação ou adulteração de documento necessário ao embarque ou desembaraço da mercadoria, enquanto a multa prevista no parágrafo único do art. 108 do mesmo diploma legal destina-se a punir declaração inexata em seu valor, natureza ou quantidade da mercadoria importada.

2. Quando a declaração de importação é falsa quanto à natureza da mercadoria importada, seu conteúdo ou quantidade, será possível aplicar-se, a par da multa, também a pena de perdimento em relação ao excedente não declarado, tendo em vista o que dispõe o inciso XII do art. 618 do Regulamento

*Aduaneiro vigente à época dos fatos (Decreto 4.543/02).*

3. Todavia, quando a hipótese é exclusiva de subfaturamento, não há regra semelhante autorizando a pena de perdimento, devendo ser aplicada somente a norma específica, que é a multa de 100% sobre a diferença apurada entre o valor real e o declarado, nos termos do art. 108, parágrafo único, do DL 37/66.

4. No caso, segundo o arcabouço fático delineado na origem, houve apenas subfaturamento, vale dizer, indicação de valores a menor para a operação de importação, o que afasta a incidência da pena de perdimento.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1242532/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 02/08/2012) – negritei.

De mais a mais, se o contribuinte já é apenado pelo subfaturamento e a forma de sua efetivação é a declaração de uma quantidade menor de produtos importados, parece-me que a informação em desacordo com a realidade não passa de um meio para chegar ao subfaturamento. Ora, punir o contribuinte tanto pela infração-meio quanto pela infração-fim, embora não seja inconcebível, assemelha-se a um *bis in idem* que somente se justifica se ambas as infrações, por si sós, causam prejuízos diversos ao Fisco. E não me parece ser esse o caso dos autos.

O mesmo pode ser dito em relação à declaração falsa de conteúdo que, ademais, me parece, no mínimo, uma tipificação por demais severa para a conduta, já que, embora em quantidade diferente e com uma composição de tecidos diversa da informada, a mercadoria importada era, ao final das contas, toda composta de peças de vestuário feminino (blusas de manga curta).

Tanto é assim que a própria autoridade fazendária deixou claro, no relatório do auto de infração que gerou o PAF 11128.728856/2013-56, que, no seu entender, a real intenção do importador era recolher tributo a menor e que a declaração em desacordo com a realidade mais se aproximava da falsidade ideológica. Confira-se, a propósito, o trecho do relatório que trata do ponto:

A sonegação se caracterizou pelas ações e omissões diversas, sempre dolosas, a fim de distorcer as circunstâncias materiais do crédito tributário (base de cálculo do imposto de importação), caracterizando o dano ao Erário;

A fraude e conluio em razão da fatura comercial apresentada não retratar com fidelidade total a transação de comércio exterior, emitida com

informações inverídicas, caracterizando, no mínimo, a falsidade ideológica da mesma. (fl. 549 – vol. 3)

Ora, a falsidade ideológica está prevista no art. 108 do Decreto-Lei 37/1966, nos seguintes termos:

Art. 108 - Aplica-se a multa de 50% (cinquenta por cento) da diferença de imposto apurada em razão de declaração indevida de mercadoria, ou atribuição de valor ou quantidade diferente do real, quando a diferença do imposto for superior a 10% (dez por cento) quanto ao preço e a 5% (cinco por cento) quanto a quantidade ou peso em relação ao declarado pelo importador.

Parágrafo único. Será de 100% (cem por cento) a multa relativa a falsa declaração correspondente ao valor, à natureza e à quantidade. (negritei)

Vê-se, assim, que a tal infração também não se comuta a pena de perdimento da mercadoria, mas a de multa, cuja base de cálculo é a diferença entre o preço informado da mercadoria e o preço real.

*In casu*, e tendo em conta que a diferença entre a quantidade/preço da mercadoria informados pelo contribuinte e a quantidade/preço apurados pela fiscalização não é expressiva, tenho que deve ser aplicada a multa de 50% (cinquenta por cento) da diferença de imposto apurada em razão da declaração indevida de mercadoria (*caput* do art. 108 do DL 37/1966).

Assim, em sede de cognição sumária, entendo razoável a caução nesse percentual.

Tenho, assim, que, também em relação ao PAF 11128.728856/2013-56 somente poderia ser exigida como caução o valor da multa aplicável ao ilícito no percentual de 50% (cinquenta por cento) da diferença de imposto apurada em razão de declaração indevida de mercadoria.

Por fim, passo a examinar a questão dos procedimentos fiscais especiais abertos, em set/2013, para investigar a origem dos recursos utilizados nas operações de comércio exterior da Meridian (MPF 0440151-2013-00066-7 – fls. 611-615 e 618, v. 3) e da Essex (MPF 0440151-2013-00065-9 - fls. 606-610 e 617, v. 3), com fundamento na IN SRF 228/2008, para averiguar a possível existência de interposição fraudulenta de pessoas.

Tenho que, neste momento processual, não há como esta Corte manifestar-se sobre a legitimidade da autoridade fiscal da Alfândega do Porto de Santos para dar início a tais procedimentos, sob pena de supressão de instância.

Contudo, verifico que ambos os procedimentos destinam-se, expressamente, ao exame de operações

compreendidas entre setembro/2011 e agosto/2013. Ora, o procedimento anteriormente levado a cabo, com base na mesma IN SRF 228/2008, pela Receita Federal em Maceió/AL, segundo informação das próprias agravantes, teve início em agosto/2010 e, conforme se vê da cópia do termo de encerramento, às fls. 322-323 – v. 2, finalizou em 31 mar. 2011. Depreende-se, daí, que as operações nele analisadas ocorreram em período anterior a mar/2011. Assim sendo, não há nenhuma repetição indevida das investigações, já que se referem a períodos distintos.

Por outro lado, verifico, pelos andamentos das declarações de importação juntados pelas agravantes às fls. 390-444, que grande parte de suas importações realizadas no mês de setembro/2013 tem sido direcionada para a zona cinza, mesmo não estando abrangidas no período designado nos procedimentos fiscais instaurados com base na IN SRF 228/2008.

No ponto, veja-se a orientação pretoriana desta Turma, que exige, por parte da FN, alegação específica, não bastando para tanto, fatos e indícios referentes a outros procedimentos.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - DESPACHO ADUANEIRO DE IMPORTAÇÃO - IN SRF 228/2002 - PARAMETRIZAÇÃO: "CANAL CINZA" - ALEGAÇÃO DE OCULTAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO (INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA): ART. 23, V DO DECRETO-LEI 1.455/76 - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS QUE JUSTIFIQUEM A ILAÇÃO - FATOS NÃO CONTRADITADOS PELA PRFN. 1. A adoção da parametrização especial - com fiscalização pelo "canal cinza" das importações da agravante - somente se justifica se houver fundado receito ou indícios de irregularidades nas importações. *A simples alegação de existência de suspeita de ocultação do verdadeiro importador não*

*se justifica se ausente menção aos fatos ou indícios que induziram tal ilação. 2. Apesar de inexistentes, em exame de cognição sumária, evidências quanto à ilegalidade da instrução normativa SRF 228/2002, há, de fato, um verossímil abuso em sua aplicação ao caso. Se a PFN se limita a sustentar a legalidade da IN, questão não objeto da demanda, e esquivava-se de justificar ou explicar os fatos tanto da aplicação dessa norma como das consequências nefastas elencadas pela agravante, como do seu dever público se justificáveis ou explicáveis, acolhem-se as alegações fáticas como verdadeiras à míngua de contradita. 3. Agravo de instrumento provido. 4. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 16 de agosto de 2011., para publicação do acórdão.*

(AG 0031094-15.2011.4.01.0000/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p. 307 de 26/08/2011)

Ante o exposto, peço a mais respeitosa vênua ao eminente relator e *dou parcial provimento* ao agravo de instrumento, apenas para:

reduzir a caução exigida das agravantes para liberação da mercadoria importada a 50% (cinquenta por cento) da diferença de imposto apurada em razão de declaração indevida de mercadoria, no que diz respeito à mercadoria do PAF 11128.728856/2013-56 e à mercadoria do PAF 11128.729432/2013-17; e

determinar que a autoridade fazendária se abstenha de encaminhar as mercadorias importadas pelas agravantes a partir de setembro/2013, para o canal cinza sem outro motivo que não a investigação conduzida nos MPF 0440151-2013-00066-7 e MPF 0440151-2013-00065-9, com amparo na IN SRF 228/2002.

É como voto.

## Sétima Turma

### Apelação Cível 0003687-48.2013.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)  
Apelante: Vanide do Nascimento Rivero  
Advogado: Dr. Leonardo Siade Manzan  
Apelada: Fazenda Nacional  
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
Publicação: e-DJF1 de 1º/08/2014, p. 560

## Ementa

*Processual Civil e Tributário. Anulatória de débito – IRPF. Consultor/especialista – ONU/PNUD. Tributação indevida: isenção por extensão/equiparação com funcionários do organismo internacional (STJ, sob o rito do art. 543-C/CPC). Prescrição. Decreto 20.910/1932.*

I. O prazo prescricional adotado na ação declaratória de nulidade de lançamentos tributários é quinquenal, consoante disposto no art. 1º do Decreto 20.910/1932, contado a partir da notificação fiscal do ato administrativo do lançamento. Precedentes.

II. Não está prescrito o direito de a autora buscar judicialmente a nulidade da Notificação de Lançamento 2006/604420284542064 (IRPF 2005/2006), porquanto não ultrapassado o lapso quinquenal entre o ajuizamento da anulatória do débito fiscal (Jan. 2013) e a constituição do crédito tributário pela autoridade fiscal, mediante lançamento de ofício, em 2009. Prescrição que se reconhece em relação à Notificação de Lançamento 2005/601420147832068 (IRPF 2004/2005), cujo lançamento se deu em 2007.

III. A T7/TRF1 entende (AMS 0001502-18.2005.4.01.3400/DF), ecoando posição do STJ, sob o rito do art. 543-C/CPC (REsp 1.306.393/DF), o que confere ao precedente a nota da especial eficácia, a mais do que muito aconselhar sua adoção aos casos análogos, não ensejadoras do IRPF as verbas pagas aos “consultores/especialistas” contratados, por tempo determinado, para prestação de serviço à ONU (PNUD/FAO), porque a eles se estende a isenção que viceja em prol dos funcionários permanentes de organismos internacionais.

IV. A autora tem direito à revisão do parcelamento fiscal para que sejam excluídos os valores indevidamente cobrados a título de IRPF incidente sobre rendimentos auferidos de organismos internacionais – PNUD/ONU no que diz respeito à Notificação de Lançamento 2006/604420284542064.

V. A restituição do eventual indébito observará a taxa Selic.

VI. Apelação da autora provida, em parte: afastada a prescrição do direito de questionar judicialmente o crédito tributário apurado na Notificação de Lançamento 2006/604420284542064.

VII. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 24 de junho de 2014, para publicação do acórdão.

## Acórdão

Decide a Turma *dar provimento*, em parte, à apelação da autora por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 24/06/2014.

Juiz Federal *Rafael Paulo Soares Pinto*, relator convocado.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto:*  
— Trata-se de apelação de Vanide do Nascimento Rive-ro contra sentença datada de 26 jul. 2013 (fl. 91-5) que julgou improcedente o pedido, na AO regularmente processada, ajuizada para anular o crédito tributário de IRPF constituídos em razão de suposta omissão de rendimentos recebidos de Organismos Internacionais – PNUD, anos-calendários 2004 e 2005, bem como o cancelamento dos respectivos parcelamentos, com repetição das parcelas então recolhidas. Autora condenada ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em R\$ 900,00.

VC = R\$ 19.589,57.

Sua Exa., aplicando a prescrição quinquenal (LC 118/2005), reconheceu a prescrição da pretensão da autora fundado no fato de que a ação fora ajuizada em

jan. 2013 e o crédito tributário (IRPF) diz respeito aos exercícios 2005 e 2006.

A autora apela para afastar a prescrição e, no mérito, desconstituir o crédito tributário.

Com contrarrazões, sem fatos novos.

Autos recebidos em gabinete em 8 out. 2013.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto:*  
— A Primeira Seção do STJ, com o julgamento do REsp 947.206/RJ, pela sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, assentou que

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais José Amílcar Machado e Reynaldo Fonseca.

[...] o prazo prescricional adotado em sede de ação declaratória de nulidade de lançamentos tributários é quinquenal, nos moldes do art. 1º do Decreto 20.910/1932 [...].

A respeito, confira-se:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. [...] AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL. CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. [...] VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC.

1. O prazo prescricional adotado em sede de ação declaratória de nulidade de lançamentos tributários é quinquenal, nos moldes do art. 1º do Decreto 20.910/32. (Precedentes: AgRg no REsp 814.220/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 02/12/2009; AgRg nos EDcl no REsp 975.651/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 15/05/2009; REsp 925.677/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 22/09/2008; AgRg no Ag 711.383/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ 24.04.2006; REsp 755.882/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 18.12.2006)

2. Isto porque o escopo da demanda é a anulação total ou parcial de um crédito tributário constituído pela autoridade fiscal, mediante lançamento de ofício, em que o direito de ação contra a Fazenda Pública decorre da notificação desse lançamento.

3. A ação de repetição de indébito, ao revés, visa à restituição de crédito tributário pago indevidamente ou a maior, por isso que o termo *a quo* é a data da extinção do crédito tributário, momento em que exsurge o direito de ação contra a Fazenda Pública, sendo certo que, por tratar-se de tributo sujeito ao lançamento de ofício, o prazo prescricional é quinquenal, nos termos do art. 168, I, do CTN. (Precedentes: REsp 1086382/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 4/04/2010, DJe 26/04/2010; AgRg nos EDcl no REsp 990.098/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 8/02/2010; AgRg no REsp 759.776/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 20/04/2009; AgRg no REsp 1072339/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 17/02/2009)

Cinge-se a controvérsia a duas notificações de lançamento relativas a lançamento de ofício de IRPF após constatação de omissão de rendimentos recebidos de Organismos Internacionais – PNUD.

A primeira, Notificação de Lançamento 2005/601420147832068 (f. 13), diz respeito à Declaração 0137336396, entregue em 25 jan. 2007, relativa ao IRPF ano-calendário 2004, exercício 2005, lavrada em

18/06/2007, com a respectiva notificação à contribuinte.

A segunda, Notificação de Lançamento 2006/604420284542064 (f. 18), diz respeito à Declaração 01/35.032.926, entregue em 25 jan. 2007, relativa ao IRPF ano-calendário 2005, exercício 2006, lavrada em 02/02/2009, também notificada à contribuinte.

Considerando que o prazo prescricional adotado em sede de ação declaratória de nulidade de lançamentos tributários é quinquenal (Decreto 20.910/1932, art. 1º), é de se reconhecer a prescrição da pretensão da autora de questionar o débito oriundo da Notificação de Lançamento 2005/601420147832068 (IRPF 2004/2005), tendo em vista que o ajuizamento da anulatória do débito fiscal, em jan. 2013, se deu após o quinquênio legal da constituição do crédito tributário pela autoridade fiscal, mediante lançamento de ofício, em 2007.

O mesmo não ocorre em relação à Notificação de Lançamento 2006/604420284542064 (IRPF 2005/2006), lançada em 2009, porquanto não ultrapassado o prazo prescricional para ajuizamento da ação declaratória de nulidade de lançamento.

No mérito, a S1 do STJ (REsp 1.159.379/DF, rel. Min. Teori Zavascky, DJ-e 27/06/2011), alterando o panorama jurisprudencial, apontou isentos do IRPF os rendimentos pagos pelo PNUD/ONU aos prestadores de serviços técnicos especializados, dizendo-os “peritos de assistência técnica”:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RENDIMENTOS RECEBIDOS POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO PNUD. ISENÇÃO. [...].

1. O Acordo Básico de Assistência Técnica firmado entre o Brasil, a ONU e algumas de suas Agências, aprovado pelo Decreto Legislativo 11/66 e promulgado pelo Decreto 59.308/66, assumiu, no direito interno, a natureza e a hierarquia de lei ordinária de caráter especial, aplicável às situações nele definidas. Tal Acordo atribuiu, não só aos funcionários da ONU em sentido estrito, mas também aos que a ela prestam serviços na condição de “peritos de assistência técnica”, no que se refere a essas atividades específicas, os benefícios fiscais decorrentes da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, promulgada pelo Decreto 27.784/50.

2. O autor prestou serviços de assistência técnica especializada, na condição de Técnico Especialista, ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, de quem recebia a correspondente contraprestação. Assim, os valores recebidos nessa condição estão abrangidos pela cláusula isentiva de que trata o inciso II do art. 23, do RIR/94, reproduzida no art. 22, II, do RIR/99.



A T7/TRF1 acolheu tal entendimento:

TRIBUTÁRIO - IRPF - SERVIÇOS TÉCNICOS PRESTADOS AO PNUD/UNESCO/ONU. ISENÇÃO. CABIMENTO (STJ/S1, RESP Nº 1.159.379/DF).

1. O trabalho técnico prestado a Organismos Internacionais é isento do pagamento do imposto de renda. Com efeito, “A 1ª Seção do STJ (REsp nº 1.159.379/DF, JUN 2011), alterando a jurisprudência então dominante no TRF1 e no âmbito daquela Corte, na linha de que os “consultores” por prazo determinado não se enquadrariam no tipo da isenção em prol dos funcionários de organismos internacionais e similares, expressou que, quando tais forem “peritos de assistência técnica”, o benefício lhes é extensivo. Precedente também da T7/TRF1.” (AG 0022185-47.2012.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.426 de 29/06/2012)

2. “O Acordo Básico de Assistência Técnica firmado entre o Brasil, a ONU e algumas de suas Agências, aprovado pelo Decreto Legislativo 11/66 e promulgado pelo Decreto 59.308/66, assumiu, no direito interno, a natureza e a hierarquia de lei ordinária de caráter especial, aplicável às situações nele definidas. Tal Acordo atribuiu, não só aos funcionários da ONU em sentido estrito, mas também aos que a ela prestam serviços na condição de “peritos de assistência técnica”, no que se refere a essas atividades específicas, os benefícios fiscais decorrentes da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, promulgada pelo Decreto 27.784/50” (IN STJ, 1159379 DF 2009/0194481-9, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 08/06/2011, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, data de Publicação: DJe 27/06/2011).

3. Na hipótese dos autos, o autor foi contratado para prestar serviços de consultoria técnica no PNUD/ONU e UNESCO/ONU, equiparáveis a ‘serviços técnicos especializados’ e, portanto, enquadráveis na categoria de “perito” a que se refere o art. IV, “d”, do Acordo Básico de Assistência Técnica com a Organização das Nações Unidas, suas Agências Especializadas e a Agência Internacional de Energia Atômica.

4. Apelação e remessa oficial não providas. Sentença mantida.

(AC 0018759-12.2012.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.985 de 14/02/2014)

No caso, a autora comprova o parcelamento dos créditos fiscais (processos 10410.006.009/2007-31 e 10410.400.580/2009-18; fls. 32-4), cujas parcelas vêm sendo pagas regularmente desde nov. 2009.

A autora tem, por conseguinte, direito à revisão do parcelamento fiscal para que sejam excluídos os valores indevidamente cobrados a título de IRPF incidente sobre rendimentos auferidos de organismos internacionais PNUD/ONU relativos à Notificação de Lançamento 2006/604420284542064. Eventual indébito apurado em favor da autora deverá ser-lhe restituído, devidamente corrigido pela taxa Selic.

Pelo exposto, *dou provimento*, em parte, à apelação para afastar a prescrição do direito de a autora questionar judicialmente a Notificação de Lançamento 2006/604420284542064 (IRPF 2005/2006), determinando a anulação do respectivo crédito tributário e a revisão do parcelamento fiscal.

É como voto.

## Oitava Turma

### Apelação Cível 0017722-56.2012.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova  
 Apelante: Josiel de Oliveira dos Santos  
 Advogados: Dr. Matheus Farias Santos e outro  
 Apelada: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção da Bahia – OAB/BA  
 Advogada: Dra. Maria Emília Costa  
 Publicação: e-DJF1 de 20/06/2014, p. 280

## Ementa

*Administrativo. Mandado de segurança. Exercício profissional. Advocacia. Magistrado de primeiro grau. Quarentena somente na comarca onde se aposentou. EC 45/2004.*

I. Como o impetrante exerceu o cargo de juiz de direito na Comarca de Salvador, onde foi aposentado, está impedido de exercer a advocacia durante três anos *somente* nessa Comarca — interpretação finalística do art. 95, parágrafo único, V, da Constituição.

II. É certo que perante as leis processuais, a expressão *juízo* significa órgão judiciário — singular (vara, juizado, auditorias militares) ou colegiado (os tribunais em geral). Mas o art. 95, parágrafo único, V, da Constituição não trata de norma processual, senão disciplina da magistratura. Por isso, *juízo* é entendido como *comarca* (divisão judiciária do território) ou local de trabalho onde o magistrado se aposentou.

III. Apelação do impetrante parcialmente provida.

## Acórdão

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 23/05/2014.

Desembargador Federal *Novély Vilanova*, relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Novély Vilanova*: — O impetrante apelou da sentença denegatória da segurança requerida para inscrever-se como advogado para exercer a profissão em todo o Estado da Bahia, exceto no juizado onde exercer a magistratura de primeiro grau até 31/05/2011.

Pedi a reforma do julgado alegando, em resumo, que a vedação do exercício da advocacia prevista no art. 95, parágrafo único, item V, da Constituição limita-se ao *juízo* ou *comarca* onde o juiz se aposentou, no caso, no Juizado Especial da Comarca de Salvador.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento da apelação (fls. 154-8).

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Novély Vilanova*: — Ao contrário do alegado, o impetrante *não exerceu* a magistratura *junto ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia* – órgão de 2º grau da Justiça Estadual integrado por magistrados com a denominação de *desembargadores* (Loman, art. 22, I, e). Exerceu, sim, o cargo de juiz de direito na *Comarca de Salvador*, onde foi aposentado em 31/05/2011. Está assim *impedido* de exercer a advocacia durante três anos *somente* nessa Comarca — tal é interpretação finalística do art. 95, parágrafo único, da Constituição:

Art. 95 [...]

Parágrafo único. Aos juizes é vedado:

[...]

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

A finalidade da norma constitucional é impedir a exploração de prestígio do magistrado aposentado perante seus colegas e servidores *no local* onde exerceu a magistratura. Daí que a expressão *juízo* deve ser entendida como *comarca* (na Justiça Estadual), *circunscrição judiciária* (na Justiça do Distrito Federal) ou *seção judiciária* (na Justiça Federal) — que é a divisão judiciária do território de um Estado Federado onde estão instalados os órgãos jurisdicionais — varas, juizados e auditorias militares.

É certo que perante as leis processuais, a expressão *juízo* significa órgão judiciário — singular (vara, juizado, auditorias militares) ou colegiado (os tribunais em geral). Mas o art. 95, parágrafo único, V, da Constituição não trata de norma processual, senão disciplina da magistratura. Por isso, *juízo* é entendido como *comarca* (divisão judiciária do território) ou local de trabalho onde o magistrado se aposentou.

Não tem sentido, portanto, *limitar* a vedação à vara ou juizado onde o impetrante se aposentou ou estender *a todas* as comarcas do Estado da Bahia — como equivocadamente entendeu a autoridade coatora ao deferir a inscrição do impetrante com o impedimento de advogar perante toda a Justiça Estadual da Bahia, inclusive no Tribunal de Justiça:

*Defiro* o pedido de inscrição definitiva no quadro de advogados desta seccional do Bel. Josiel de Oliveira Santos, devolvendo-lhe inclusive, o numero de sua inscrição primitiva de 4.491, *com o impedimento de advogar no âmbito da Justiça Estadual, isto é, em todas*

\*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado).

as Comarcas do Estado da Bahia, inclusive perante o Tribunal de Justiça, pelo prazo de três anos, contados a partir da data de sua aposentadoria, 31/05/2011, na forma o quanto dispõe o art. 95, inciso V, da Constituição Federal de 1988 e a Ementa 32/2011 pelo Pleno do Conselho Federal da OAB, em 16/05/2011, da decisão proferida no processo 2010.27.06035-01.

Alias, como visto precedentemente, o impetrante não integrava o Tribunal de Justiça do Estado quando se aposentou, não podendo, assim, a proibição de advogar estender-se àquele órgão judiciário de 2º grau.

Como bem observou Alexandre de Moraes, no seu livro *Constituição do Brasil Interpretada*. Ed. Atlas, 5. ed., 2005, p. 1.371:

Ora, se a finalidade da inovação constitucional foi impedir eventual tráfico de influência ou exploração de prestígio, em detrimento das normas

de moralidade administrativa, a expressão 'no juízo do qual se afastou' deve ser interpretada, em relação aos juizes de 1º grau aposentados ou exonerados, como 'na Comarca da qual se afastou', pois seria de absoluta inutilidade proibir-se, por exemplo, o juiz aposentado da 3ª Vara Cível da Comarca de São Paulo de advogar somente nessa Vara, permitindo-lhe a advocacia em todas as outras Varas da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

### Dispositivo

*Dou parcial provimento à apelação do impetrante, assegurando-lhe o exercício da advocacia perante os órgãos judiciários de 1º grau (varas/juizados especiais cíveis e criminais) de todas as Comarcas do Estado da Bahia inclusive no Tribunal de Justiça do Estado, exceto na Comarca de Salvador até 31/05/2014.*

## Oitava Turma

### Apelação Cível 0017912-26.2011.4.01.3600/MT

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso  
 Apelante: Associação Matogrossense do Ministério Público  
 Advogados: Dr. Luís Fernando de Souza Neves e outro  
 Apelada: Fazenda Nacional  
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
 Publicação: e-DJF1 de 1º/08/2014, p. 709

### Ementa

*Constitucional e Tributário. Contribuição previdenciária. Empresa tomadora de serviços. Lei 8.212/1991, art. 22, IV. Alteração. Lei 9.876/1999. Inconstitucionalidade declarada pelo STF.*

I. A contribuição a cargo da empresa — de quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços — relativamente a serviços que lhe são prestados pelos cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho foi declarada inconstitucional, por ofensa ao princípio da capacidade contributiva; por extrapolação da base econômica prevista no art. 195, I, *a*, da Constituição; e por configurar bitributação e indevida instituição de nova fonte de custeio por meio de lei ordinária — RE 595.838/SP, rel. Min. Dias Toffoli, acórdão pendente de publicação.

II. Apelação a que se dá provimento, para conceder a segurança.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 07/07/2014.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

## Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Este recurso de apelação foi interposto por Associação Matogrossense do Ministério Público – AMMP à sentença que denegou a segurança impetrada com o objetivo de obter a declaração de inexistência da contribuição social prevista no inciso IV do art. 22 da Lei 8.212/1991, na redação dada pela Lei 9.876/1999, incidente sobre a nota fiscal ou fatura emitida por cooperativa de trabalho.

Defende a apelante, preliminarmente, a nulidade da sentença por negativa de prestação da tutela jurisdicional, haja vista a ausência de definição, pelo juízo *a quo*, relativamente à constitucionalidade da norma questionada. Pede, assim, o reconhecimento da nulidade da sentença e o conseqüente retorno dos autos à origem, a fim de que seja prestada a tutela jurisdicional *nos limites em que proposta e de forma completa*.

Sustenta, de outra parte, que, apesar de a matéria de fundo não ter sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, aquela Corte tem suspenso a exigibilidade da contribuição em comento, até julgamento definitivo da questão, mesmo sem a realização de depósito.

Quanto ao mais, reitera a argumentação deduzida na petição inicial, no sentido da inconstitucionalidade da citada contribuição social, em razão de: a) não ter sido instituída por meio de lei complementar; b) dizer respeito à hipótese de incidência e de base de cálculo estranha àquelas previstas no rol exaustivo do art. 195 da Constituição; c) caracterizar ofensa ao princípio da isonomia; d) a prestação dos serviços médicos não ser relevante para a atividade associativa.

Pede, ao final, a reforma da sentença, a fim de que a segurança seja concedida.

Foram apresentadas as contrarrazões.

O representante do Ministério Público Federal apresentou parecer no sentido do não provimento da apelação.

É o relatório.

## Voto\*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — A impetrante insurge-se contra a exação prevista no inciso IV do art. 22 da Lei 8.212/1991, na redação

dada pela Lei 9.786/1999, incidente à alíquota de quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho.

Afasto, de início, a alegada nulidade da sentença por ausência de prestação jurisdicional, pois, da argumentação deduzida na sentença, é possível concluir ser constitucional a norma questionada no *writ*.

*In casu*, os fatos constantes dos autos foram devidamente relatados, a matéria trazida a debate foi devidamente apreciada. A decisão foi fundamentada e motivada, e contém as razões de convencimento do juiz e a parte dispositiva, o que satisfaz a norma do art. 93, IX, da Constituição Federal e preenche adequadamente os requisitos do art. 458 do CPC.

Rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

No que concerne ao mérito, acompanhava a jurisprudência com ressalva, no sentido da constitucionalidade da contribuição a cargo da empresa, prevista no art. 22, inciso IV, da Lei de Custeio, com a redação modificada pela Lei 9.876/1999 (cito, apenas exemplificativamente, o voto proferido nos autos da AMS 0013262-03.2001.4.01.3400, *e-DJF1* de 08/10/2010).

A aludida contribuição, todavia, foi recentemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da orientação tomada nos autos do RE 595.838/SP (acórdão pendente de publicação), ao qual foi reconhecida repercussão geral. O entendimento adotado pela Suprema Corte foi sintetizado na notícia abaixo transcrita, publicada no Informativo STF 743:

Contribuição sobre serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativas

É inconstitucional a contribuição a cargo de empresa, destinada à seguridade social, no montante de “quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho”, prevista no art. 22, IV, da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 9.876/1999. Com base nessa orientação, o Plenário deu provimento a recurso extraordinário no qual se discutia a obrigação de recolhimento da exação. Na espécie, o tribunal “a quo” entendera ser possível a fixação da mencionada alíquota via lei ordinária. Decidira, ainda, pela validade da equiparação da cooperativa à empresa mercantil, que ampliara o rol dos sujeitos passivos das contribuições sociais. A Corte, de início, salientou que a Lei 9.876/1999 transferira a sujeição passiva da obrigação tributária para as empresas

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Novêly Vilanova e Marcos Augusto de Sousa.

tomadoras dos serviços. Em seguida, assentou que, embora os sócios/usuários pudessem prestar seus serviços no âmbito dos respectivos locais de trabalho, com seus equipamentos e técnicas próprios, a prestação dos serviços não seria dos sócios/usuários, mas da sociedade cooperativa. Apontou que os terceiros interessados nesses serviços efetuariam os pagamentos diretamente à cooperativa, que se ocuparia, posteriormente, de repassar aos sócios/usuários as parcelas relativas às respectivas remunerações. O colegiado aduziu que a tributação de empresas, na forma delineada na Lei 9.876/1999, mediante desconsideração legal da personalidade jurídica das sociedades cooperativas, subverteria os conceitos de pessoa física e de pessoa jurídica estabelecidos pelo direito privado. Reconheceu que a norma teria extrapolado a base econômica delineada no art. 195, I, a, da CF, ou seja, a regra sobre a competência para se instituir contribuição sobre a folha de salários ou sobre outros rendimentos do trabalho. Reputou afrontado o princípio da capacidade contributiva (CF, art. 145, § 1º), porque os pagamentos efetuados por terceiros às cooperativas de trabalho, em face

de serviços prestados por seus associados, não se confundiriam com os valores efetivamente pagos ou creditados aos cooperados. Sublinhou que o legislador ordinário, ao tributar o faturamento da cooperativa, descaracterizara a contribuição hipoteticamente incidente sobre os rendimentos do trabalho dos cooperados, com evidente “bis in idem”. Assim, o Tribunal concluiu que contribuição destinada a financiar a seguridade social, que tivesse base econômica estranha àquelas indicadas no art. 195 da CF, somente poderia ser legitimamente instituída por lei complementar, nos termos do art. 195, § 4º, da CF.

Passo a adotar, com conforto, a declaração de inconstitucionalidade da norma objeto da impetração, ainda que em sede de controle difuso, em homenagem aos princípios da celeridade e da economia processual.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para conceder a segurança.

É como voto.





## Agravo de Instrumento 0018519-67.2014.4.01.0000/MA

Relatora: Juíza Federal Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas (convocada)  
Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Agravado: Ministério Público Federal  
Procurador: Dr. Guilherme Garcia Virgílio  
Publicação: e-DJF1 de 15/07/2014, p. 37-39

### Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, pelo presidente do INSS e pelo gerente executivo do INSS em Imperatriz/MA em face de decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara da SJMA em sede de Ação Civil Pública (819-67.2013.4.01.3701) que cominou multa diária aos agravantes por descumprimento de decisão judicial, nos seguintes termos:

[...]

*Em suma, diante do descumprimento da decisão judicial e de acordo com os fundamentos acima esposados, decido:*

*a) Cominar multa diária (astreintes), pessoalmente, ao Presidente do Instituto Nacional do Seguro Social – Inss, Lindolfo Pires Neto de Oliveira, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a incidir desde 03/02/2014, até a data da revogação da Resolução PRES/INSS 380 e a edição de outro ato interno que regulamente e possibilite o cumprimento integral da decisão de antecipação dos efeitos da tutela;*

*b) Cominar multa diária (astreintes), pessoalmente, à Gerente Executiva da Gerência Executiva do INSS em Imperatriz/MA, Denízia Faria Ramos, no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), a incidir desde 03/02/2014, até a data de regularização dos agendamentos das perícias dos segurados/assistidos que agendaram perícias antes de 03/02/2014, conforme já determinado na decisão que antecipou os efeitos da tutela;*

*c) Cominar multa diária (astreintes), ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), a incidir desde 03/02/2014, até a data em que efetive a ampla e acessível divulgação do teor da decisão que antecipou os efeitos da tutela aos segurados/assistidos da autarquia federal. (fls. 854/858 – verso)*

Relatam os agravantes que o Ministério Público Federal ajuizou a referida ação civil pública com o objetivo de que o INSS garanta, no prazo de trinta dias, que todos os beneficiários da previdência social moradores da Subseção Judiciária de Imperatriz/MA, que dependam da avaliação de incapacidade para fins de concessão de benefícios, o direito coletivo à realização de perícia em prazo razoável — quinze dias — bem como a concessão provisória de benefício até a realização da perícia, amparado em atestado de médico assistente que instruiu o pedido administrativo.

Afirmam que a tutela antecipada foi deferida, tendo sido determinado que a Gerência Executiva do INSS de Imperatriz/MA realize, “em até 45 (quarenta e cinco) dias, a contar da data do requerimento administrativo, as perícias médicas para concessão dos benefícios previdenciários (inclusive em casos de acidente de trabalho) e assistenciais aos deficientes e que exijam tal requisito.” Caso não observado o referido prazo, “os benefícios previdenciários devem ser, de imediato, e provisoriamente concedidos ou mantidos com base em atestado médico do assistente, desde que presentes os demais requisitos legais, até que o segurado seja submetido à perícia médica a cargo do INSS.”

Sustentam que o juízo *a quo* estabeleceu as multas impugnadas por haver entendido que sua decisão não vinha sendo cumprida, mas não é possível imputar ao servidor ordem a ser cumprida por pessoa jurídica.

Pedem, ao fim, a antecipação da tutela recursal para suspender a decisão impugnada (fls. 12 – verso).

Às fls. 1.111-1.120 foi juntada petição do INSS, dando notícia de nova decisão proferida pelo juízo *a quo*.

É o relatório do essencial.

Decido.

Verifico, de início, que o presente agravo de instrumento limita-se a impugnar a parte da decisão que cominou multas de caráter pessoal à gerente executiva do INSS em Imperatriz/MA e ao presidente da autarquia.

Como se sabe, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode fixar multa diária (*astreintes*) em face do descumprimento de decisão judicial. As *astreintes* possuem caráter coercitivo com o objetivo de forçar o devedor ao cumprimento da obrigação, mas não se revela razoável imputar multa pessoal ao servidor público no exercício de suas funções, e sim ao órgão do qual faz parte.

O mesmo raciocínio se aplica à multa prevista no parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil: deixar de cumprir os provimentos judiciais ou criar embaraços à sua efetivação constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição (*contempt of court*), mas a respectiva multa é direcionada à parte, e não a eventual servidor de pessoa jurídica que compoñha a lide.

Por óbvio, a aferição de eventual responsabilização por atos ou omissões perpetrados pelo agente público pode ser apurada por meio próprio.

Ainda que assim não fosse, ficou patente que a cominação de multas à gerente executiva do INSS em Imperatriz/MA e ao presidente da autarquia se constitui em imputação de sanções sem que se houvesse observado o necessário contraditório e a ampla defesa, já que ambos sequer compõem a relação processual originária (Ação Civil Pública 819-67.2013.4.01.3701).

Observe-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à extensão da multa diária aos representantes da pessoa jurídica:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes.

2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade.

3. As autoridades coatoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno.

4. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Códex Instrumental.

5. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 747371/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010, grifos acrescidos)

De fato, a jurisprudência daquela Corte limita-se a admitir a cominação de multa diária à pessoa jurídica de direito público e não ao servidor. Confirmam-se:

PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÕES DE FAZER E ENTREGAR COISA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. CABIMENTO, INCLUSIVE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

1. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (*astreintes*) como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa.

Precedente da 1ª Seção: EREsp 770969/RS (1ª Seção. Min. José Delgado, DJ 21.08.2006).

2. Recursos especiais a que se dá provimento.

(STJ, REsp 893041/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/12/2006, DJ 14/12/2006, p. 329)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

AGRAVO IMPROVIDO.

1. É possível a fixação de multa diária pelo não cumprimento de obrigação de fazer por pessoa de direito público, quando esta, uma vez compelida a implantar benefício a que foi condenada, permaneceu inerte.

2. A análise quanto à presença dos requisitos necessários à aplicação da multa prevista no art. 461, § 3º e 4º, do CPC implica reexame de provas, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no Ag 1028620/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2008, DJe 03/11/2008)

Assim, não importa que a multa tenha sido aplicada com base no art. 461, §§ 4º e 5º (obrigação de fazer) ou com base no art. 14, parágrafo único (embaraço ao exercício da jurisdição) do CPC: o Juízo deve cominá-la à parte que compõe a lide e, em se tratando de pessoa jurídica de direito público, não pode fazê-lo ao respectivo servidor.

Além disso, o estudo dos autos revela que o INSS vem envidando esforços para o cumprimento da decisão que deferiu a antecipação da tutela.

A autarquia, por meio do Ofício 154/2014/GAB/GVV informou estar cumprindo as determinações contidas na decisão que antecipou a tutela. Transcrevo:

[...]

Em atendimento à ACP, desde o dia 03/02/2014, a Direção Geral procedeu a alterações no sistema de agendamento do SABI (Sistema de Administração de Benefícios por Incapacidade), tanto para requerimentos via site no INSS ou pela Central de Atendimento Telefônica – 135, que desde então estão preparados para direcionar o agendamento da perícia médica para o serviço administrativo ‘auxílio-doença com documento médico’ (onde não há necessidade de realização do exame médico pericial), caso o agendamento da perícia ultrapasse 45 dias, sendo que esta solicitação é válida para todos os requerimentos iniciais de benefícios por incapacidade (auxílio-doença previdenciário).

[...]

... importante ressaltar que o agendamento do ‘auxílio-doença com documento médico’ está sendo realizado desde o dia 03/02/2014 e que o efetivo atendimento/requerimento/habilitação do benefício passou a ser possível a partir do dia 10/02/2014, ou seja, dentro do prazo estipulado pela decisão judicial, de no máximo 45 dias, e garantindo a DER (data de entrada do requerimento) como sendo a data do agendamento do benefício, já que todos os tipos de benefícios da Previdência Social são atendidos após agendamento prévio.

[...]

O processo de credenciamento de peritos médicos foi encaminhado à Superintendência Regional em Recife para envio posterior à Direção Central em Brasília para fins de finalização do credenciamento de 14 médicos que se inscreveram no seletivo realizado através de edital, ainda no ano de 2013.

A Gerência Executiva Imperatriz conseguiu a remoção de um perito médico da Gerência Executiva Brasília para ser lotado na APS Imperatriz. Após período de trânsito que é garantido ao servidor público removido para outra localidade, procederemos a abertura de novas vagas de agendamentos de benefícios por incapacidade e benefícios assistenciais. (fls. 830/832).

Ressaltam os agravantes que, após as medidas iniciais implementadas pela Gerência Executiva de Imperatriz, houve um número significativo de atendimento de processos que dependem de perícia médica, chegando-se “ao patamar de 1.367 agendamentos, com tempo médio de espera de atendimento de apenas 10 dias”.

A decisão agravada afirma ainda que a Resolução 380/PRES/INSS, editada pelo presidente da autarquia em 22/01/2014 proibiu o cumprimento das decisões para as causas acidentárias.

A questão se revela controversa diante incompetência da Justiça Federal para apreciar e julgar causas relativas a acidentes de trabalho, a teor do disposto no art. 109, I, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (grifos acrescidos)

Ainda assim, alega a autarquia que está dando cumprimento também a essa parte da decisão, que possui peculiaridades:

[...] o que o INSS procurou com a presente Resolução foi o cumprimento da decisão judicial dentro da legalidade, ou seja, adequou o procedimento para que a concessão do benefício acidentário não se tornasse ilegal, muito embora emanada de decisão judicial.

Desse modo, como o benefício acidentário demanda perícia para o enquadramento do nexa causal e o servidor administrativo (que atua na concessão dos benefícios com base em laudo do médico particular) não tem competência técnica para avaliar o nexa causal, o benefício acidentário será concedido se o laudo do médico assistente contiver os requisitos legais específicos para o benefício, caso contrário, o benefício será concedido na modalidade previdenciária e, posteriormente, quando da perícia, haverá o reenquadramento para acidentário, ou seja, o segurado não fica sem o benefício. (fls. 11 – verso)

Nesse contexto, falta juridicidade à aplicação das multas ao presidente do INSS e à gerente executiva do INSS em Imperatriz/MA e, além disso, não restou caracterizado, de plano, que a autarquia vem se furtando ao cumprimento da decisão judicial.

Ressalto que o INSS fez juntar, por meio da petição de fls. 1.111-1.120, cópia de decisão proferida em 20 de junho de 2014, por meio da qual a juíza de primeiro grau suspendeu a multa aplicada ao presidente do INSS e “deixou de aplicar” a multa à gerente executiva do INSS em Imperatriz “a partir da data em que foi destituída do cargo”.

Todavia, o conteúdo do referido *decisum* não tem o condão de caracterizar a perda do objeto do presente recurso nem tampouco de infirmar os termos da presente decisão.

Pelo exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal para suspender a decisão agravada.

Dê-se conhecimento do inteiro teor desta decisão ao juízo *a quo*, com urgência, (via *e-mail*). Requistem-se as informações pertinentes (CPC, art. 527, IV).

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

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 7 de julho de 2014.

Juíza Federal *Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas*, relatora convocada.

### Medida Cautelar Inominada 0034917-89.2014.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca  
Requerente: Santa Rita Comércio Indústria e Representações Ltda.  
Advogados: Dr. João Joaquim Martinelli e outros  
Requerida: Fazenda Nacional  
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
Publicação: *e-DJF1* de 11/07/2014, p. 687-688

## Decisão

Cuida-se de medida cautelar incidental protocolada em 25 jun. 2014 pela Santa Rita Comércio, Indústria e Representações Ltda. com o objetivo de obter liminar que suspendesse a sentença proferida no Mandado de Segurança 0008284-21.2013.4.01.3801/MG na parte em que determinou a aplicação da Lei 9.784/1999 à controvérsia posta em Juízo, restabelecendo-se o comando prévio que determinara à Fazenda Nacional fosse observado o prazo de 360 (trezentos e sessenta dias) disposto no art. 24 da Lei 11.457/2007 para a conclusão da análise do pedido da empresa de ressarcimento de créditos de PIS e Cofins relativos ao período de 2012 (já vencidos), “dentro do prazo de 30 (trinta) dias a contar da intimação desta decisão” (fl. 23).

Narra a requerente que,

[...] considerando o fato de que alguns Pedidos de Ressarcimento já haviam sido protocolados há mais de *quinhentos dias*, o Magistrado *a quo* sentenciou o feito, oportunidade em que determinou o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da intimação da sentença, para que a Autoridade Impetrada concluísse a análise dos PERs vinculados ao período de 2012 [...] (fl. 06).

No entanto, ao julgar embargos de declaração interpostos pela própria impetrante com o fito de corrigir “mero erro de indicação de uma data de protocolo de um PER” (fl. 7), a MM. juíza federal da 3ª Vara da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG acolheu petição atravessada pela Fazenda, alegando a necessidade de realizar novas intimações da empresa para apresentar novos esclarecimentos no processo fiscalizatório, e alterou sua sentença anterior, “para acatar os argumentos do Delegado da Receita Federal e fixar novo prazo de trinta dias, desta vez, contados ‘a partir da conclusão dos processos administrativos vinculados ao período de 2012, nos termos do art. 49 da Lei 9.784/1999’ (fl. 7).



Em decorrência desse procedimento, sustenta a requerente que a sentença proferida nos embargos de declaração padece de nulidade, por afrontar o art. 463 do CPC, dado que efetua uma inadmissível *reformatio in pejus*. Além disso, aplica ao processo administrativo fiscal o art. 49 da Lei 9.784/1999, quando tal dispositivo legal somente se aplica a processos administrativos conforme definido pelo STJ no REsp 1.138.206/RS, julgado pela sistemática do recurso repetitivo (art. 543-C do CPC).

Argumenta, ainda, que

[...] a sentença objeto de Apelação da Autora, nos termos em que editada, figurou como verdadeiro *cheque em branco* à Administração Tributária, na medida em que concedeu à Autoridade Impetrada o prazo de 30 (trinta) dias para emitir a decisão dos Pedidos de Ressarcimento, contados da *'conclusão dos processos administrativos'*, em alusão ao término da instrução processual. (fls. 16-17).

Por fim, aponta como *periculum in mora*, a necessidade de capital de giro para o exercício de suas atividades empresariais que poderia ser suprida com os créditos tributários a que faz jus, assim como o fato de que "o próprio decurso de tempo para a apreciação do Recurso de Apelação significará o gradual perecimento do direito da Autora, na medida em que se dará o prolongamento da omissão da Receita Federal do Brasil." (fl. 20).

É o relatório. Passo a decidir.

Em situações excepcionais, o Regimento Interno desta Corte, na esteira do Código de Processo Civil, admite o manejo de medida cautelar, com a finalidade de assegurar a eficácia e a utilidade do provimento a ser editado pelo tribunal no recurso interposto pela parte.

Na hipótese vertente evidencia-se a excepcionalidade prevista na regra regimental pertinente, pois, não tendo sido ainda efetuado, no 1º grau de jurisdição, o juízo de admissibilidade da apelação interposta pelo requerente, não há que se cogitar sequer na desnecessidade desta cautelar, como instrumento processual específico. Somente após o despacho de recebimento da apelação, é que seria pertinente a figura do agravo de instrumento e apenas com a chegada do recurso de apelação neste Tribunal, seria possível a pretensão cautelar nos próprios autos principais. Nesse intervalo, portanto, é pertinente a proteção cautelar solicitada (AC 0024101-68.2002.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (conv.), Sexta Turma, e-DJF1, p. 38, de 28/06/2010 e AC 2003.34.00.025994-7/DF, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (conv.), Sétima Turma, e-DJF1, p. 264, de 08/08/2008).

É exatamente esse o caso dos autos, pois a empresa requerente protocolou sua apelação em 25 jun. 2014 (conforme comprovante à fl. 58). Logo em seguida, pelo que se depreende do andamento do feito no *site* da Seção Judiciária de Minas Gerais, foi determinada a intimação da Fazenda Nacional para apresentar suas contrarrazões ao recurso, o que ocorreu no dia 3 jul. 2014.

Quanto ao mérito, verifico estarem presentes no caso concreto os dois requisitos para a concessão de liminar.

A plausibilidade do direito alegado ressaí do fato de que tanto a jurisprudência desta Corte quanto a do STJ se orientam no sentido de que o prazo para que a Administração Tributária aprecie seus processos administrativos é definido pelo art. 24 da Lei 11.457/2007. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

Deste TRF:

ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. PRAZO PARA ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. EXTRAPOLAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (CF, art. 5º, LXXVIII).

1. "O art. 24 da Lei n. 11.457, de 16 MAR 2007, determina o prazo de 360 dias para que a Administração Tributária aprecie os processos administrativos. Configurada mora da Administração, a omissão fica sujeita ao controle judicial. Ao Poder Executivo, nos seus diversos níveis e graus, compete precipuamente o exato cumprimento das leis. Refoge à lógica, bom senso e à razoabilidade o alongamento do prazo legal de 360 dias para mais de um ano e meio..." (AG n. 0008887-56.2010.4.01.0000/MT, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, e-DJF1 de 14/05/2010, p.338).

2. "(...) tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07)." (REsp 1138206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 01/09/2010)

3. Na hipótese vertente, a omissão da Administração Fazendária já havia extrapolado mais de um ano. Merece, portanto, confirmação a sentença que, nas circunstâncias dos autos, fixou o prazo de 30 dias para que a autoridade coatora apreciasse e decidisse sobre a pertinência do pedido de restituição ofertado, considerando o tempo de espera que o contribuinte já se

sujeitara, bem como pelo fato de a Administração ter em seus arquivos os dados essenciais para a apreciação do referido pedido.

4. Ofensa aos princípios da eficiência (art. 37, caput, da CF) e da razoabilidade (art. 2º, caput, da Lei do Processo Administrativo Federal), bem como ao direito fundamental à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da CF), face ao transcurso de período superior a 1 (um) ano sem análise do pedido formulado pela impetrante na via administrativa.

5. Apelação e remessa oficial não providas. Sentença mantida.

(AMS 0017097-74.2012.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal REYNALDO FONSECA, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.98 de 30/10/2013) – negritei.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR -RESSARCIMENTO DE CRÉDITO - LEI N.º 11.457/2007, ART. 24: EXCESSO DE PRAZO LEGAL (MORA ADMINISTRATIVA) - PODER GERAL DE CAUTELA DO JUDICIÁRIO - ABUSO DO DEVER - AGRAVO NÃO PROVIDO.

1- O art. 24 da Lei n. 11.457, de 16 MAR 2007, determina o prazo de 360 dias para que a Administração Tributária aprecie os processos administrativos. Configurada mora da Administração, a omissão fica sujeita ao controle judicial.

2- Ao Poder Executivo, nos seus diversos níveis e graus, compete precipuamente o exato cumprimento das leis. Refoge à lógica, bom senso e à razoabilidade o alongamento do prazo legal de 360 dias para mais de um ano e meio.

3- Agravo não provido.

4- Peças liberadas pelo Relator, em 04/05/2010, para publicação do acórdão.

(AG 0008887-56.2010.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p. 338 de 14/05/2010) – negritei.

Do STJ:

AGRAVOS REGIMENTAIS DA FAZENDA NACIONAL E DE NORMÓVEIS INDÚSTRIA COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA. E OUTRO. RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE PARCIALMENTE PROVIDO. TRIBUTÁRIO. CRÉDITO ESCRITURAL. IPI, PIS E COFINS. RESSARCIMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. *DEMORA INJUSTIFICADA NA ANÁLISE DO PEDIDO ADMINISTRATIVO*. RESP. 1.035.847/RS, REL. MIN. LUIZ FUX, JULGADO NA FORMA DO ART. 543-C DO CPC E DA RES. 8/STJ. SÚMULA 411/STJ. TERMO INICIAL. NORMA GERAL. *LEIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. PRECEDENTES DA 1ª. SEÇÃO. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS.*

1. É pacífico o entendimento da Primeira Seção desta Corte de que eventual possibilidade de aproveitamento dos créditos escriturais não dá ensejo à correção monetária, exceto se tal creditamento for injustamente obstado pela Fazenda, considerando-se a mora na apreciação do requerimento administrativo de ressarcimento feita pelo contribuinte como um óbice injustificado.

2. A correção monetária deve se dar a partir do término do prazo que a Administração teria para analisar os pedidos, porque somente após esse lapso temporal se caracterizaria a resistência ilegítima passível de legitimar a incidência da referida atualização; aplica-se o entendimento firmado por ocasião da apreciação do REsp. 1.138.206/RS, relatado pelo ilustre Ministro LUIZ FUX e julgado sob o regime do art. 543-C do CPC e da Res. 8/STJ, DJe 01.09.2010, no qual restou consignado que tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos.

3. *O Fisco deve ser considerado em mora (resistência ilegítima) somente a partir do término do prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias contado da data do protocolo dos pedidos de ressarcimento, aplicando-se o art. 24 da Lei 11.457/2007, independentemente da data em que efetuados os pedidos. Precedentes da 1a. Seção: REsp. 1.314.086/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 08/10/2012 e EDcl no AgRg no REsp. 1.222.573/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 07.12.2011.*

4. Agravos Regimentais desprovidos.

(AgRg no REsp 1232257/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 21/02/2013) – negritei.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. IPI. EMPRESA FABRICANTE DE BENS DE INFORMÁTICA. CREDITAMENTO DECORRENTE DO ART. 5º DO DECRETO-LEI N. 491/69, ART. 1º, II, DA LEI N. 8.402/92, ART. 4º DA LEI N. 8.248/91, E ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 8.191/91. PEDIDO DE RESSARCIMENTO EM DINHEIRO OU COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS. *MORA DA FAZENDA PÚBLICA FEDERAL DEPOIS DE 360 DIAS. ART. 24 DA LEI N. 11.457/2004. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 411/STJ. TEMAS JÁ JULGADOS PELO REGIME CRIADO PELO ART. 543-C, CPC, E DA RESOLUÇÃO STJ 08/2008 QUE INSTITUÍRAM OS RECURSOS REPRESENTATIVOS DA CONTROVÉRSIA.*

1. [...].

2. [...].

3. *Por força do art. 24 da Lei 11.457/07, o Fisco deve ser considerado em mora a partir do término do prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias contado da data do protocolo do pedido de ressarcimento. Cabendo, a partir daí, a correção monetária.*

*Precedente: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.138.206/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9.8.2010.*

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1353195/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013) – negritei.

No caso concreto, vê-se que a sentença proferida em 14 maio 2014 (cópia às fls. 28-40 deste feito virtual) verificou ter sido ultrapassado o prazo de 360 dias previsto no art. 24 da Lei 11.457/2007 e concedeu a segurança, com amparo também no REsp 1.138.206, para determinar que a autoridade fiscal concluísse a apreciação do processo administrativo fiscal referente ao período de 2012<sup>1</sup> e apresentasse sua decisão no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência da sentença.

Entretanto, ao decidir os embargos de declaração interpostos pela empresa impetrante contra tal decisão, a sentença integrativa de 10 jun. 2014 (cópia às fls. 55-56) acolheu pleito da autoridade coatora (cópia às fls. 50-53) e, com base no art. 49 da Lei 9.784/1999, autorizou a prorrogação desse prazo, fixando como termo inicial dos 30 dias a data da conclusão da instrução do processo administrativo, visto que, segundo a autoridade fiscal, ainda não teriam sido juntados aos autos todos os dados e informações necessários à apuração do crédito fiscal.

Nitidamente, a concessão de prazo superior a 360 dias para instrução do processo administrativo fiscal, a par de confrontar entendimento pacificado na jurisprudência, configura indevida modificação de entendimento do julgador sobre questão já decidida, fora das hipóteses previstas em lei.

Além disso, no pedido de prorrogação de prazo formulado pela Receita Federal (cópia às fls. 50-53), a própria autoridade coatora admite que as informações por ela solicitadas em relação ao tributo recolhido pela autora no período que vai do 3º trimestre de 2010 ao 3º trimestre de 2013 foram prontamente fornecidas pela empresa requerente em 28 nov. 2013 e em 3 fev. 2014, encontrando-se o processo “em fase de análise dos arquivos digitais apresentados pela contribuinte” (fl. 52). Tal pleito fundamenta-se unicamente na alegação genérica de que “Dessa análise, podem resultar novas intimações para esclarecimentos e comprovações que se fizerem necessárias à contribuinte e/ou a terceiros” (fl. 53), para validar os créditos oriundos das compras de leite cru.

Depreende-se, portanto, que, se tais dados não foram ainda examinados e se os esclarecimentos não foram pedidos, foi por inércia do Fisco.

Por fim, o *periculum in mora* advém do fato de que a prevalência da última decisão de primeiro grau corresponde, na prática, à extensão do prazo para conclusão do processo por tempo indefinido o que, aliado aos prazos do processo judicial, acabarão por privar a empresa contribuinte por ainda mais tempo do crédito a que faz jus, causando-lhe prejuízo econômico indevido.

Com tais considerações, *defiro* o pedido de liminar, para suspender os efeitos da sentença integrativa de fls. 55-56, na parte em que autorizou a prorrogação de prazo para conclusão do processo administrativo fiscal com base na Lei 9.784/1999, restabelecendo, por consequência, o comando anterior que determinava a observância do prazo de 360 dias disposto no art. 24 da Lei 11.457/2007 e a conclusão da análise dos pedidos de ressarcimento relativos ao período de 2012 dentro do prazo de 30 (trinta) dias, que deverão ser contados da intimação desta decisão.

Intime-se a autoridade coatora no endereço indicado no Ofício 107/2014/DRF/JFA-MG-GAB (à fl. 50 desta cautelar).

Comunique-se, também, o teor desta decisão à MM. juíza federal da 3ª Vara da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG.

Publique-se. Cite-se a Fazenda Nacional para, querendo, apresentar resposta no prazo de 5 (cinco) dias (art. 802, CPC)<sup>2</sup>.

Brasília, 4 de julho de 2014.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

<sup>1</sup> Processos administrativos protocolados em 27 nov. 2012, 22 fev. 2013 e 28 fev. 2013.

<sup>2</sup> Art. 802. O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir.

Parágrafo único. Conta-se o prazo, da juntada aos autos do mandado:

I - de citação devidamente cumprido;

II - da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia.

## Ação Rescisória 0017824-50.2013.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)  
Autor: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Réu: José Lourdes de Carvalho  
Publicação: e-DJF1 de 16/07/2014, p. 37-38

### Decisão

1. Trata-se de ação rescisória, com pedido de tutela antecipada, proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com o objetivo de desconstituir acórdão da colenda 1ª Turma, proferido nos autos da Apelação Cível 2002.38.00.013069-8, sob o fundamento de que a decisão rescindenda foi proferida em literal violação ao disposto nos arts. 3º, *caput*, e 9º da Emenda da EC 20/1998.

2. Sustenta, inicialmente, que a EC 20/1998 extinguiu a aposentadoria proporcional, de sorte que a concessão dessa espécie de benefício só seria possível se o interessado possuísse, ao tempo da promulgação da emenda, todos os requisitos necessários à sua concessão, ou, ainda, se cumprisse o pedágio nela previsto. Nesse compasso, conclui que é inviável a concessão da aposentadoria proporcional mediante o cômputo de tempo de serviço posterior a 16/12/1998, sem o cumprimento de pedágio e a implementação da idade mínima.

3. Alega que o acórdão rescindendo manteve a sentença que permitiu no cômputo do tempo de serviço o período de 16/12/1998 a 25/04/2001. Informa que o autor, na data do requerimento administrativo do benefício (22/03/2002 – f. 92), possuía 46 anos de idade, uma vez que nasceu em 29/02/1955. Estava, pois, longe de atingir os 53 anos exigidos pela regra de transição.

4. Sustenta, portanto, a inequívoca verossimilhança do direito. Assevera, ainda, o risco de lesão irreversível ou de difícil reparação consistente na irreversibilidade de eventual pagamento decorrente da execução da decisão rescindenda. Pugna pela antecipação dos efeitos da tutela para que seja recalculado o benefício de aposentadoria proporcional do impetrante, excluindo-se o período posterior a 16/12/1998.

Decido.

5. Cabe a tutela antecipada em ação rescisória em casos excepcionais, desde que presentes a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável, consubstanciado na possibilidade de pagamento indevido.

6. No caso dos autos a antecipação dos efeitos da tutela deve ser deferida.

7. A questão posta em debate está assim regulamentada, EC 20/1998:

Art. 3º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

[...]

Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, *é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:*

I - contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do “caput”, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o "caput", acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

8. Por seu turno, a legislação de regência (Lei 8.213/1991), antes do advento da referida EC, previa o benefício de aposentadoria por tempo de serviço, que consistia em um benefício de 70% (setenta por cento) do salário de benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário de benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço. Sem previsão de idade mínima.

9. Assim, há de se estabelecer os seguintes parâmetros: a) o segurado já possui todos os requisitos necessários à aposentadoria proporcional em data anterior à promulgação da EC 20/1998; b) ou deve cumprir as regras por ela introduzidas.

10. No caso vertente, o acórdão proferido por este Tribunal permitiu o cômputo do tempo de serviço trabalhado pelo réu no período posterior a 16/12/1998, para fins de aposentadoria *proporcional*, incidindo, *prima face*, em violação ao disposto no art. 3º da EC 20/1998. Imperioso destacar que o beneficiário contava, na data do requerimento administrativo (22/03/2002) com 46 anos de idade, restando afastada a aposentadoria nos moldes estabelecidos pela EC 20/1998, posto que ausente o requisito etário nela previsto (53 anos de idade).

11. Nesta linha de entendimento, consigno que o tempo de serviço a ser considerado para fins de aposentadoria proporcional, nos termos fixados pela Lei 8.213/1991, com redação vigente em data anterior à promulgação da EC 20/1998, deve ser limitado a 15/12/1998. Outro não é o entendimento consagrado em nossos tribunais:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR À EC 20/98. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE TRANSIÇÃO. OBRIGATORIEDADE PRECEDENTES DO STF E DO STJ. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. A Emenda Constitucional 20/98 extinguiu a aposentadoria proporcional por tempo de serviço. Assim, para fazer jus a esse benefício, necessário o preenchimento dos requisitos anteriormente à data de sua vigência (16/12/98).

2. Após o advento dessa emenda, o segurado não poderá computar o tempo de serviço posterior a ela sem o implemento da idade mínima e do pedágio.

3. "Inexiste direito adquirido a determinado regime jurídico, razão pela qual não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior. A superposição de vantagens caracteriza sistema híbrido, incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários" (STF, RE 575.089/RS, Plenário, Rel. Min. RICARDO LAWANDOWSKI, DJe 23/10/08).

4. Embargos acolhidos, com atribuição de excepcionais efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial. (EDRESP 200501877220, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:05/04/2010.)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. LIMITAÇÃO DA CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO À EDIÇÃO DA EC 20/98.

1. "Após o advento dessa emenda, o segurado não poderá computar o tempo de serviço posterior a ela sem o implemento da idade mínima e do pedágio. Inexiste direito adquirido a determinado regime jurídico, razão pela qual não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior. A superposição de vantagens caracteriza sistema híbrido, incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários (STF, RE 575.089/RS, Plenário, Rel. Min. RICARDO LAWANDOWSKI, DJe 23/10/08). Embargos acolhidos, com atribuição de excepcionais efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial". (EDRESP 200501877220, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, 05/04/2010).

2. Segundo entendimento esposado pelo STF, se o segurado quiser agregar tempo de serviço posterior à EC 20/98, tem de se submeter ao novo ordenamento, com observância das regras de transição. No caso concreto, está correto o ato que limitou a contagem de tempo de serviço do segurado a 16.12.1998.

(AC 2003.34.00.027301-2/DF, Rel. Juíza Federal Rosimayre Goncalves De Carvalho, 2ª Turma Suplementar, e-DJF1 p.88 de 13/10/2011)

12. Como se vê, a decisão rescindenda restou proferida em dissonância com a jurisprudência pacífica de nossos tribunais. Ante a fundamentação apresentada, julgo atendido o requisito da verossimilhança das alegações. O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação consubstancializa-se na possibilidade de pagamento de valores indevidos.



13. Diante do exposto, configurada a verossimilhança do direito e o fundado receio de dano irreparável, *defiro a tutela antecipada* pleiteada, unicamente para excluir do cálculo do benefício do impetrante o tempo de serviço laborado em data posterior a 15/12/1998, sem prejuízo da execução sob esse limite.

14. Cite-se o réu para responder aos termos da presente ação no prazo de vinte dias.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de junho de 2014.

Juiz Federal *Cleber José Rocha*, relator convocado.

## Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0037123-76.2014.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Presidente  
Requerente: União Federal  
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
Requerente: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel  
Procurador: Dr. Igor Lins da Rocha Lourenço  
Requerido: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Sinop – MT  
Autor: Ministério Público Federal  
Procurador: Dr. Lucas Horta de Almeida  
Ré: Companhia Energética Sinop S/A – CES  
Réu: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico Social – BNDES  
Publicação: e-DJF1 de 17/07/2014, p. 120 - 122

### Decisão

A União e a Agência Nacional de Energia Elétrica, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, requerem a suspensão da execução da liminar deferida, em 1º/04/2014, pelo Juiz Federal da Subseção Judiciária de Sinop – MT, nos autos da Ação Civil Pública 1294-89.2014.4.01.3603, para sustar os efeitos da Licença de Instalação 63544/2014, expedida pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente – Sema/MT (fls. 93-95).

Afirma a requerente que, segundo o Ministério Público Federal, “a Licença de Instalação foi emitida sem que o réu houvesse cumprido as condicionantes da Licença Prévia, pertinentes aos assentamentos do INCRA afetados pela instalação do empreendimento hidroelétrico, situação esta que obstará à liberação da licença” (fl. 4).

Sustenta que, sem a oitiva das rés, a medida liminar foi deferida, impedindo a regular continuação das obras de construção da UHE Sinop, empreendimento de grande importância para o equilíbrio do sistema elétrico nacional, colocando em risco importante política pública no campo energético, representando uma [...]

Assevera que a decisão representa indevida intromissão do Poder Judiciário na esfera administrativa, visto que não há ilegalidade no ato administrativo, pois é na vigência da licença de instalação que devem ser cumpridas todas as condicionantes, as quais deverão estar integralmente adimplidas, conforme cronograma aprovado pelo órgão licenciador, quando do requerimento e concessão da licença de operação.

Afirma que

*[...] o empreendedor vem realizando todas as atividades necessárias ao cumprimento das condicionantes estabelecidas pela SEMA/MT, dentro dos prazos previstos no cronograma aceito pelo órgão licenciador, a fim de que as medidas de mitigação e compensação sejam implementadas antes do efetivo impacto aos assentados, não havendo qualquer óbice à continuidade do procedimento de licenciamento ambiental (fl. 35-grifos no original).*

Afiança, ainda, que eventual paralisação das atividades de construção da UHE Sinop acarreta impactos técnicos, sociais e econômicos para a sociedade em geral; que a energia a ser produzida pelo empreendimento em questão é indispensável ao suprimento de energia elétrica do país a partir de dezembro/2017, tratando-se de fonte de energia limpa, que proporcionará redução significativa de emissão de gases associados ao efeito estufa, com

preços bastante atrativos em comparação a outras fontes de energia; e que “o sobrepreço decorrente da substituição da UHE Sinop por outras fontes seria de, no mínimo, aproximadamente 691 milhões de Reais, podendo chegar a 4,5 bilhões de reais, no prazo do contrato, custo esse que impactaria diretamente no bolso dos consumidores de energia elétrica, no orçamento das indústrias e por certo no crescimento do país” (fl. 50 – grifos no original).

Decido.

A suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992 e no art. 15 da Lei 12.016/2009 é medida de contracautela concedida tão somente para evitar que, do cumprimento da decisão de primeira instância, resulte grave lesão à ordem, à economia, à segurança e/ou à economia públicas. Admite-se, eventualmente, um mínimo de deliberação da controvérsia subjacente ao processo principal para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido.

Na hipótese, o magistrado *a quo* entendeu que a licença de instalação não poderia ter sido concedida sem o cumprimento das condicionantes, asseverando (fl. 95):

[...]

Não é preciso mais que uma leitura rápida da resposta apresentada pela empresa ré para que se verifique que as condicionantes não foram cumpridas.

A empresa está obrigada a apresentar projeto de reassentamento para os assentados. Perguntada se havia projeto, discursou, discursou e de importante disse “se propõe” a apresentar o projeto até setembro de 2014. Não há projeto, portanto. Nem sequer há data precisa para que seja feito o projeto que se comprometeu a fazer. Há apenas uma manifestação de boa vontade!

A empresa está obrigada a apresentar laudo de aptidão agrícola da área a ser destinada ao reassentamento. Nada.

A empresa está obrigada a apresentar proposta de criação de agroindústria como forma de fixar o homem no campo. Promete a primeira versão do projeto para 2015.

A empresa está obrigada a apresentar documento de acordo firmado entre os proprietários rurais no que diz com indenização ou compensações. Promete para o meio do ano de 2014.

Há uma exigência de que apresente cadastro sócioeconômico da população atingida. A empresa se compromete a cumprir a exigência em junho de 2014.

Está tudo no documento juntado pelo MPF, documento que vem a ser a resposta que a empresa deu ao órgão ambiental do Mato Grosso. A licença não poderia ter sido concedida sem o cumprimento das condicionantes feitas. Se o Judiciário tolera esse tipo de procedimento, estará contribuindo para o surgimento de uma situação que amanhã será considerada fato consumado. A hora de evitar o fato consumado é agora, quando nada ainda se iniciou, quando ainda não se realizaram gastos de monta. O descumprimento aqui é flagrante. Basta o simples confronto entre o que a empresa estava obrigada a fazer e o que deixou de fazer. É bom que se diga que a empresa não escondeu nada do órgão ambiental. Quando respondeu ao ofício, não tergiversou. Está claro no documento que nada foi cumprido. Com todas as letras. O que há ali são promessas vagas, promessas de que tudo será feito a partir de determinada data. Nada mais que isso.

Assim como se exige lealdade da Administração para com os administrados, deve-se exigir o mesmo comportamento de quem firma compromisso como Poder Público. Imagina o Poder Público firmando compromisso com alguém, se comprometendo a fazer tal coisa previamente e depois dizer que não, que tudo ficará para depois! É isso que está fazendo a empresa. As condicionantes são medidas a serem cumpridas previamente. Sem o cumprimento delas, a expedição da licença é ato ilegítimo. O que admira é que o órgão ambiental que fez as exigências é o mesmo que expede a licença depois de verificar que as exigências que fez não foram cumpridas.

*Defiro a liminar, para sustar os efeitos da licença expedida.*

Segundo doutrina de Romeu Thomé, trazida pela requerente (fl. 16),

[...] na vigência da Licença de Instalação, deve o empreendedor implementar todas as condicionantes determinadas pelo órgão ambiental, com o intuito de evitar e/ou mitigar impactos socioambientais que possam ser verificados no decorrer da implementação do empreendimento. O cumprimento das condicionantes é condição sine qua non para a solicitação e obtenção da Licença de Operação’ (Manual de Direito Ambiental, 2ª edição) [...].

Por sua vez, prescreve o art. 8º, incisos I e II, da Resolução Conama 237:

Art. 8º O Poder Público, no exercício da sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I – Licença Prévia (LP) – concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II – *Licença de Instalação (LI)* – autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, *incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes*, da qual constituem motivo determinante.

III – *Licença de Operação (LO)* – autoriza a operação da atividade ou empreendimento, *após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores*, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Depreende-se, pois, pela doutrina trazida e pela leitura do normativo, que algumas condicionantes devem ser cumpridas antes da licença de instalação; outras, no entanto, serão exigidas apenas quando da solicitação da licença de instalação.

Vê-se, ainda, que o licenciamento ambiental é ato administrativo complexo e a sua condução, segundo a Nota Técnica 30/2014-AESA/SE-MME, “é executada por órgão vinculado ao Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), que conta com atuação de outros órgãos e entidades da Administração Pública Federal, para a avaliação de assuntos específicos” (fl. 134).

Segundo documentos juntados aos autos, que tratam do remanejamento dos agricultores assentados em área que será afetada pelo empreendimento, há um cronograma a ser seguido (fl. 110) e, periodicamente, o Sema/MT recebe relatórios das atividades realizadas, garantindo ao órgão ambiental o acompanhamento desse processo (fl. 111).

Por certo, não é atribuição do Poder Judiciário examinar as condições técnicas para permitir a emissão ou não das respectivas licenças ambientais de um empreendimento, mas dos organismos ambientais.

Pertinente, nesse contexto, a lição de M. Seabra Fagundes<sup>1</sup>:

Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar, põem-se restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e consequências. Quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei. Relativamente às consequências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder Executivo, em todos os aspectos, nem o invalida totalmente.

Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão.

De fato, o Poder Judiciário, ao interferir nas atividades administrativas do Poder Público, deve fazê-lo à luz dos postulados a elas inerentes, com vistas a não impedir, analisando o mérito do ato administrativo (oportunidade e conveniência), que o Estado atinja com eficiência as suas finalidades.

Como a Presidência desta Corte já teve oportunidade de manifestar-se em situação semelhante, a “ingerência da atividade jurisdicional sobre atribuições da Administração Pública, fazendo opções e impondo alterações na condução do planejamento da sua atuação, deve ser feita com critério e prudência e deve estar calcada em dados objetivos, fáticos e técnicos que a justifique” (SLAT 0018625-97.2012.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Olindo Menezes, Decisão de 10/04/2012), sob pena de a decisão acarretar um prejuízo muito maior do que aquele se pretende evitar.

É, a meu ver, o que ocorre no caso em exame. Com efeito, confira-se a projeção dos prejuízos advindos da decisão, constante da Nota Técnica 30/2014-AESA/SE-MME:

*Impactos técnicos e ambientais:*

1) interrupção das obras de terraplenagem, escavação, tratamentos de taludes, drenagem provisória e definitiva das áreas já terraplenadas e escavadas e proteção dos taludes provisórios e definitivos; 2) instalação de processos de ravinamento e erosão nos locais não drenados e taludes expostos, ocasionando degradação do solo/rocha de cobertura e das obras já executadas; 3) carreamento de sedimentos provenientes dos processos de ravinamento e erosivos para talvegues, grotas, cursos d’água e para o rio, com conseqüente aumento da turbidez das águas desses cursos; 4) perda da janela hidrológica, empurrando o cronograma de atividades de construção para uma nova época de chuvas e, em conseqüência, diminuição da produtividade; 5) interrupção da supressão vegetal sem as correspondentes medidas de acabamento com conseqüente instalação de processo descontrolado

<sup>1</sup> *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 7. ed. atual. por Gustavo Binbenbajt, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 181-182.

de queda de árvores provocando o desnudamento de áreas não previstas e a degradação das áreas já desmatadas, com risco de incêndio em época de estiagem; 6) paralisação das atividades de bombeamento e esgotamento das áreas já escavadas, gerando acúmulo de água estagnada potencialmente propícia à proliferação de vetores de enfermidades como a dengue e a malária; 7) paralisação da construção do acampamento definitivo (alojamentos, refeitório, lazer, ambulatório e demais instalações de apoio) atrasando a mudança dos funcionários e operários, das acomodações provisórias em hotéis das cidades próximas à obra; 8) paralisação das obras de saneamento previstas para o acampamento e canteiro definitivos, entre eles a captação de água, a estação de tratamento de água, com capacidade de 100m<sup>3</sup>/s, a estação de tratamento de esgoto e; 9) paralisação dos programas ambientais do Projeto Básico Ambiental e dos serviços de construção da rede elétrica com 77km entre Sinop e o canteiro de obras e respectiva subestação para execução das obras, com consumo e demanda previstos e já contratados junto à Cemat.

#### Impactos sociais:

1) demissão imediata de, pelo menos, 500 funcionários, com consequência direta sobre a renda desses trabalhadores e de suas famílias; 2) distrato e/ou suspensão dos contratos com os subcontratados, liberando os equipamentos e todo o pessoal mobilizado por essas empresas; 3) ociosidade de cerca de 500 homens no centro urbano das cidades próximas ao canteiro de obras; 4) diminuição significativa da circulação de dinheiro e do movimento no comércio, na indústria e no setor de prestação de serviços nas cidades de Itaúba e Claudia e da arrecadação de ISS pela Prefeitura dessas cidades; 5) paralisação da construção das 100 casas da Vila dos Engenheiros, Administrativos e Encarregados destinadas ao alojamento de funcionários estratégicos da Construtora Triunfo, em terreno adquirido nos municípios de Sinop, que serão comercializadas após a conclusão das obras da UHE Sinop.

#### Impactos econômicos para a sociedade em geral:

1) custos com a paralisação das obras, desmobilização de equipamentos e pessoal e sua posterior remobilização para a retomada dos trabalhos, com a recuperação das obras e instalações degradadas em função da paralisação dos serviços no estado em que se encontram; 2) postergação do prazo para entrada da usina em operação, considerando que o empreendimento está incluído no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC 2) do Governo Federal; 3) atraso na construção do UHE Sinop, que será sentido na operação da Linha de Transmissão 500kV entre as SE Paranaíta e a SE Ribeirãozinho com 1.500km de extensão em andamento, destinada a transmitir a energia gerada pelas UHE's Teles Pires 1.830MW, Colíder 160MW, São Manoel 700MW e a conexão desta UHE Sinop com 400MW ao Sistema Interligado Nacional (SIN); 4) eventual substituição de energia limpa e de fonte renovável por energia gerada em unidades térmicas que aumentam a demanda de consumo de combustíveis fósseis e poluentes a um preço por MWh oito vezes maior que o MWh produzido em uma usina hidráulica fará com que o custo dessa energia seja repassada aos consumidores.

A decisão questionada, ao suspender a Licença de Instalação 63544/2014, paralisa a continuidade do empreendimento voltado a fornecer energia renovável, de baixa emissão de carbono, imprescindível para a segurança do abastecimento de energia elétrica, e que trará a possibilidade de a União recolher em torno de R\$ 1,26 bilhões de reais anuais, além de representar cerca de 4 mil empregos diretos e mais de 12 mil indiretos (fl. 43).

Assim, evidenciada a potencialidade lesiva à ordem e à economia públicas, máxime por retardar a consecução de medidas tendentes à ampliação do parque energético brasileiro, previsto no Plano de Aceleração de Crescimento (PAC 2), a liminar deve ser suspensa.

Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão.

Intimem-se. Comunique-se, com urgência, ao juízo requerido, encaminhando-se-lhe cópia desta decisão.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 10 de julho de 2014.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, presidente.

## Suspensão de Execução de Sentença 0036289-73.2014.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Presidente  
Requerente: Município de Governador Edison Lobão/MA  
Procuradores: Dra. Fabiana Borgneth de Araújo Silva e outros  
Requerido: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Imperatriz – MA  
Autor: Ministério Público Federal  
Publicação: e-DJF1 de 17/07/2014, p. 119 - 120

### Decisão

O Município de Governador Edison Lobão requer a suspensão da execução da sentença proferida, em 21/02/2014, pelo Juiz Federal da Subseção Judiciária de Imperatriz–MA, nos autos da Ação Civil Pública 6616-24.2013.4.01.3701, nos seguintes termos:

*[...] julgo procedente o pedido, extinguindo o processo com resolução de mérito (CPC, art. 269, inciso I), nos exatos termos da antecipação de tutela concedida liminarmente na decisão de fls. 132-141, exceto quanto aos prazos ali consignados, os quais prorrogo para 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da data de ciência desta sentença.*

*[...]*

*Intime-se, com urgência, a União para que tome conhecimento da prorrogação do prazo e, conseqüentemente, providencie novamente a suspensão dos recursos acaso não haja alteração do nome da cidade, mediante lei da Assembleia Legislativa do Estado Maranhão (sic), no prazo estipulado.*

*Oficie-se, com urgência, ao Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão, cientificando-o desta sentença, bem como exortando-o a imprimir celeridade na tramitação dos Projetos de Lei em trâmite naquela Casa, cujo escopo seja retificar o nome do Município de Governador Edison Lobão, tendo em vista os efeitos deletérios, para os respectivos municípios, decorrentes da suspensão de repasses federais ora ordenada.*

*Oficie-se, com cópia integral dos autos, à 1ª Câmara de Coordenação e Revisão Constitucional e Inconstitucional do Ministério Público Federal para que tome conhecimento dos fatos, e, se assim entender, proponha, por intermédio do Exmo. Procurador-Geral da República, a ação de constitucionalidade pertinente perante o Supremo Tribunal Federal. (Fl. 42/43 – grifos no original)*

Alega o requerente que, na origem, a ação foi ajuizada pelo Ministério Público Federal, em desfavor da União, Estado do Maranhão e Município de Governador Edison Lobão, objetivando a retificação do nome do aludido Município, tendo em vista que se refere ao atual Ministro de Minas e Energia, Senador Edison Lobão, situação que, a teor dos arts. 3º e 4º da Lei 6.454/1977, impõe a suspensão de verbas federais.

Sustenta que o município está à mercê de uma conduta comissiva de terceiro, “estando impedido de realizar algum ato que afaste as conseqüências desastrosas caso permaneça os efeitos da sentença exarada pela Justiça Federal de Imperatriz/MA, e acima de tudo, afetando todos os municípios inocentes, haja vista que ficará vedado de receber recursos federais por culpa ao arripio (sic) de sua vontade” (fl. 6).

Assevera que a sentença causa lesão à ordem e à economia pública, na medida em que os milhares de municípios inocentes serão prejudicados com a suspensão de recursos federais; que a Assembleia Legislativa do Maranhão nem mesmo foi arrolada no polo passivo da ação, embora interfira de forma direta no presente caso, tendo em vista sua omissão, reconhecida pelo prolator do ato judicial impugnado, em editar a lei estadual, situação que causa violação ao princípio da separação dos Poderes.

Decido.

A suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992 e no art. 15 da Lei 12.016/2009 é medida de contracautela concedida tão somente para evitar que, do cumprimento da decisão de primeira instância, resulte grave lesão à ordem, à economia, à segurança e/ou à economia públicas. Admite-se, eventualmente, um mínimo de delibação da controvérsia subjacente ao processo principal para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido.

Na hipótese, consta da decisão impugnada que:



[...]

O Município demandado apresentou cópia do decreto Legislativo 3/2013, aprovado por sua Câmara Municipal, que modifica para “Ribeirãozinho” o nome do referido ente político, e afirmou haver encaminhado cópia do mesmo ato à Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão, à qual compete, no seu entender, editar nova lei estadual efetuando, assim, a retificação ordenada na decisão antecipatória da tutela; também argumentou que, face à inércia da Assembleia Legislativa, permanece impedido de receber repasses de recursos federais, razão pela qual requereu que os entes federais e estaduais sejam instados a desbloquear tais recursos até ulterior deliberação.

Com vistas dos autos, o MPF pugnou pelo julgamento antecipado da lide e propôs a expedição de ofício à Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão, exortando-a a superar a mora cogitada pelo Município, tendo em vista as consequências negativas da suspensão de repasses para os municípios atingidos.

[...]

Mais adiante, asseverou o magistrado:

[...]

No tocante à prorrogação requerida pelo Município, merece acolhida; primeiro porque a edilidade comprovou haver adotado todas as medidas ao seu alcance para cumprir o comando judicial; depois, como demonstrou o próprio Ministério Público Federal, a retificação toponímica ainda não foi ultimada exclusivamente em função de mora da Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. Não é razoável, por conseguinte, que o Município e a respectiva população permaneçam indefinidamente penalizados com a suspensão do repasse de recursos federais em decorrência da inércia de terceiro.

Vê-se, pois, que o município já tomou todas as providências que lhe competiam para o cumprimento da tutela antecipada, concernente à modificação do seu nome (de Governador Edison Lobão para *Ribeirãozinho*), aprovando o Decreto Legislativo Projeto de Decreto Legislativo 003/2013 (fl. 44).

No entanto, mesmo cabendo à Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão a competência para a promulgação do decreto, bem como dos atos necessários à alteração em questão, o repasse de recursos federais à municipalidade poderá ser suspenso, findo o prazo estipulado no comando jurisdicional ora impugnado.

Tal o contexto, a meu ver, a tutela antecipada ora vergastada tem o condão de acarretar grave prejuízo à ordem e à economia pública, visto que o requerente terá de arcar com o ônus imposto pelo juízo *a quo*, perdendo importante parcela de recursos para fazer frente às inúmeras necessidades suas e de seus municípios, caso a omissão supostamente perpetrada pela Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão permaneça para além do prazo estipulado no comando jurisdicional em exame.

Isso posto, *defiro* o pedido de suspensão, a fim de afastar a execução da decisão, relativamente à suspensão da remessa de verbas ao Município de Governador Edison Lobão pela União, sem prejuízo do cumprimento dos demais pontos da decisão impugnada.

Intimem-se. Comunique-se, com urgência, ao juízo requerido.

Junte, o requerente, no prazo de 10 (dez) dias, cópias da inicial da Ação Civil Pública 6616-24.2013.4.01.3701 e da primeira tutela antecipada concedida. Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 8 de julho de 2014.

Desembargador *Federal Cândido Ribeiro*, Presidente.

### Agravo de Instrumento 0050108-14.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca  
 Agravante: Pedro Rogério Melo de Lima  
 Advogados: Dr. Márcio Luiz Rabelo e outros  
 Agravado: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil  
 Advogados: Dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Junior e outros  
 Agravada: Fundação Universidade de Brasília – FUB  
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
 Publicação: e-DJF1 de 18/07/2014, p. 567 - 568

## Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Pedro Rogério Melo de Lima em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que determinou o arquivamento definitivo dos autos do Mandado de Segurança 0043892-27.2010.4.013400/DF, ao argumento de “cumprimento integral das obrigações contidas na decisão judicial pelas entidades impetradas.” (fl. 617).

O agravante pugna pela

[...] apreciação do presente agravo pelo E. Tribunal Federal para que seja concedido o efeito suspensivo recursal a fim de se evitar extinção do processo de cumprimento de sentença, enquanto aguarda-se o seu julgamento deste agravo e, no mérito, após o processamento das informações solicitadas, seja julgado procedente para determinar que seja feita nova correção da prova, nos moldes como determinado em sentença.

Sustenta que,

[...] agora, é o momento processual oportuno para efetivação e cumprimento da sentença, o que se requer, devendo ser observado tudo o que aqui exposto, em especial a inovação de critérios com o fito de mais uma vez alijar o autor de seus direitos, e, com fulcro no art. 129, do CCB, que seja declarado que o impetrante logrou êxito na prova, considerando-se atingida a nota máxima por item impugnado, e por consequência, seja a impetrada OAB compelida a realizar a inscrição do impetrante em seus quadros. (cf. fls. 15-16).

Em maio/2014, o ilustre Juiz Federal Ronaldo Desterro, convocado, ao apreciar o pedido de efeito suspensivo, visando evitar a extinção do feito, determinou, por cautela, a suspensão da “*determinação de arquivamento definitivo do mandamus até ulterior deliberação.*” (cf. fl. 766).

Resposta da OAB, sustentando a realização da revisão ordenada, mesmo antes da decisão proferida em sede de remessa oficial.

É o relatório.

O presente incidente recursal merece prosperar. Senão vejamos:

No tocante aos processos seletivos públicos, reconheço que é vedado ao Poder Judiciário substituir-se aos membros da comissão examinadora na formulação e na avaliação de mérito das questões, especialmente, relacionadas a certames. Contudo, a jurisprudência pátria tem admitido, excepcionalmente, a impetração de mandado de segurança, na hipótese de reconhecimento pelo Poder Judiciário de erro material e de incorreção na contagem de pontos e flagrante ilegalidade, por ausência de observância às regras previstas no edital, conforme se verifica dos seguintes julgados, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - EXAME DE ORDEM (OAB-MT) - REEXAME DE QUESTÕES DE PROVA - SENTENÇA CONCESSIVA - REGISTRO REALIZADO - SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA: REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA. 1. O entendimento desta Corte, na linha da jurisprudência dos Tribunais Superiores, é no sentido de que ao Poder Judiciário é vedado substituir-se aos membros da comissão examinadora na formulação e na avaliação de mérito das questões e atribuições de notas por ela estabelecidas, limitando-se, sua interferência, ao exame da legalidade do edital e do procedimento administrativo.

2. O reconhecimento pelo Poder Judiciário de erro material e de incorreção na contagem de pontos autoriza a atribuição dos pontos ao impetrante, em atenção ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital.

3. A despeito da decisão judicial que, corrigindo erro material, determinou a majoração da nota, o impetrante não logrou êxito no certame, permanecendo inabilitado na prova prático-profissional do Exame de Ordem 2008.2. 4. Remessa oficial não provida. 5. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 10 de julho de 2012, para publicação do acórdão.

(REOMS 0003220-90.2009.4.01.3600/MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p. 708 de 20/07/2012)

MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME DA ORDEM. CARÁTER DISCURSIVO DE QUESTÕES DA PROVA SUBJETIVA. INADEQUAÇÃO AO EDITAL E AO PROVIMENTO 109/2005. ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. EXCEPCIONALIDADE. SENTENÇA CONCESSIVA DA SEGURANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA. CONSOLIDAÇÃO PELO TEMPO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

1. Segundo o entendimento desta Corte, na esteira da diretriz do colendo Superior Tribunal de Justiça, em regra, não cabe ao Poder Judiciário, quando se tratar de processos seletivos públicos (exame da OAB, inclusive), julgar procedimentos de avaliação e de correção das questões das respectivas provas, uma vez que se trata de competência da banca examinadora, salvo quando ocorrer, na realização do certame, alguma ilegalidade no procedimento. Nesse sentido, confirmam-se: “STJ - AgRg no RMS 26.999/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 23/03/2009; STJ - RMS 21.617/

ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 16/06/2008; TRF/1ª Região - MS 0062715-98.2009.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, Corte Especial, e-DJF1 p.146 de 20/09/2010"

2. Sobre a controvérsia posta nestes autos, o MMº Juízo a quo, ao conceder a segurança pleiteada, reconheceu a existência de flagrante ilegalidade, relativamente à adequação da questão da prova subjetiva (questão n. 5) ao Edital, asseverando: "Na linha do que acima foi exposto, penso que é possível, excepcionalmente, a análise judicial dos critérios adotados pela comissão para a correção de questões, desde que se demonstre que a comissão violou os princípios constitucionais e administrativos, como por exemplo, agiu com desvio de finalidade ou utilizou critérios completamente teratológicos na correção das questões. No caso em exame, é importante esclarecer que a cognição empreendida não implicará exame dos critérios de correção adotados pela banca examinadora, limitando-se à verificação do aspecto da legalidade, no tocante à adequação das questões propostas ao edital do certame, bem da legalidade do arredondamento das notas."

3. De fato, na hipótese vertente, compulsando os autos, verifica-se que o MM. Juízo a quo anulou a questão n. 5, por ilegalidade. A matéria exigida (dissertação das características do trabalho forçado e do trabalho degradante) não pode ser enquadrada como situação-problema expressamente prevista no Provimento n. 109/2005 e no Edital 3.5.1.2.

4. Assim, se a Comissão concedeu ao impetrante, na questão n. 5, nota 0,30 (trinta décimos) e a pontuação total do quesito é de 1,0 (um ponto), a nota da impetrante foi de 5,2 para 5,9, o que provocou o arredondamento para 6,0, nos termos do Edital e do Provimento do certame.

5. Portanto, nos termos da orientação desta egrégia Corte, na esteira da jurisprudência do colendo STJ, excepcionalmente, na hipótese de flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público, no caso, exame de ordem, que possa causar dúvida, bem como ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Poder Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade, como é o caso sub judice. Nesse sentido: "Excepcionalmente, havendo flagrante ilegalidade de questão de prova de concurso público que possa causar prejuízo aos candidatos, o que não é o caso dos autos, bem como ausência de observância às regras previstas no edital, o que também não é o caso, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade." (AMS n. 00547078320104013400/DF, Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, 6ª Turma, decisão: 24/06/2013, publicação: 04/07/2013, p. 119) (grifei)

6. Ademais, consoante informação obtida na OAB/TO, verifica-se que o impetrante já se encontra inscrito como advogado nos quadros da OAB - Seccional do Estado do Tocantins, Subseção de Palmas, sob o nº 4367. Logo, a situação fática exauriente constituída pelo provimento jurisdicional consolidado pelo tempo recomenda a manutenção da liminar deferida. (AMS 0006264-70.2007.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.128 de 25/02/2011; REOMS 0019497-93.2009.4.01.3500/GO, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, e-DJF1 p.155 de 12/03/2012).

7. Apelação e remessa oficial não providas. Sentença mantida.

(AMS n. 2008.43.00.007508-0/TO, Relator Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, 7ª Turma, decisão: 06/08/2013, publicação: DJF1 de 16/08/2013, p. 313)

Com efeito, o reconhecimento pelo Poder Judiciário de existência de erro material e de incorreção na contagem de pontos autoriza até mesmo a atribuição dos pontos ao impetrante, em atenção ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital e à planilha de correção, razão pela qual não há falar em intervenção judicial no critério de correção de provas ou na atribuição de notas estabelecidas pela banca examinadora.

De fato, na hipótese vertente, pela alteração da nota atribuída pela banca examinadora, após o comando judicial proferido no *mandamus*, que determinou a reavaliação da prova do impetrante, passando a pontuação dos quesitos avaliativos da prova discursiva de 0 (zero) para 2.7 (dois ponto sete), percebe-se nitidamente erro material na nota atribuída à peça processual do agravante. Veja-se, a título de exemplo:

No tocante ao item 2.4 da planilha de correção, verifica-se que o agravante atendeu integralmente às exigências do quesito avaliado, formulando adequadamente os pedidos de citação da União, de confirmação da liminar e final (de procedência do pleito), o que denota a observância integral, no tópico, dos parâmetros estabelecidos no espelho de correção da OAB/Cespe. Todavia, a reavaliação da banca atribuiu ao impetrante, neste aspecto, pontuação (1.0), inferior à máxima prevista (1.5), afastando-se, por conseguinte, dos critérios objetivos previstos. Assim, somente aí, constata-se a diferença de 0,5 ponto subtraído do candidato, por erro material.

Ressalte-se que, embora tenham sido anexados aos autos os argumentos da banca examinadora para a obtenção do resultado de reanálise da peça processual, não houve o regular processamento das regras estabelecidas no Edital de Abertura do Exame de Ordem Unificado 2010.1, uma vez que a efetivação de nova apreciação impõe obediência aos ditames fixados pelo citado normativo e à planilha de correção ofertada pelo Cespe/OAB, o que não ocorreria no caso em reexame.

Dizer que o candidato não formulou os pedidos de citação da União, de confirmação da liminar e de procedência do pleito não condiz com a realidade de fl. 651. Houve também pedido de produção de provas, de restituição do indébito devidamente atualizado (correção monetária e juros, se o caso) e de condenação da ré nas verbas de sucumbência. Portanto, preenchidos todos os aspectos da planilha de fl. 473 – item 2.4. O erro é manifestamente material.

Com efeito, constata-se que a reavaliação das questões pela banca examinadora, realizada antes do julgamento da multicidadada remessa oficial, não observou o comando judicial expedido (anulação do ato que atribuiu nota zero à prova prático-profissional do impetrante, e a realização de nova correção do referido exame à luz dos critérios e para os fins previstos no ato convocatório do certame, com direito a recurso administrativo da nova avaliação) e os critérios estabelecidos no respectivo espelho da prova, oportunizando ao candidato disputar o exame de maneira isonômica com os demais inscritos, o que por si só justifica uma nova reavaliação, com a correção, inclusive, do erro material apontado acima (que já acresce 0,5%).

Assim sendo, *dou provimento, em parte*, ao presente agravo de instrumento (art. 557, § 1º-A, CPC c/c o art. 29, XXV, RI) para determinar que seja realizada nova avaliação da prova prático-profissional *do agravante* no Exame de Ordem 2010.1, com efetiva incidência dos critérios objetivos previstos no edital e no espelho de prova aplicado a todos os candidatos, em cumprimento à decisão transitada em julgado (Reexame Necessário 0043892-27.2010.4.01.3400/DF).

Em consequência, fica ordenada a *abertura de novo prazo para apresentação de recurso administrativo pelo agravante*, tendo em vista que o ato anulado foi a correção original da prova. Logo, a reavaliação administrativa procedida com erro material não supre o direito da parte em apresentar seu regular recurso administrativo.

Int. Dil. legais.

Brasília, 14 de julho de 2014.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

**Numeração única: 0003619-85.2010.4.01.3600**

**Apelação Cível 2010.36.00.002659-0/MT**

Relator:	Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Apelante:	Conselho Administrativo da Área Comunitária Agrovila Bojui – CCPA
Advogado:	Dr. Éder Pereira de Assis
Apelantes:	Luiz Jorge Piccini e cônjuge
Advogados:	Dr. Pérsio Oliveira Landim e outros
Apelados:	os mesmos
Assistente litisconsorcial:	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação:	e-DJF1 de 17/07/2014, p. 159 - 160

### Decisão

Por intermédio da petição de fls. 743 e segs., a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Mato Grosso requer a sua intervenção no feito como assistente simples dos autores desta ação de reintegração de posse, Conselho Administrativo da Área Comunitária Agrovila Bojui – CCPA e outros.

2. Argumenta, em síntese, que, apesar do valor dado à causa – 5.211.767,01, a sentença que julgou procedente o pedido arbitrou honorários em quantia inferior a 1% sobre esse valor; que pretende a intervenção no feito na defesa dos interesses dos advogados; e que a fixação de honorários sucumbenciais em valor aviltante viola o art. 20, § 3º, do CPC.

Autos conclusos. Decido.

4. Consoante o art. 50 do CPC, “*Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la*”.

5. Já o art. 54 preceitua que “*Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido*”.

6. Vale dizer, assim, que, para que seja admitido o ingresso do assistente no feito, faz-se necessária a demonstração de que a decisão a ser proferida poderá influir em sua esfera jurídica, não bastando, para tanto, o mero interesse econômico.

7. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL EM VARA FEDERAL - INTERVENÇÃO (ASSISTÊNCIA SIMPLES): OAB/DF - AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. 1. Não há justificativa para a intervenção da OAB/DF como assistente simples em matéria de verba honorária, porque direito individual disponível do advogado, não caracterizando, portanto, o interesse jurídico institucional. Até porque o mero interesse em que a verba honorária seja fixada em valor compatível exsurge como interesse econômico. 2. O acolhimento da exceção de pré-executividade (conquanto modalidade atípica de defesa) em execução fiscal induz a condenação da exequente em honorários advocatícios. Jurisprudência dominante no STJ. 3. Questão de Ordem (ingresso da OAB/DF na lide como Assistente Simples) rejeitada. Apelação provida: diante do valor cobrado na EF (R\$ 104.379,68), da resistência da exequente em cancelar a CDA cobrada e sem afastar o fato de que ela cobrou créditos com a exigibilidade suspensa, majoro os honorários advocatícios para 10% (dez por cento) do valor da causa. 4. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 28 de agosto de 2012, para publicação do acórdão. (AC 0037402-28.2006.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL RICARDO MACHADO RABELO (CONV.), SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p. 663 de 06/09/2012.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. ASSISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A assistência supõe interesse jurídico, não podendo ser admitido como assistente simples ou litisconsorcial que revela unicamente interesse econômico. 2. Agravo regimental da UNICOF improvido. (AGA 0019832-73.2008.4.01.0000/DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.910 de 18/05/2012.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - INGRESSO NA LIDE NA QUALIDADE DE ASSISTENTE LITISCONSORCIAL - ARTS. 50 C/C 54 DO CPC - INTERESSE JURÍDICO - INEXISTÊNCIA - INTERESSE PURAMENTE ECONÔMICO - ASSISTÊNCIA EM PROCESSO DE EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE - AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. I - Em consonância com os arts. 50 c/c 54 do Código de Processo Civil, o ingresso de terceiros na lide, na qualidade de assistente, é possível desde que a sentença a ser prolatada nos autos seja capaz de interferir na relação jurídica com adversário do assistido. In casu, o interesse do agravante se resume a mero interesse econômico, insusceptível, portanto, de respaldar o instituto da assistência requerida. II - A intervenção de terceiro como assistente, na modalidade simples ou litisconsorcial, demanda a presença de interesse jurídico na vitória do assistido, não bastando que o interesse seja econômico ou de fato. Entendimento pacífico na jurisprudência desta Corte e na do Superior Tribunal de Justiça. III - Impossibilidade de ingresso de terceiro como assistente em processo executivo, ante a inexistência de julgamento de mérito. A assistência é incompatível com processo de execução, salvo nos embargos devedor, que não é o caso dos autos. IV - Agravo de Instrumento improvido. (AG 0056506-79.2010.4.01.0000/PA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUETE MAGALHÃES, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL MURILO FERNANDES DE ALMEIDA (CONV.), TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p. 1.029 de 27/04/2012.)

8. No caso, não vejo em que medida a decisão que arbitrou os honorários de sucumbência em R\$ 50.000,00 poderia interferir na esfera jurídica da OAB/MT, já que se trata de direito individual e disponível do advogado.

9. Com efeito, na mesma medida em que o valor arbitrado possa, em tese, ser considerado insatisfatório para o advogado dos autores, para o causídico dos réus tal quantia pode ser tida como exorbitante, motivo pelo qual a OAB/MT não pretende a defesa institucional de toda a classe dos advogados, mas sim de advogado específico, a caracterizar apenas interesse econômico e que não autoriza a intervenção no feito a título de assistente simples, senão vejamos dos seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE INGRESSO NA CAUSA NA CONDIÇÃO DE ASSISTENTE. CONSELHO FEDERAL DA OAB. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO.

1. ‘O interesse corporativo ou institucional do Conselho de Classe em ação em que se discute tese que se quer ver preponderar não constitui interesse jurídico para fins de admissão de assistente simples com fundamento no artigo 50 do Código de Processo Civil’ (AgRg nos EREsp 1.146.066/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/05/2011). Precedentes.

2. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no AgRg na PET nos EREsp 1226946/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/10/2013, DJe 10/10/2013.)

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA SIMPLES. ART. 50 DO CPC.

INDEFERIMENTO. INTERESSE JURÍDICO NÃO DEMONSTRADO.



I - A lei processual exige, para o ingresso de terceiro nos autos como assistente simples, a presença de interesse jurídico, ou seja, a demonstração da existência de relação jurídica integrada pelo assistente que será diretamente atingida pelo provimento jurisdicional, não bastando o mero interesse econômico, moral ou corporativo.

II - A falta de demonstração pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB - do necessário interesse jurídico no resultado da demanda, inviabiliza o seu ingresso no feito como assistente simples.

III - Agravo regimental não provido. (AgRg na PET nos EREsp 910.993/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2012, REPDJe 19/02/2013, DJe 01/02/2013.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE COBRANÇA. SÚMULAS N<sup>os</sup> 5 E 7/STJ. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA FORMULADO PELA OAB. ARTIGO 50 DO CPC. INTERESSE INDIVIDUAL DE APENAS UM DE SEUS ASSOCIADOS. INDEFERIMENTO.

1. O interesse na defesa de direito que repercute apenas na esfera individual direta do associado não é suficiente para deferir o pedido da OAB como assistente.

2. Ao decidir a questão à luz do contrato de prestação de serviços coligido nos autos, o tribunal de origem decidiu que a propositura da ação de cobrança contra o banco revela-se indevida, pois, no caso, o único que teria legitimidade para responder pelos honorários reclamados seria o advogado que substituiu a autora, ora agravante, na condução do processo executivo, que recebeu da ex adversa a totalidade da referida verba.

3. Rever tais conclusões encontra óbice insuperável nas Súmulas n<sup>os</sup> 5 e 7/STJ.

4. A agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, o qual se mantém por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 996.033/BA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDOS NO ACÓRDÃO ORA EMBARGADO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. LEVANTAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUSPENSÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ACERCA DO DOMÍNIO EM ANDAMENTO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 168 DA SÚMULA DESTA CORTE. DECLARATÓRIOS DO CONSELHO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NÃO CONHECIDOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO. INTERVENÇÃO COMO ASSISTENTE SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÕES NÃO VERIFICADAS NO ACÓRDÃO.

- Discutindo-se nos autos direito individual disponível pertencente, exclusivamente, aos advogados que trabalharam no feito expropriatório e que interpuseram os embargos de divergência, não se pode admitir a intervenção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB como assistente, com base no art. 50 do Código de Processo Civil, porque ausente o indispensável "interesse jurídico". O mero interesse lato sensu de que a jurisprudência desta Corte se modifique não viabiliza a intervenção e a legitimidade recursal para opor declaratórios.

- A questão invocada relativa à coisa julgada - mérito recursal - não poderia mesmo ser enfrentada no acórdão ora embargado, tendo em vista que não foi preenchido o requisito necessário ao efetivo conhecimento dos embargos de divergência - dissídio jurisprudencial atual.

Embargos de declaração do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB não conhecidos e embargos de declaração dos demais embargantes rejeitados. (EDcl nos EREsp 650.246/PR, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 06/08/2012.)

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL EM VARA FEDERAL - INTERVENÇÃO (ASSISTÊNCIA SIMPLES): OAB/DF - AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. 1. Não há justificativa para a intervenção da OAB/DF como assistente simples em matéria de verba honorária, porque direito individual disponível do advogado, não caracterizando, portanto, o interesse jurídico institucional. Até porque o mero interesse em que a verba honorária seja fixada em valor compatível exsurge como interesse econômico. 2. O acolhimento da exceção de pré-executividade (conquanto modalidade atípica de defesa) em execução fiscal induz a condenação da exequente em honorários advocatícios. Jurisprudência dominante no STJ. 3. Questão de Ordem (ingresso da OAB/DF na lide como Assistente Simples) rejeitada. Apelação provida: diante do valor cobrado na EF (R\$ 104.379,68), da resistência da exequente em cancelar a CDA cobrada e sem afastar o fato de que ela cobrou créditos com a exigibilidade suspensa, majoro os honorários advocatícios para 10% (dez por cento) do valor da causa.. 4. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 28 de agosto de 2012, para publicação do acórdão. (AC 0037402-28.2006.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL RICARDO MACHADO RABELO (CONV.), SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.663 de 06/09/2012.)

10. Ademais, a questão referente aos honorários sucumbenciais foi objeto de apelação interposta pela parte-autora, motivo pelo qual a matéria será objeto de apreciação no momento devido, caso o recurso ultrapasse o juízo de admissibilidade.

Pelo exposto, *indefiro* o pedido de ingresso da OAB/MT na lide como assistente simples dos autores.

Publique-se. Intimem-se.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

## Agravamento de Instrumento 0027841-14.2014.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian  
 Agravante: União Federal  
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
 Agravado: Ministério Público Federal  
 Procurador: Dr. Felipe A. Bogado Leite  
 Publicação: e-DJF1 de 16/07/2014, p. 385 - 386

## Decisão

O Ministério Público Federal, por intermédio da Procuradoria Regional da República da 1ª Região, formula pedido de reconsideração em face da decisão de fls. 532-538, que deferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento e suspendeu os efeitos de decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso na Ação Civil Pública 4546-12.20144013600/MT, no seguinte teor:

[...]

1 - determinar ao INDEA e ao Estado de Mato Grosso obrigação de não fazer, a saber, não expedir autorizações de aplicação de agrotóxicos que contenham a substância denominada benzoato de emamectina, devendo indeferir a emissão do termo de autorização de aplicação, inclusive quanto aos pedidos já feitos (informados no OF. PRES. CDSV. Nº 486/2014); (II) suspender os efeitos de todas as autorizações de aplicação de agrotóxicos que contenham a substância denominada benzoato de emamectina concedidas pelo INDEA; (III) determinar que o INDEA promova a apreensão e recolhimento de todos os agrotóxicos contendo benzoato de emamectina, o INDEA e os demais órgãos do Estado de Mato Grosso deem cumprimento às determinações contidas na legislação, notadamente: a) fiscalizando e impedindo a entrada em território mato-grossense, a comercialização, o armazenamento e o uso de agrotóxicos que contenham em sua composição o benzoato de emamectina; b) apreendendo todos os produtos à base do benzoato de emamectina encontrados no Estado de Mato Grosso, inclusive aqueles que foram objeto das autorizações de aplicação expedidas; c) lavrando os devidos autos de infração e adotando as demais providências administrativas cabíveis;

2 – determinar ao INDEA e ao Estado de Mato Grosso, quanto à apreensão dos agrotóxicos, que os produtos já presentes em território mato-grossense sejam recolhidos em local adequado, evitando que os biocidas sejam deixados sob a responsabilidade de seus adquirentes ou de seus fornecedores, como forma de garantir o efetivo cumprimento da tutela de urgência, até a prolação da decisão final de mérito nesta demanda. Para tanto, deve o INDEA indicar a relação dos distribuidores – e sua localização – que já obtiveram a autorização de importação e de aplicação de agrotóxicos e afins que contenham o ingrediente ativo benzoato de emamectina no Estado de Mato Grosso; e

3 – determinar ao INDEA e ao Estado de Mato Grosso, para controle judicial do cumprimento da decisão liminar, que juntem aos autos, no prazo de 30 (trinta) dias, provas da efetiva realização das providências impostas, inclusive cópias das autorizações de importação e de aplicação já expedidas e dos atos administrativos correlatos.

[...]

2. Sustenta, em síntese, que “[...] a liberação do agrotóxico em questão, não está em conformidade com a análise técnica da ANVISA, do IBAMA e da CTI, do Decreto federal n. 8.133, de 28/10/2013, do § 3º, art. 6º da Lei 7.802/1989 c. § 4º do art. 53 da Lei 12.873/2013”; que “A liberação da importação de agrotóxico, ainda que em caráter emergencial, mesmo que não sujeito a registro, não pode ser autorizada para o benzoato de emamectina. Isto porque a Lei 12.873/2013, que regula a matéria, no seu art. 53, § 4º, é contundente no sentido de que ‘não poderão ser concedidas a produtos agrotóxicos e afins que causem graves danos ao meio ambiente’” e que “[...] não será dada anuência a produtos que já tiverem seu uso proibido com base no § 6º do art. 3º da Lei n. 7.802. de 11/07/1989”; que os estudos e o parecer técnico da Anvisa demonstram a alta toxicidade da substância para o meio ambiente e a saúde humana; que a Embrapa reconhece a existência de outras moléculas capazes de controlar a proliferação da praga; que o relatório do Mapa confirma se tratar de produto neurotóxico, que atua nos canais de cloro do sistema nervoso; que a solicitação de importação de 63 toneladas do produto se mostra desarrazoada, pois a dose proposta é de apenas 10 a 14g/ha, podendo haver apenas uma reaplicação; que, segundo a jurisprudência deste Tribunal, havendo divergência sobre os efeitos à saúde, deve prevalecer os fundamentos técnicos da agência competente; e que o Paraguai suspendeu

temporariamente o uso e comercialização do produto, que entrava ilegalmente no Brasil pela fronteira com aquele País.

Autos conclusos. *Decido.*

4. Muito embora considere relevantes as razões do inconformismo do órgão ministerial, tais argumentos não são suficientes para infirmar os fundamentos da decisão que deferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo neste agravo.

5. Quanto ao primeiro argumento, a decisão de fls. 532-538 é clara quando afirma que a importação do produto está amparada no art. 52 da Lei 12.873/2013, o qual autoriza o Poder Executivo a “[...] declarar estado de emergência fitossanitária ou zoossanitária, quando for constatada situação epidemiológica que indique risco iminente de introdução de doença exótica ou praga quarentenária ausente no País, ou haja risco de surto ou epidemia de doença ou praga já existente”, e no art. 53, *caput*, inciso II, no sentido de que

*Fica a instância central e superior do Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária de que trata o § 4º do art. 28-A da Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, autorizada, nos termos do regulamento, em caráter extraordinário, a anuir com a importação e a conceder autorização emergencial temporária de produção, distribuição, comercialização e uso, quando declarado estado de emergência fitossanitária ou zoossanitária de: - II - agrotóxicos e afins [...].*

6. Assim, tem-se que a importação emergencial e extraordinária do agrotóxico não está regida pelas normas citadas pelo agravado, mas sim pela Lei 12.873/2013, que trata do regime diferenciado de importação, comércio e utilização de agrotóxico, quando declarado estado de emergência fitossanitária e zoossanitária.

7. E esse é exatamente o caso em comento, em que se constata um surto da lagarta *helicoverpa armigera* nas lavouras de soja e algodão, motivo pelo qual o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – Mapa declarou o estado de emergência fitossanitária e autorizou a importação e utilização emergencial do produto, utilização essa, inclusive, que não fica ao livre arbítrio dos produtores, mas que deve obedecer a regulamentação da Secretaria de Defesa Agropecuária. A partir dessa autorização é que os órgãos estaduais responsáveis, como o Instituto de Defesa Agropecuária do Estado de Mato Grosso – Indea, devem atestar a necessidade de utilização do produto nos respectivos estados.

8. Por outro lado, apesar dos estudos da Anvisa citados pelo Ministério Público Federal, os estudos da Embrapa citados na decisão de fls. 532-538 recomendaram a sua utilização, como forma de se evitar a ocorrência de resistência a um só produto, bem como os possíveis prejuízos à agricultura brasileira com a quebra da lavoura em decorrência da infestação da praga, o que causaria prejuízos tanto à economia como à política agrícola pela possível escassez do produto no mercado, tendo, ainda, reflexos negativos diretos na balança de pagamentos do País.

Pelo exposto, *indefiro* o pedido de reconsideração e mantenho a decisão de fls. 532-538 por seus próprios fundamentos.

Publique-se. Intime-se novamente o agravado, Ministério Público Federal, por intermédio da Procuradoria da República no Estado de Mato Grosso, e dê-se nova vista ao Ministério Público Federal nesta instância.

Brasília-DF, 11 de julho de 2014.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

### Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0039756-60.2014.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Presidente  
Requerente: União Federal  
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
Requerido: Juízo Federal da 2ª Vara – DF  
Autora: Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres – Abrace  
Publicação: e-DJF1 de 06/08/2014, p. 208 - 210

## Decisão

A União requer, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, a suspensão da execução das tutelas antecipadas concedidas, nos autos das Ações Ordinárias 37509-97.2014.4.01.3400 e 26014-50.2014.4.01.3400, pelos juízes federais da 2ª e da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, determinando a suspensão dos efeitos da Portaria 455/2012, que dispõe sobre regra de comercialização de energia elétrica. (Decisões às fls. 169-165 e 170-176, respectivamente.)

Afirma que contra a decisão proferida na Ação Ordinária 26014-50.2014.4.01.3400, ajuizada pela Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia – Abaceel, foi interposto o Agravo de Instrumento 0024389-93.2014.4.01.0000/DF. No entanto, o relator negou seguimento ao recurso, mantendo a decisão de 1º grau; e que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela na Ação Ordinária 37509-91.2014.4.01.3400, ajuizada pela Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livre – Abrace, foi deferido com fundamento na incompetência do Ministério de Minas e Energia para dispor sobre produção, fiscalização e comercialização de energia elétrica.

Sustenta, em síntese, que (fls. 46-47):

I) A Portaria MME 455/2012 foi expedida após longo período de estudos sobre o tema e ampla consulta de todos os agentes envolvidos, com a realização de audiências públicas onde participaram representantes do Ministério de Minas e Energia, da Empresa de Pesquisa Energética e associações e agentes do setor elétrico;

II) A obrigatoriedade do registro *ex ante* dos contratos de compra e venda de energia elétrica tem a finalidade de atender a várias finalidades, destacando-se a modicidade tarifária, a continuidade e qualidade na prestação do serviço, a justa remuneração aos investidores, de modo a incentivá-los a expandir o serviço, a universalização do acesso aos serviços de energia elétrica e do seu uso, o equilíbrio conjuntural e estrutural entre a oferta e a demanda da energia elétrica no País;

III) A Portaria MME 455/2012 não inova no ordenamento jurídico, mas apenas traz instruções para a execução e concretização do disposto nas Leis 10.848/2004 e 9.074/1995 e no Decreto 5.163/2004 não se tratando de simples regra de comercialização de energia elétrica, mas sim de normativa que busca ampliar a segurança e a racionalidade do setor elétrico nacional;

IV) Com o registro *ex ante* dos contratos de compra e venda de energia elétrica, os agentes vendedores que a comercializam no Ambiente de Contratação Livre (ACL) devem comprovar que possuem lastro de energia ou potência para garantir a totalidade dos seus contratos, ao passo que os agentes consumidores devem comprovar que está garantindo o atendimento de cem por cento de suas cargas, de modo a propiciar a segurança do modelo energético nacional e da estabilidade do mercado;

V) O Ministério de Minas e Energia dispõe de competência para a edição da Portaria MME 455/2012 dado que as regras veiculadas neste ato administrativo normativo têm como premissa a garantia da segurança energética nacional e a manutenção do equilíbrio conjuntural e energético no Brasil, sendo muito mais do que uma mera regra de comercialização, sendo a competência da pasta retirada da interpretação conjunta dos arts. 84, II, e 87, I, II e IV, da Constituição da República, c/c art. 27, XVI da Lei 10.683/2003 c/c Lei 10.848/2004 c/c o art. 2º do Decreto 5.163/2004 e art. 1º do Decreto 7.798/2012;

VI) As decisões liminares que sustaram os efeitos da Portaria MME 455/2012 coloca em risco a segurança de todo o setor elétrico nacional, sendo um incentivo à inadimplência dos contratantes de energia, indo de encontro à eficiência e ao planejamento estratégico do setor; e

VII) As decisões liminares, ao manterem o sistema de registro *ex post* contribui para a manutenção do *spread* (ágio) na negociação de energia elétrica, implicando num custo adicional da ordem de 850 milhões de reais, que se considerado o efeito de ficção com a inclusão dos comercializadores como compradores o benefício adicionado pode atingir a cifra de 1,6 bilhões de reais.

A suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992 e no art. 15 da Lei 12.016/2009 é medida de precaução concedida tão somente para evitar que, do cumprimento da decisão de primeira instância, resulte grave lesão à ordem, à economia, à segurança e/ou à economia públicas.

Não obstante seja vedado ao presidente do Tribunal a análise do mérito da decisão impugnada, admite-se, eventualmente, um mínimo de deliberação da controvérsia subjacente ao processo principal para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido.

Segundo consta dos autos, a Portaria 455/2012, do Ministério de Minas e Energia, determina que os registros e ajustes dos contratos de energia elétrica, que até então eram realizados mensalmente, ocorram semanalmente.

Determina ainda a portaria que tais registros sejam feitos de forma *ex ante*, vale dizer, antes do início do período de fornecimento. Até então, os contratos podiam ser registrados *ex post*, ou seja, posteriormente ao mês de consumo. Tal modelo permitia ao consumidor adquirir energia complementar caso em determinado mês o consumo viesse a ser superior ao já contratado no longo prazo. Para os geradores de energia, a venda *ex post* permitia a negociação de eventuais excedentes de geração, sem ter de liquidá-los no mercado de curto prazo da CCEE, ao valor do Preço de Liquidação das Diferenças (PLD).

Ao analisar os pedidos da Abraceel, associação que representa comercializadores de energia, e da Abrace, que por sua vez representa grandes consumidores industriais e consumidores livres de energia elétrica, tanto o Juízo da 2ª Vara Federal quanto o Juízo da 3ª Vara Federal entenderam que, a teor das disposições constantes das Leis 9.427/1996 e 10.848/2004 e do Decreto 5.163/2004, incumbe à Aneel regular, fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica e não ao Ministro das Minas e Energia, padecendo, portanto, a Portaria MME 455/2012 de vício formal de iniciativa, não entrando no mérito dos dispositivos da aludida norma.

É que, consoante dispõe o art. 2º da Lei 9.427/1996, “A Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do Governo Federal.

Por sua vez, o § 6º do art. 1º da Lei 10.848/2004 prevê que *a comercialização de energia elétrica* entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional – SIN, *dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, que será realizada nos termos da Convenção de Comercialização, a ser instituída pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel*, que deverá prever: I – as obrigações e os direitos dos agentes do setor elétrico; II – as garantias financeiras; III – as penalidades; e IV – as regras e procedimentos de comercialização, inclusive os relativos ao intercâmbio internacional de energia elétrica.

O Decreto 5.163/2004, que regulamenta, entre outras, a comercialização de energia elétrica, estabelece no seu art. 1º, § 1º, que a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel expedirá, em especial, os seguintes atos: I – a convenção de comercialização; II – as regras de comercialização; e III – os procedimentos de comercialização.

Sob o aspecto da legalidade da norma, do ponto de vista formal, em juízo de cognição sumária, o relator do Agravo de Instrumento 0024389-93.2014.4.01.0000/DF, com apoio no art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento ao recurso da União, por ser manifestamente improcedente, mantendo assim, a decisão de primeira instância.

Nesse contexto, não há falar em intromissão do Poder Judiciário nas atribuições da Administração Pública, uma vez que não houve exame do mérito do ato administrativo — conveniência e oportunidade —, mas tão somente a análise do ponto de vista da legalidade na norma.

Embora as decisões impugnadas não tenham emitido nenhum juízo a respeito do conteúdo da indigitada portaria, suspensa por vício formal, a requerente, além de arguir sua competência para a edição da norma, alega que as tutelas antecipadas colocam em risco a segurança de todo o setor elétrico nacional, por representarem um incentivo à inadimplência dos contratantes de energia, tendo em vista o novo modelo no mercado de energia elétrica, que a portaria pretende implantar.

As assertivas da requerente quanto aos benefícios da implantação da Portaria MME 455/2012, no entanto, enfrentam resistências, tanto dos vendedores quanto dos consumidores de energia elétrica, uma vez que, do ponto de vista do mercado, os agentes envolvidos acreditam que a nova sistemática aumenta a burocracia, os riscos e também o custo.



A implantação da polêmica Portaria parece não ter respaldo nem mesmo da equipe técnica da Aneel. A leitura da Nota Técnica 161/2013-SEM/Aneel<sup>1</sup> elaborada por ocasião da Audiência Pública 121/2013, objetivando obter subsídios para regulamentação da indigitada portaria, revela tal constatação.

De acordo com a Superintendência de Estudos de Mercado (SEM) da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a norma reflete a mudança brusca de direção, principalmente no que diz respeito à margem para contratação *ex post* como uma etapa de transição do mercado, sem que fosse “*precedida de consulta à Aneel, que se prestaria a mero ato protocolar e, pior, legitimador*”, acabando-se por “*suprimir completamente o legítimo exercício da competência legal da Aneel para regular a comercialização de energia elétrica, conforme expressamente previsto no § 6º do art. 1º da Lei 10.848/2004 e nos § 1º do art. 1º e art. 56 do Decreto 5.163/2004*”.

Em relação às mudanças relacionadas ao registro *ex ante*, extraio, para maior clareza, a conclusão da aludida nota técnica, colacionada aos autos pela Abrace (fls. 404-406):

135. *A Portaria 455/2012 extingue toda e qualquer contratação de energia de forma ex-post no ACL, a partir de 1º de fevereiro de 2014. Não é permitida, tampouco, a realização pelos agentes de ajustes (modulação) dos montantes mensais contratados e registrados/validados ex ante (salvo pelo ajuste automático ex post para contratos flexíveis somente para o consumo).*

136. *Assim, a Portaria procura induzir uma padronização de contratos no ACL que, pela legislação setorial, podem ser livremente negociados (mercado de balcão) pelos agentes e, pela lógica econômica, devem ser livremente negociados.*

137. *Consoante a Nota 098/2012-DOC/SPE-MME, o escopo do problema abrange a segurança de suprimento, a eficiência do mercado e a mitigação de risco de exposição financeira e inadimplência no âmbito da CCEE. Todavia, como se pode observar das seções anteriores desta Nota Técnica, não foi possível identificar motivação técnica para implementação dos comandos da Portaria 455/2012.*

138. *Tal motivação, como é cediço, deve ser a primeira questão levantada quando se faz a análise de impacto regulatório de um ato normativo a ser emitido pela Agência, hoje reconhecida como indispensável para novas regulamentações.*

139. *De início, transparece o fato que os principais problemas alegados, a saber, a inadimplência no Mercado de Curto Prazo - MCP e a sinalização correta para expansão, não são resolvidos ou sequer minimizados com o registro ex ante.*

140. *Outras perguntas deixaram de ser respondidas pelos defensores da proposta de registro ex ante: Alguma intervenção é necessária? Porque o Estado deveria estabelecer normas restritivas à operação do mercado livre. Qual o objetivo? Quais os principais grupos afetados pelo problema? Quais as causas do problema? Existem outras formas de intervenção menos onerosas? Quais são os objetivos e os efeitos esperados com a regulamentação?*

141. *Nesse diapasão, é a regulamentação da cessão de excedentes (Portaria 185/2013) o exemplo de medida que se mostra eficaz para prover o mercado de sinais econômicos favoráveis à expansão, na medida em que mitiga o risco de consumidores celebrarem contratos de longo prazo. E mais, não induz qualquer ineficiência com sua implementação.*

142. *Aliás, é indispensável observar que os relatórios de registros de contratos na CCEE (ACL) apontam que, em sua maioria, possuem vigência superior a dois anos, especialmente quando celebrados por consumidores.*

143. *Alega-se que a contratação ex ante provê um sinal econômico mais adequado à garantia do suprimento ou mesmo mais eficiência ao mercado. Uma contratação realizada com uma semana de antecedência seria capaz de angariar todo esse benefício ao mercado? E quantos mercados de commodity foram sedimentados sobre essa premissa da prévia e integral contratação?*

144. *Outro ponto a notar trata da possibilidade de pactuação ex ante de eventuais ajustes automáticos ex-post, pelo perfil de carga, que simplesmente introduz uma imprecisão que gera ineficiência, a ser naturalmente precificada. Não agrega segurança, mas apenas custos.*

145. *Sobre o registro de preços, tal proposta já foi estudada no passado, sendo possível concluir que não havia nenhuma evidência de que a publicação de índices de preços no ACL tenha o condão de acirrar a concorrência e induzir a redução de preços nesse ambiente, ou ainda de incentivar ou facilitar a migração de consumidores em potencial (Nota Técnica 081/2012-SEM/ANEEL, juntada ao Processo 48500.001962/2012-13).*

146. *Além disso, entendeu-se que dados de preços praticados na comercialização de energia elétrica têm natureza sensível, uma vez que podem revelar a estratégia comercial de compradores e vendedores. Assim, quando avaliados conjuntamente a outros dados de mercado disponíveis ao público em geral ou conhecidos por agentes atuantes em determinados nichos de mercado, podem também ser utilizados na inferência de tendências ou de estratégias daqueles para os quais a energia represente um insumo.*

<sup>1</sup> Nota Técnica 161/2013-SEM/ANEEL, de 18/12/2013, relativamente ao Processo 48500.005357/2013-01 – Análise das contribuições e propostas de fechamento para a Audiência Pública 121/2013. Portarias MME 445/2012 e 185/2013.

147. Por fim, constatou-se haver a efetiva possibilidade que a publicação de índices de preços pudesse acarretar efeitos indesejáveis para o mercado, como a indexação de contratos no ACL e a utilização dos índices para cartelização.

148. Infelizmente, uma nova onda de judicialização é esperada se for implementada a Portaria 455 em sua inteireza, certamente muito mais severa que a experimentada por ocasião da Resolução CNPE 3/2013. Especialmente porque os interesses que buscarão tutela jurisdicional, além da alegação uniforme (talvez unânime) de vícios atinentes à Portaria, em sua grande maioria estarão voltados ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro das centenas ou milhares de contratos bilaterais celebrados.

149. Mesmo que houvesse restrições na implementação, preservando-se os instrumentos contratuais já celebrados (conforme Parecer 624/13 da Procuradoria), seriam experimentados problemas outros:

i. duas “castas” de contratos a serem contabilizados no âmbito da CCEE, uma delas usufruindo da mais ampla flexibilidade, com toda a complexidade que isso representaria para as regras de comercialização;

ii. possível “surgimento” de incontáveis contratos bilaterais entre todos os agentes de mercado, entre a tomada de decisão pela ANEEL e sua publicação;

iii. inviabilidade de se comprovar se instrumentos contratuais foram realmente celebrados em data anterior à publicação; e

iv. os contratos celebrados anteriormente podem dispor sobre sua renovação, perpetuando a fruição da flexibilidade contratada. E se optar a ANEEL por sua afetação, após eventual renovação, provavelmente experimentar-se-ia o cenário descrito anteriormente, com as centenas ou milhares de ações judiciais.

150. Dessa forma, por todo o exposto, conclui-se pela necessidade de a ANEEL exercitar sua competência legal para regular a comercialização de energia elétrica, conforme expressamente previsto no § 6º do art. 1º da Lei 10.848/04 e nos § 1º do art. 1º e art. 56 do Decreto 5.163/2004.

151. Para tanto, entende-se necessário expedir Resolução Normativa atinente à regulamentação da cessão de montantes de energia elétrica e potência por consumidores, bem como deliberar sobre a inviabilidade do registro de preços e a possibilidade de registro/validação de montantes de energia elétrica ex post.

[...]

A abonar esses e outros motivos apresentados pela equipe técnica da Aneel desfavoráveis à implantação da Portaria em questão, a Abrace afirma, em memorial, que as liminares em questão implicam apenas na preservação de uma lógica de mercado praticada desde sempre e que o risco existente está justamente na aplicação da norma, com um cenário de conflito entre compradores e vendedores de energia no mercado brasileiro, uma vez que serão restringidas faculdades comerciais anteriormente contratadas e precificadas.

Segundo a Abrace, cujos associados respondem por quase 40% de toda a energia elétrica consumida no Brasil, ao contrário do que sustentou a União, “os impactos econômicos decorrentes de eventual aplicação da Portaria MME 455/2012 seriam desastrosos para os consumidores”, estimando prejuízos da ordem de R\$ 2,5 bilhões em 12 (doze) meses, colocando em risco a competitividade da indústria nacional e o desempenho das atividades produtivas no Brasil, isso porque, ao proibir a realização de ajustes *ex post*, exigindo-se a contratação e registro de todo o seu consumo de modo *ex ante*, os consumidores serão obrigados a comprar mais energia do que o necessário, para evitar “severas penalidades” pelo consumo de energia sem lastro contratual. Como consequência, o mercado enxergará a necessidade de contratação de maior volume energia, o que, mantida a oferta, ocasionará a elevação dos respectivos custos.

À luz de tais considerações, há indicação de que, contrariamente ao que afirma a requerente, a entrada em vigor da Portaria 455, de 2012, pode representar um risco maior ao mercado energético, o que sugere, ao menos por agora, a manutenção das decisões dos juízes da 2ª e 3ª Varas da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Ademais, como último argumento, o próprio Ministério de Minas e Energia não está seguro em atestar a grave lesão à ordem e à economia públicas, decorrente das liminares, eis que efetivamente vem postergando a vigência da portaria impugnada — a primeira para vigorar a partir de 1º/02/2014 e a segunda postergada para 1º/06/2014 —, conforme se vê às fls. 8-9, o que, por si só, desautoriza a conclusão imediata de prejuízo da ordem de 850 milhões de reais, como afirma a União.

Assim, a meu ver, não ficou, como deve ser, sobejamente comprovado pela requerente a alegada lesão à ordem e à economia pública, advinda da execução das decisões impugnadas.

Ante o exposto, *indefiro* o pedido de suspensão.

Intimem-se. Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 28 de julho de 2014.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, presidente.

**Agravo de Instrumento 0038062-56.2014.4.01.0000/DF**

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão  
 Agravante: Associação Nacional dos Analistas de Comércio Exterior – AACE  
 Advogados: Dr. Antônio Torreão Braz Filho e outros  
 Agravada: União Federal  
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
 Agravada: Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público – Funpresp – EXE  
 Publicação: e-DJF1 de 05/08/2014, p. 1.757-1.758

**Decisão**

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal, interposto pela Associação Nacional dos Analistas de Comércio Exterior – AACE contra a decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos de ação sob o rito ordinário ajuizada em desfavor da União e outra, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela objetivando assegurar que a opção dos analistas de Comércio Exterior pelo regime de previdência complementar seja retratável e revogável até o final da demanda, de modo que seja facultado aos servidores a possibilidade de aderir ao regime de previdência anterior antes do trânsito em julgado do feito, na hipótese de procedência da Ação Coletiva 11623-90.2014.4.01.3400.

A agravante alega, em síntese, que aos recém-nomeados analistas de Comércio Exterior deve ser estendida a faculdade manutenção do regime de previdência anterior quando estes, sem quebra de vínculo com a Administração Pública, deixaram cargo público estadual, municipal ou distrital e assumiram cargo público federal, após a vigência da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público – Funpresp–EXE, uma vez que o art. 40, § 16, da Constituição Federal não estabelece restrição quanto à natureza do vínculo contraído.

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.

Assim dispõe a Lei 12.618, de 30/04/2012, que institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais e dá outras providências:

Art. 1º É instituído, nos termos desta Lei, o regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal para os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União.

Parágrafo único. Os servidores e os membros referidos no caput deste artigo que tenham ingressado no serviço público até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar poderão, mediante prévia e expressa opção, aderir ao regime de que trata este artigo, observado o disposto no art. 3º desta Lei.

[...]

Art. 3º Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observado o

disposto na Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, aos servidores e membros referidos no caput do art. 1º desta Lei que tiverem ingressado no serviço público:

I - a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, independentemente de sua adesão ao plano de benefícios; e

II - até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, e nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e que exerçam a opção prevista no § 16 do art. 40 da Constituição Federal.

[...]

§ 8º O exercício da opção a que se refere o inciso II do caput é irrevogável e irretroatável, não sendo devida pela União e suas autarquias e fundações públicas qualquer contrapartida referente ao valor dos descontos já efetuados sobre a base de contribuição acima do limite previsto no caput deste artigo.

Por sua vez, o art. 40, §§ 14 a 16, da Constituição Federal estabelecem:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

A associação agravante sustenta que aos recém-nomeados analistas de Comércio Exterior apenas foi assegurada a opção pelo RGPS ou pelo benefício especial previsto no art. 3º, §§ 1º a 8º, da Lei 12.618/2012, não lhes tendo sido conferida a possibilidade de manter-se vinculados ao regime de previdência a que estavam anteriormente submetidos, quando ocupavam cargo público estadual, municipal ou distrital, e sem quebra de continuidade de vínculo com a Administração passaram à esfera federal, o que, a seu ver, vai de encontro ao disposto na Constituição, importando em malferimento do princípio da isonomia.

Com a interposição do presente recurso, a agravante pretende garantir o resultado útil do feito de origem e evitar prejuízos aos servidores associados, nomeados após a entrada em vigor do plano de previdência complementar instituído pela Lei 12.618/2012, que já detinham vínculo com o serviço público estadual, municipal e distrital.

A concessão de tutela de urgência se insere no poder geral de cautela do Juiz, tendo-se em conta que o processo efetivo é aquele em que se consegue não apenas reconhecer um direito material, mas também proporcionar ao seu titular o exercício desse direito em tempo hábil. E a tutela antecipada, espécie de tutela de urgência, é considerada, hoje, um dos principais instrumentos de concretização e realização da efetividade do processo e da tutela jurisdicional.

O poder geral de cautela, previsto no art. 798 c/c 461, § 5º, do CPC, deve velar pela garantia de realização justa e eficaz do processo, qual seja, a solução da lide em toda a sua extensão, com a entrega da prestação jurisdicional objetivada.

Na forma do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o poder geral de cautela conferido ao magistrado vem dotado de amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se aí a garantia da efetividade da decisão a ser proferida.

Isso posto, *dou provimento* ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, para, com fundamento no poder geral de cautela, assegurar aos analistas de Comércio Exterior vinculados à associação agravante, nomeados após a vigência do novo regime de previdência e que já detinham cargo público nas esferas estadual, municipal ou distrital e não tenham interrompido o vínculo para a assunção do cargo público federal, a

possibilidade de aderir ao regime de previdência a que estavam anteriormente submetidos, tornando a opção pelo regime de previdência complementar previsto na Lei 12.18/2012 retratável e revogável, até decisão final.

Publique-se.

Intime-se.

Comunique-se o teor desta decisão ao MM. juiz *a quo*.

Não havendo recurso, remetam-se os autos à vara de origem.

Brasília, 31 de julho de 2014.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

### Ação Rescisória 0008533-94.2011.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas (convocada)  
 Autora: União Federal  
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
 Ré: Afipea – Associação dos Funcionários do Ipea  
 Advogado: Dr. Antônio Torreão Braz Filho e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 05/08/2014, p. 1.709 - 1.712

## Decisão

Trata-se de agravo regimental interposto pela Associação dos Funcionários do Ipea – Afipea contra decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela da União para determinar a suspensão das execuções decorrentes do Mandado de Segurança 2000.34.00.022194-4, até o julgamento final da presente ação rescisória.

A decisão agravada fundamentou o indeferimento do pedido afirmando que

[...] o Ipea e apenas ele deve responder por ação na qual seus servidores inativos e pensionistas postulam o pagamento da Gratificação de Desempenho de Atividade do Ciclo de Gestão (GCG), criada pela MP 2.048/2000, no percentual de 50% do vencimento básico, afigurando-se ilegítima a presença da União no polo passivo de ação para responder por dívida alheia, relativa a servidores pertencentes a uma Fundação Pública (Ipea), que tem personalidade jurídica e orçamento próprios. (fls. 149-155 na rolagem única do processo digital)

Em seu agravo regimental, a associação ré se insurge contra os fundamentos da decisão agravada afirmando que “o Secretário de Recursos Humanos do MPOG era parte legítima a compor o polo passivo da demanda, já que era autoridade responsável pela implantação e confecção dos contracheques dos beneficiários do feito, bem como pelo efetivo pagamento dos vencimentos dos servidores públicos” (fls. 182-205).

Sustenta, em síntese: a) não haver perigo na demora a justificar o deferimento da antecipação da tutela; b) o deferimento da antecipação da tutela violou a garantia do contraditório e da ampla defesa; c) o entendimento contido na decisão agravada merece ser reformado porque “ainda que o Ipea tenha personalidade jurídica e orçamento próprios [...] a fundação apenas repassa os dados necessários à composição dos contracheques de seus servidores para que sejam pagos pela Secretaria de Recursos Humanos do MPOG”, uma vez que o Decreto vigente à época (3.224/1999) e os decretos que o sucederam assim estabelecem; d) cabível, na hipótese, a aplicação da teoria da encampação.

Pede, ao fim, a reconsideração da decisão agravada; sua reforma ou, sucessivamente, que seja obstado apenas o efetivo levantamento dos valores, dando-se continuidade, durante o trâmite da ação rescisória, do procedimento da execução já iniciado.

É o relatório.

Decido.

Na presente ação rescisória, a União alega que o acórdão rescindendo, ao não reconhecer a flagrante ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, teria violado diretamente o art. 267, inciso VI, do CPC, tendo em vista que o Instituto de Pesquisa Econômica



Aplicada – Ipea é uma fundação pública vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, dotada de personalidade jurídica própria e de quadro de pessoal próprio, distinto da União Federal.

Por essa razão, entende a autora que ela (por meio do secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, tendo em vista que os associados da impetrante, inativos e pensionistas, não integram a Administração Pública Federal direta, não mantendo com ela vínculo jurídico-funcional, devendo, por isso, o processo ser extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Afirma, ainda, que o diretor de Administração e Finanças do Ipea, conquanto vinculado às normas expedidas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no tocante ao cadastro e pagamento de seus servidores, é o responsável pela autorização e inclusão dos dados que serão utilizados no processamento respectivo.

Com tais argumentos, a autora pleiteou a concessão da tutela antecipada, uma vez que a subsistência do acórdão rescindendo permitirá que a União seja executada por dívida alheia, relativa a servidores pertencentes a uma fundação pública – Ipea, que tem personalidade jurídica e orçamento próprios.

Conforme relatado, a decisão agravada, da lavra do Des. Federal Néviton Guedes, deferiu o pedido de antecipação de tutela da União para determinar a suspensão das execuções decorrentes do Mandado de Segurança 2000.34.00.022194-4. Confira-se seu teor:

[...]

No caso, vislumbro plausibilidade jurídica do pedido postulado nestes autos, considerando que o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA é uma fundação pública, dotada de personalidade jurídica própria, distinta da União Federal, conforme o art. 190 do Decreto-Lei 200, de 25/02/67, com a redação dada pela Lei 8.029, de 12/04/90, e art. 1º do Decreto 60.457, de 10/03/67, assim redigidos, verbis:

Art. 190 – É o Poder Executivo autorizado a instituir, sob a forma de fundação, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, com a finalidade de auxiliar o Ministro de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento na elaboração e no acompanhamento da política econômica e promover atividade de pesquisa econômica aplicada nas áreas fiscal, financeira, externa e de desenvolvimento setorial.

Parágrafo único. O Instituto vincular-se-á ao Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento. (art. 190 do Decreto-lei nº 200/67).

[...]

Art. 1º Fica instituída a Fundação Instituto de Pesquisa Econômico-Social Aplicada (IPEA), vinculada ao Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, cujos estatutos são aprovados e com este baixam, assinados pelo atual Ministro Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica, face ao previsto no artigo 199, item I, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. (art. 1º do Decreto nº 60.457/67)

Cumprir, ainda, o art. 1º do Anexo I do Decreto 3.260, de 24/11/1999, que o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea é ‘fundação pública instituída nos termos do art. 190, do Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, com a redação dada pelo art. 15 da Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, com sede em Brasília, vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com prazo de duração indeterminado’.

À vista desses diplomas legais, forçoso concluir que o Ipea e apenas ele deve responder por ação na qual seus servidores inativos e pensionistas postulam o pagamento da Gratificação de Desempenho de Atividade do Ciclo de Gestão (GCG), criada pela MP 2.048/2000, no percentual de 50% do vencimento básico, afigurando-se ilegítima a presença da União no polo passivo de ação para responder por dívida alheia, relativa a servidores pertencentes a uma Fundação Pública (Ipea), que tem personalidade jurídica e orçamento próprios.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO DOS PROVENTOS - SERVIDORES INATIVOS DA FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA - AÇÃO AJUIZADA APENAS CONTRA A UNIÃO FEDERAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO.

I - Flagrante a ilegitimidade passiva ad causam da União Federal - única ré no feito - para responder por ação na qual servidores inativos da Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA - com personalidade jurídica própria e distinta da União Federal - postulam a condenação da União a retificar o cálculo de seus proventos.

II - Processo extinto, de ofício, nos termos do art. 267, VI e § 3º, do CPC.

III - Apelação dos autores prejudicada.

(AC 0065627-20.1999.4.01.0000/DF, rel. Juíza Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJ de 21/01/2002, p. 221)

Nessa linha de orientação, a execução promovida pelos associados da Associação dos Funcionários do Ipea apenas contra a União não pode prosseguir, tendo em vista que *a legitimidade das partes está inserida dentre as condições da ação, matéria de ordem pública, que pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, até mesmo de ofício pelo magistrado ou Tribunal, posto não ser passível de preclusão.*

Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO REPETITIVO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL AOS CRÉDITOS DO CONTRIBUINTE. APLICAÇÃO DE DECISÕES VINCULANTES DO STJ AO CASO. FORMA DE PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS. CRITÉRIO A SER ESTABELECIDO PELA ELETROBRAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PRETENDIDA REVISÃO DO JULGADO.

1. É imprescindível para a oposição de embargos de declaração que a parte demonstre a existência na decisão embargada de um dos vícios de que cuida a legislação de regência (art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil).

2. A ilegitimidade das partes está inserida nas condições da ação – matéria de ordem pública - e, por isso, pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, pois não é passível de preclusão, e deve ser apreciada, inclusive, de ofício pelo magistrado ou Tribunal (STJ, REsp 909.429/PR).

3. A União é parte legítima para figurar no polo passivo de causas em que se pretende a restituição do empréstimo compulsório sobre energia

elétrica, nos termos do art. 4º, §3º, da Lei n. 4.156/62 (STJ, REsp n. 857.060/RS; e TRF1ª, AC n. 0020871-41.2004.4.01.3300).

4. [...].

9. A via adequada para a revisão do julgado é o recurso próprio e não os embargos ora opostos (STJ, EDcl no AgRg no AREsp n. 3.522/PR). 10. Embargos de declaração acolhidos parcialmente.

(EDAC 0014268-72.2002.4.01.3800/MG, rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, rel. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (Conv.), Oitava Turma, - DJF1 de 22/03/2013, p. 485)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. LEGITIMIDADE PASSIVA EXCLUSIVA DA CEF. ILEGITIMIDADE DE BANCO DEPOSITÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. CONDIÇÕES DA AÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. REINCLUSÃO DA CEF NA LIDE. APLICABILIDADE DO ART. 515, § 3º DO CPC.

1. O STJ entendeu que, nos casos relativos às condições da ação e de pressupostos processuais, “não há preclusão para o tribunal de segundo grau, mesmo havendo decisão anterior de primeiro grau irrecorrida e ainda que a parte não tenha suscitado a questão” (REsp n. 343.750/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

2. O entendimento jurisprudencial do STJ e deste Tribunal é pacífico em reconhecer que, em ações da espécie, apenas a CEF possui legitimidade passiva.

3. [...].

7. Configurada a hipótese de sucumbência recíproca (CPC, art. 21, caput), as custas e os honorários advocatícios deverão ser repartidos e compensados entre as partes, ressalvado o benefício da justiça gratuita.

8. Reinclusão da CEF na lide, de ofício.

9. Agravo retido provido e Apelação do Banco Econômico S.A. prejudicada.

(AC 0004099-43.2003.4.01.0000/BA, rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, DJ de 10/11/2003, p. 84)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO EM QUALQUER TEMPO, NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. PRECLUSÃO NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS DA CONDIÇÃO DE PENSIONISTA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. É firme o entendimento do STJ de que não se verifica a preclusão nas instâncias ordinárias quando se discutem as condições da ação e os pressupostos processuais, dentre eles a ilegitimidade das partes, caso em que é possível a apreciação de ofício pelo julgador.

2. O Tribunal de origem, baseado nas premissas fáticas dos autos, expressamente consignou a ilegitimidade ativa da parte, por ausência de comprovação da condição de pensionista de ex-servidor. Assim, desconstituir tal premissa requer, necessariamente, o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte, por óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1245251/RS, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 20/06/2011)

PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES DA AÇÃO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONHECIMENTO MESMO DE OFÍCIO. ADMINISTRATIVO. BENEFICIÁRIOS DE EX-FERROVIÁRIO DA RFFSA. PENSÃO POR MORTE. COMPLEMENTAÇÃO. CABIMENTO. ARTS. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, E 5º DA LEI N.º 8.186/91 C.C.O ART. 40,

§§ 4º e 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. APLICABILIDADE RETROATIVA DA LEI N.º 8.186/91. INEXISTÊNCIA. LEI COM OBJETO E DESTINATÁRIOS CERTOS. NATUREZA DE ATO ADMINISTRATIVO EM SENTIDO MATERIAL.

1. Não incide o instituto da preclusão, relativamente às condições da ação e aos pressupostos processuais, enquanto o processo estiver em curso, ainda que a questão tenha sido objeto da sentença de primeiro sem impugnação por meio de recurso voluntário da parte, podendo o Tribunal conhecê-la mesmo de ofício. Precedentes.

2. Tanto a União como o INSS são partes legítimas para figurar no pólo passivo de ações em que se postula a correta aplicação da Lei 8.186/91, na medida em que a União arca com os ônus financeiros da complementação e o Instituto por ser responsável pelo pagamento da pensão.

3. Possuindo a Lei n.º 8.186/91 objeto determinado e destinatário certo – complementação da aposentadoria a ferroviários admitidos até 31 de outubro de 1969 na Rede Ferroviária Federal S.A – sem generalidade abstrata e impessoalidade, configura-se a natureza de ato administrativo em sentido material, consistente na concessão de aumento dos benefícios previdenciários para um grupo específico.

4. Tal como ocorre com a aposentadoria, a complementação da pensão por morte, prevista na Lei n.º 8.186/91, independe do fato de o benefício já ter sido concedido anteriormente. Acrescente-se que o aumento concedido aos proventos, por imposição constitucional, deveria ser estendido às pensões por morte, conforme se extrai da interpretação do art. 5º da Lei n.º 8.186/91 c.c o art. 40, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal, vigente à época da edição da mencionada lei, o qual expressamente determinava a paridade entre os vencimentos ou proventos e a pensão por morte.

5. Segundo o art. 5º da Lei n.º 8.186/91, à União cabe a complementação do valor de pensão por morte até atingir a integralidade dos vencimentos percebidos pelos servidores ativos, permanecendo o INSS responsável pelo pagamento do benefício de acordo com “as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária” vigentes à época do óbito do instituidor do benefício.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1120225/PR, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 05/04/2010)

Em face do exposto, estando presentes tanto a plausibilidade jurídica do pedido como a verossimilhança das alegações, considerando, ainda, ser a legitimidade das partes matéria de ordem pública, *defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela*, para determinar a suspensão das execuções decorrentes do Mandado de Segurança n. 2000.34.00.022194-4, até julgamento final de mérito da presente ação rescisória.

Cite-se a parte ré para, querendo, responder aos termos da presente ação, no prazo de 20 dias (CPC, art. 491)..” (fls. 149/154, grifos ausentes no original)

O agravo regimental sustenta o seguinte, repita-se:

- a) não haver perigo na demora a justificar o deferimento da antecipação da tutela;
- b) que o deferimento da antecipação da tutela violou a garantia do contraditório e da ampla defesa;
- c) que o entendimento contido na decisão agravada merece ser reformado porque “ainda que o Ipea tenha personalidade jurídica e orçamento próprios [...] a fundação apenas repassa os dados necessários à composição dos contracheques de seus servidores para que sejam pagos pela Secretaria de Recursos Humanos do MPOG”, uma vez que o Decreto vigente à época (3.224/1999) e os decretos que o sucederam assim estabelecem;
- d) ser cabível, na hipótese, a aplicação da teoria da encampação.

Pleiteia ainda que “a sustação apenas do efetivo levantamento das verbas atrasadas [...] não deve impedir que continue em curso o processo de execução que objetiva a definição do montante pecuniário a que fazem jus os filiados à Afipea, o qual, como bem sabido, pode levar anos.”

Pede, ao fim, a reforma da decisão impugnada ou, sucessivamente, que seja obstado apenas o efetivo levantamento dos valores, dando-se continuidade, durante o trâmite da ação rescisória, do procedimento da execução já iniciado.

Como se sabe, a ação rescisória é ação constitutiva negativa, que tem por escopo a desconstituição da coisa julgada material e, sendo o caso, o novo julgamento da causa. Por atacar a coisa julgada, cuja autoridade tem status constitucional, só pode ser admitida nas hipóteses elencadas no art. 485 do Código de Processo Civil. Esse rol é taxativo, não admitindo ampliação por interpretação analógica ou extensiva.

Considero que a decisão impugnada, acima transcrita, avaliou bem a existência de prova inequívoca a ensejar o convencimento acerca da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, na espécie.

*É cediço que o levantamento pelos associados da ré desta ação dos valores que se conseguiu bloquear dificilmente será objeto de retorno em caso de procedência desta ação rescisória, o que recomenda a determinação de bloqueio dos valores ao menos até o julgamento do mérito desta ação rescisória.*

Assim, não procedem as alegações de ausência de *periculum in mora* e de ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

A questão da legitimidade do secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG ou da União para figurarem no polo passivo de ação na qual se discutem gratificações incidentes sobre proventos/pensões de servidores de autarquias ou fundações *é matéria de mérito da presente rescisória, assim como o é a alegada incidência da teoria da encampação. Não se afigura possível pronunciamento a respeito antes de finda a instrução processual, que mal se iniciou.*

Sobre a possibilidade de suspensão da execução em razão da plausibilidade existente na ação rescisória, assim já se manifestou esta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. POLICIAIS MILITARES DO EXTINTO TERRITÓRIO DE RONDÔNIA. EXECUÇÃO. 3,17%. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE. LEVANTAMENTO DOS VALORES IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O Art. 489 do CPC, apesar de prever que o simples ajuizamento de ação rescisória não tem o condão de sobrestar o cumprimento de sentença, o aludido dispositivo, expressamente, estabelece que em casos excepcionais poderá haver a suspensão da execução, por força de medida cautelar ou antecipatória de tutela.

2. O c. Superior Tribunal de Justiça perfilha entendimento no sentido de que é admitida, em caráter excepcional, a antecipação dos efeitos da tutela em sede de ação rescisória, quando preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC

3. Correto o ato praticado pelo magistrado, no sentido suspender a marcha processual da execução e de bloquear o levantamento dos valores depositados em favor dos substituídos, principalmente pelo fato de que o caso dos autos originários se amolda as exceções previstas no art. 486 do CPC.

4. Também não merece acolhida o argumento de que o bloqueio da verba fora ilegal e arbitrário. Vale registrar que o depósito somente ocorreu por força de decisão judicial, sendo assim, enquanto não incorporado definitivamente ao patrimônio da parte, por meio de levantamento, a verba em questão está sujeita a sofrer constrição judicial.

5. Como a rescisória fora julgada procedente, o pleito ventilado na peça inicial do presente instrumento, em tese, perdeu o objeto considerando que não foi reconhecido o direito dos exequentes/substituídos, militares do Estado de Rondônia, ao percentual de reajuste de 3,17%, o que demonstra o acerto da decisão guerreada.

6. Agravo a que se nega provimento. (AG 0057381-54.2007.4.01.0000 / RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE ASSIS BETTI, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), SEGUNDA TURMA, e-DJF1 p.112 de 28/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRATAÇÃO EM VIRTUDE DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. RETROATIVIDADE DOS EFEITOS FINANCEIROS E PREVIDENCIÁRIOS DO TÍTULO JUDICIAL. SUSPENSÃO PARCIAL DA EXECUÇÃO. TUTELA CUTELAR. POSSIBILIDADE.

I - Versando a controvérsia instaurada no bojo de ação rescisória em torno da legitimidade da retroatividade dos efeitos financeiros e previdenciários da contratação ordenada no julgado rescindendo, a suspensão parcial da execução desse julgamento, especificamente, no tocante à obrigação de pagar quantia certa (alusiva aos salários a que faria jus o suplicante desde a data da propositura da ação), é medida cautelar que se impõe, de forma a assegurar a eficácia do resultado útil do processo, em caso de procedência da demanda, sem prejuízo do regular cumprimento do referido julgado, no tocante à obrigação de fazer a contratação ali ordenada, mormente à míngua de qualquer objeção da suplicante, no particular.

II - Agravo regimental desprovido. (AGRAR 0057947-61.2011.4.01.0000 / MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, Terceira Seção, e-DJF1 p.14 de 16/04/2012)

Em idêntico sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a possibilidade de suspensão da execução em razão da existência de ação rescisória que demonstre plausibilidade. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL OBJETO DE AÇÃO RESCISÓRIA PERANTE O STF. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA RESCINDENDA (AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO). SUSPENSÃO DO PROCESSO EXECUTIVO. PREJUDICIALIDADE EXTERNA. CONFIGURAÇÃO.

1. A ação rescisória do julgado revela nítido caráter prejudicial em relação ao cumprimento do aresto rescindendo, o que, por si só, na avaliação quantum satis do juízo poderia conduzi-lo à suspensão por prejudicialidade da efetivação da decisão judicial (artigo 265, I a III, do CPC). Precedentes do STJ: Resp 795.860/PR, Relator Ministro Luiz Fux, DJ. 31.05.2007.

2. Deveras, a aplicação subsidiária da regra da execução extrajudicial ao cumprimento da sentença, torna incidente o artigo 791, do Codex Processual, que determina a suspensão da execução nos mesmos casos em que se susta a marcha do processo de conhecimento (artigos 791, II, c/c 475-R, ambos do CPC).

3. Inocorre error in procedendo na suspensão do cumprimento do título judicial, quando o mesmo restou rescindido por aresto do E. STF, no cognominado caso APADECO, sujeito, apenas, ao julgamento dos embargos infringentes.

4. Outrossim, forçoso ressaltar a existência de projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, que prevê a suspensão do processo encartada no poder do juiz, toda vez que a matéria a ser decidida depender da solução de questão jurídica sujeita à cognição do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça nos diversos meios processuais de cognição desses tribunais.

5. Embargos de divergência providos. (EREsp 770847/PR, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 23/04/2008, DJe 19/05/2008)

Embora os tribunais permitam e a prudência aconselhe a suspensão da execução, é sabido que o processo de liquidação do julgado contra a União não é célere.

Nesse contexto, considero razoável o pleito da Afipea no sentido de que seja obstado apenas o efetivo levantamento dos valores, dando-se continuidade, durante o trâmite da ação rescisória, ao procedimento da execução já iniciado. Seus argumentos quanto à demora no procedimento procedem:

[...]

A sustação apenas do efetivo levantamento das verbas atrasadas – decorrentes da observância da paridade entre os inativos e os ativos para fins de pagamento da GCG nos mesmos percentuais para ambos os grupos – não deve impedir que continue em curso o processo de execução que objetiva a definição do montante pecuniário a que fazem jus os filiados à AFIPEA, o qual, como bem sabido, pode levar anos.

Nessa fase processual, são realizados sucessivos cálculos pelo exequente, sempre contestados pela União, e reanalisados pela contadoria judicial.

Além disso, pontos controvertidos entre as partes acerca de detalhes no título judicial ensejam a interposição de inúmeros recursos até as instâncias superiores.

[...]

Como os pagamentos judiciais feitos pela União são sempre precedidos de todo esse procedimento executório, qualquer suspensão que ultrapasse os limites necessários à preservação do erário público produzirá, por outro lado, prejuízos imensuráveis aos milhares de servidores idosos que figuram como beneficiários da ação da AFIPEA.

Nesse cenário, devem ser viabilizadas todas as diligências pertinentes para que sejam definidos os valores atrasados devidos. Apenas deverá ser suspenso eventual pagamento, concretizado no saque de precatórios.

Assim, do exame das questões suscitadas, apenas diviso plausibilidade na pretensão de prosseguimento das demais fases do processo de apuração dos valores devidos sem que se permita o efetivo pagamento antes do julgamento desta ação rescisória. O prosseguimento da execução nesses termos permitirá, em caso de insucesso desta pretensão rescisória, uma satisfação mais rápida do pagamento.

*Pelo exposto, acolho parcialmente o pedido e reconsidero a decisão guerreada (fls. 149-154, na rolagem única do processo digital) tão somente para permitir o prosseguimento da execução do julgado rescindendo, com a apuração do montante devido sem que se permita o efetivo pagamento/liberação dos respectivos valores até que transitada em julgado a presente ação rescisória.*

Comunique-se ao juízo monocrático no qual está sendo processada a execução para a adoção das providências cabíveis (sem necessidade de ofício, via e-mail).

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 30 de julho de 2014.

Juíza Federal *Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas*, relatora.



Numeração única: 0018906-52.2009.4.01.3300

Embargos de Declaração contra Julgamento Colegiado (Cível) 2009.33.00.701880-0

Relator: Juiz Federal Marcelo Honorato  
Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Embargado: Otacílio Cardoso dos Santos  
Publicação: DOU de 10/07/2014, p. 251

## Voto - Ementa

*Previdenciário. Embargos de declaração. Aposentadoria por idade de trabalhador rural. Vínculo urbano do cônjuge autor. Registro de vínculos no período correspondente à carência. Interferência no mérito da demanda. Omissão caracterizada. Similitude caracterizada. Incidente conhecido. Necessidade de anulação do acórdão. Retorno dos autos à turma recursal de origem. Art. 535 do CPC, II. Embargos providos.*

I. Embargos de declaração opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra acórdão desta Turma Regional de Uniformização que não conheceu do incidente de uniformização em razão da inexistência de similitude fático-jurídica e ainda, por envolver reexame de provas, o que é vedado em sede de uniformização. Para além disso, a questão debatida se amolda ao enunciado da Súmula 41 da TNU, que assim dispõe: “a circunstância de um dos integrantes do núcleo familiar desempenhar atividade urbana não implica, por si só, a descaracterização do trabalhador rural como segurado especial, condição que deve ser analisada no caso concreto”.

II. O embargante interpõe o recurso em razão de alegado erro material no acórdão impugnado. Alega que o vínculo urbano do cônjuge do autor manteve-se existente durante todo o período correspondente à carência e, portanto, há similitude fático-jurídica entre o acórdão impugnado e paradigmas.

III. De início poder-se-ia considerar tratar-se de reexame de provas e análise de matéria fática, o que não é possível nesta fase recursal, uma vez que os embargos de declaração são cabíveis em situações de obscuridade, contradição, omissão ou dúvida e ainda, por esta Turma Regional de Uniformização ter sua competência limitada à apreciação de questões de direito material (Art. 1º do Regimento Interno da TRU e Súmula 42 da TNU). Entretanto, tenho que cabe razão ao embargante, porquanto o acórdão da turma regional merece esclarecimentos. O INSS interpõe o presente recurso especificando claramente qual o ponto omisso, direcionando sua alegação em documento juntado aos autos que não caracteriza, necessariamente, reexame por parte desta instância recursal. Veja que o incidente de uniformização não foi conhecido em razão da ausência de similitude, considerando que o acórdão impugnado indica a existência de vínculo urbano do cônjuge do autor fora do período de carência. É de se considerar ainda que a referida alegação do INSS afeta diretamente a aplicação da Súmula 41 da TNU, também uma das motivações do não conhecimento do incidente.

IV. Os documentos de fls. 137-139 claramente informam que o vínculo urbano por parte do cônjuge não se limita ao período anterior à carência do autor, mas sim, registra que o vínculo perdurou durante e após a carência. Situação por si só que importa em reconhecimento da similitude entre o acórdão impugnado e o acórdão paradigma, o que importa no conhecimento do incidente de uniformização suscitado. Por outro lado, a interferência deste documento no mérito da demanda não pode ser apreciada por este Tribunal, o que enseja a nulidade do acórdão e retorno dos autos à turma recursal de origem para que seja considerado o documento de fls. 137-139 no conjunto probatório apresentado aos autos. Não se trata de reexame ou reavaliação da prova, uma vez que este colegiado apenas extraiu o teor do documento sem qualquer juízo de valor.

V. Embargos de declaração providos para, conhecendo o incidente de uniformização, anular o acórdão da Turma Recursal da Bahia para que, reaberta a instrução processual, seja considerado o documento de fls. 137-139 no conjunto probatório apresentado aos autos.

## Acórdão

A Turma, por maioria, deu provimento aos embargos de declaração opostos pelo INSS para, conhecendo o incidente de uniformização, anular o acórdão da Turma Recursal da Bahia.

Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do TRF 1ª Região –11/04/2014.

Juiz Federal *Marcelo Honorato*, relator.

Numeração única: 0037189-26.2009.4.01.3300

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2009.33.00.912174-5

Relator: Juiz Federal Flávio Bittencourt de Souza  
 Recorrente: União Federal  
 Recorrido: Tereza Catarina Cerqueira Campos  
 Advogado: Dr. Ricardo André Bandeira Marques  
 Publicação: DOU de 10/07/2014, p. 253

## Ementa - Voto

*Administrativo. Servidor público. Pedido de uniformização de interpretação de lei federal. Similitude e divergência demonstradas. Gratificação de Atividade Executiva-GAE. Competências de julho e agosto de 2008. Pagamento indevido. Precedentes do STJ (sistemática do art. 543-C do CPC). Recurso provido.*

I. Trata-se de incidente regional de uniformização aviado em face de acórdão da 2ª Turma Recursal da Bahia, que reconheceu o direito autoral à percepção da GAE, nos meses de julho e agosto de 2008, calculada sobre o vencimento básico majorado pela MP 441, de 29/08/2008, convertida na Lei 11.907, de 02/02/2009, que estruturou o Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda – Pecfaz.

II. Sustenta a recorrente que a GAE fora incorporada ao vencimento básico majorado pela MP 441, razão pela qual não deve vingar a pretensão da sua incidência, no referido período, sobre a base de cálculo elevada, mostrando-se equivocada a tese de que a GAE só viera a ser extinta em 29/08/2008 (início da vigência da referida MP). Para tanto, aponta em divergência o acórdão paradigma 63299-53.2009.4.01.3400, da Turma Recursal do Distrito Federal, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE EXECUTIVA - GAE. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. LEI 11.907/2009. EXTINÇÃO DA GRATIFICAÇÃO. INCORPORAÇÃO INDEVIDA. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

A Gratificação de Atividade Executiva - GAE, instituída pela Lei Delegada 13/1992 é calculada, exclusivamente, sobre o vencimento básico do servidor, nos termos do disposto no seu art. 1º, excluída, portanto, da base de cálculo, qualquer outra parcela remuneratória. Tal gratificação restou excluída dos vencimentos dos servidores do Ministério da Fazenda com o advento da Lei 11.907/2009, conforme dispõe o artigo 254.

Uma vez extinta, a GAE, que teve seu valor preservado nos vencimentos do servidor público, não gerou créditos relacionados aos meses de julho e agosto de 2008, nem a qualquer outro período posterior, mediante incorporação de seu valor para fim de recebimento cumulativo com a vantagem pecuniária criada quando a reestruturação da carreira em que está inserida a parte Recorrente.

A jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o servidor público não possui direito adquirido à imutabilidade de regime jurídico, desde que respeitada a irredutibilidade de vencimentos.

Recurso improvido. Sentença mantida. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, de acordo com o Art. 55, caput, da Lei 9.099/1995. Custas finais pela parte Recorrente.

III. De início, ressalto a viabilidade deste incidente por não demandar o revolvimento de matéria fática, mas apenas o exercício hermenêutico da legislação de regência a fim de se apurar quais rubricas compunham

os vencimentos do recorrido no período de transição legislativa em análise, bem como a base de cálculo da sua incidência, elementos estes extraíveis diretamente do texto normativo.

IV. A matéria em análise restou decidida pelo STJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos, a favor da pretensão recursal aqui deduzida, pelo que valho-me dos seus próprios fundamentos como razão de decidir:

[...] a Lei 11.907/2009, que entrou em vigor em 3/2/2009, mas produziu efeitos financeiros retroativos a 1/7/2008, determinou a incorporação da GAE ao vencimento básico dos servidores a partir de 1/7/2008 e estabeleceu que, para evitar pagamento em duplicidade dos valores da GAE, a nova remuneração (que já continha os valores da GAE incorporados) não poderia ser cumulada com os valores já percebidos anteriormente pelos servidores a título de GAE (artigo 311). [...] Conclui-se que a assertiva contida na letra “a” do inciso I do artigo 254 da Lei 11.907/2009 (no sentido de que a GAE deixaria de ser paga a partir de 29/8/2008) não produz nenhum efeito financeiro concreto sobre a remuneração dos servidores, pois, na prática, já em 1/7/2008 a GAE deixou de ser paga como adicional e seus valores foram incorporados ao vencimento básico dos servidores. (STJ - 1ª Seção; REsp 1343065/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, data do julgamento 28/11/2012, data da publicação *DJe* 04/12/2012.)

V. Incidente de uniformização conhecido e provido.

### Acórdão

A Turma, por maioria, conheceu e deu provimento ao incidente de uniformização.

4ª Turma Recursal de Belo Horizonte/MG – 11/04/2014.

Juiz Federal *Flávio Bittencourt de Souza*, relator.

Numeração única: 0043056-97.2009.4.01.3300

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2009.33.00.918190-1

Relator: Juiz Federal José Godinho Filho  
 Embargante: Fazenda Nacional  
 Advogado: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
 Embargado: André Luiz Pereira Pinto  
 Procuradores: Dra. Nívia Cardoso Guirra Santana e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 1º/08/2014, p. 728

### Ementa

*Embargos de declaração. Tributário. Contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Trabalhador avulso. Verba de natureza indenizatória. Não incidência. Embargos de declaração providos em parte. Incidente de uniformização conhecido e improvido*

I. Não incide contribuição previdenciária sobre as férias indenizadas e sobre o terço constitucional de férias pagas ao trabalhador portuário avulso.

II. Embargos de declaração providos em parte para conhecer do incidente de uniformização, mas, no mérito, negar-lhes provimento.

### Acórdão

A Tuma Regional de Jurisprudência, por unanimidade, deu parcial provimento aos embargos de declaração para conhecer do incidente de uniformização, mas, no mérito negou-lhes provimento.

Turma Regional de Jurisprudência do TRF 1ª Região – 11/04/2014.

Juiz Federal *José Godinho Filho*, relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Godinho Filho: — Cuida-se de embargos de declaração opostos em face de acórdão desta Turma Regional que não admitiu o incidente de uniformização de jurisprudência suscitado pela União, em face de acórdão proferido pela 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária da Bahia.

Sustenta, em síntese, a suscitante que o incidente merece ser conhecido tendo em vista que não há prova de que tenha havido mudança de orientação da 1ª Turma Recursal da Bahia, de onde indicado o acórdão paradigma, de modo a ajustar o seu entendimento com o prevalecente na 2ª Turma daquele estado, pois o aresto apontado como paradigma trata da incidência do Imposto de Renda, enquanto que a questão jurídica posta nos autos trata da incidência de contribuição previdenciária sobre férias não gozadas e o terço constitucional do trabalhador portuário avulso.

É o sucinto relatório, passo a decidir.

## Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Godinho Filho: — Razão assiste à embargante pois, de fato, o aresto trazido pela parte recorrida nas suas contrarrazões diz respeito à não incidência do Imposto de Renda sobre as férias indenizadas e sobre o terço constitucional de férias.

Conheço, portanto, do incidente de uniformização e passo ao exame do mérito.

## Mérito

O dissídio está bem caracterizado, uma vez que, diferentemente do acórdão recorrido, o aresto paradigma da 1ª TR/BA adotou o entendimento de que a eventual ausência de fruição de férias pelo trabalhador avulso sujeita-se a sua oportunidade e conveniência e não em face da necessidade do serviço, não tendo o condão, em consequência, de transmutar a natureza remuneratória do pagamento recebido a esse título em indenizatória.

No que diz respeito à incidência ou não da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias dos trabalhadores em geral, a matéria se encontra pacificada, depois que o STJ, no julgamento da Pet 7.296/DF, realinhou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não incidência da referida exação (REsp 1.149.071/SC, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/09/2010). Impende observar que o STJ já se pronunciou especificamente no sentido

de que essa orientação não se aplica somente aos servidores, mas também aos trabalhadores celetistas (EAAREsp 201102774880, rel. Min. Herman Benjamin, DJe: 1º/08/2012).

Quanto às férias em si, a jurisprudência prevalecente é no sentido de que somente as indenizadas não estariam sujeitas à incidência da contribuição previdenciária, consoante reiterados pronunciamentos do STJ (AGREsp 201101952672, rel. Min. Humberto Martins, DJe: 28/08/2012; AGREsp 201202445034, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe: 27/02/2013).

No caso dos autos, discute-se sobre a incidência ou não da contribuição previdenciária sobre as férias e o respectivo terço constitucional dos trabalhadores avulsos, diante das peculiaridades que o regime de prestação de serviços dessa categoria peculiar encerra.

Acerca da controvérsia posta nos autos, interessante transcrever o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. IMPOSTO DE RENDA. FÉRIAS NÃO GOZADAS. TERÇO CONSTITUCIONAL. NÃO INCIDÊNCIA. 1. O imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador, nos termos do art. 43 e seus parágrafos do CTN, os 'acréscimos patrimoniais', assim entendidos os acréscimos ao patrimônio material do contribuinte. 2. Por força do julgamento proferido no Resp. 1.111.223/SP, da relatoria do Min. Castro Meira, submetido ao procedimento de recursos repetitivos, art. 543-C, do CPC, a Primeira Seção pacificou o entendimento de que o imposto de renda não incide sobre os valores recebidos a título de férias não gozadas e respectivo 1/3 adicional. 3. O caráter eventual da prestação laboral do trabalhador avulso não lhe retira direitos próprios conferidos aos demais trabalhadores regidos pela CLT, tanto que a Constituição Federal determinou sua equiparação com os demais trabalhadores figurantes do art. 7º, caput e inciso XVII. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1154951/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 20/04/2010, DJe 03/05/2010).

Ainda que o precedente diga respeito especificamente à não incidência de Imposto de Renda sobre parcelas de férias não gozadas e terço constitucional, o STJ afirma o viés indenizatório dessas verbas devidas ao trabalhador portuário avulso, visto que a peculiaridade das atividades por ele desenvolvidas não lhe afastaria os direitos conferidos às demais categorias de trabalhadores.

Assim, na esteira do entendimento firmado pela Turma Nacional de Uniformização (Pedilef 200651510508248 e Pedilef 200783005363531), cabe estender aos trabalhadores portuários avulsos o direito à não incidência de contribuição previdenciária sobre parcelas relativas às férias não gozadas e o respectivo 1/3 constitucional por terem essas verbas caráter indenizatório.

Diante dessas considerações, deve o acórdão da 2ª Turma Recursal da Bahia ser mantido em todos os seus termos, assegurando-se o direito da parte-

autora, ora recorrida, à não incidência de contribuição previdenciária sobre as parcelas de férias não gozadas e o respectivo terço constitucional.

### Dispositivo

Diante do exposto, dou parcial provimento aos embargos de declaração para conhecer do incidente de uniformização, porém, quanto ao mérito, nego-lhes provimento.

É como voto.





## 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))

*Agravo regimental. Suspensão de tutela antecipada. Portaria 218/2012. Programas de atenção à saúde. Enfermeiros. Atribuições. Prescrição de medicamentos e pedidos de exames. Protocolos preestabelecidos. Políticas públicas. Interferência. Grave lesão à saúde pública.*

I. A decisão *a quo*, que impede a atuação dos enfermeiros participantes de programas voltados à promoção e proteção da saúde, prevenção de doenças e atenção integral à saúde, nos termos da Portaria 218/2012 questionada, compromete as políticas públicas direcionadas à promoção da saúde pública da população.

II. Os enfermeiros atuam nos estritos limites do art. 2º da Portaria 218/2012, segundo o qual, “Fica o enfermeiro, no exercício de suas atribuições normativas definidas, autorizado a solicitar exames de rotina e complementares e realizar a prescrição de medicamentos, desde que enquadrados nos protocolos dos Programas de Saúde Pública aprovados pela CPPAS e adotados pela Secretaria de Estado de Saúde do DF”.

III. Há diversas normas que autorizam os enfermeiros, que atuam em programas de atenção integral à saúde, a solicitarem exames e prescreverem medicamentos, a exemplo da Portaria GM/MS 1.625/2007, que alterou a Portaria 648/GM/2006 do Ministério da Saúde.

IV. O Decreto 94.406/1987, que regulamenta a Lei 7.498/1986, que dispõe sobre o exercício da Enfermagem, prevê, em seu art. 8º, inciso I, alínea e e II, alínea c, que incumbe ao enfermeiro a consulta de Enfermagem e, como integrante da equipe de saúde, a “prescrição de medicamentos previamente estabelecidos em programas de saúde pública e em rotina aprovada pela instituição de saúde”.

V. Desde o advento da regulamentação do exercício da Enfermagem pela Lei 7.498/1986, são atribuições dos enfermeiros, que atuam em programas de saúde pública, solicitar exames e prescrever medicações, conforme rotinas e protocolos preestabelecidos, elaborados por equipes de multiprofissionais, compostas, inclusive, por coordenadores de especialidades médicas, não tendo o Governo do Distrito Federal inovado neste ponto.

VI. Os precedentes citados na decisão agravada visavam afastar dispositivos da Resolução 271/2002 do Conselho Federal de Enfermagem. Norma essa revogada pela Resolução Cofen-317/2007, em atenção à Lei 7.498/1986 (que dispõe sobre a regulamentação do exercício da Enfermagem), ao Decreto Presidencial 94.406/1987 (que regulamentou a Lei 7.498/1986), à Lei 9.394/1996 (que estabelece diretrizes e bases da educação nacional) e à Resolução CNE/CES 3/2001.

VII. Agravo regimental não provido.

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0026216-76.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Corte Especial

Publicação: e-DJF1 de 04/08/2014, p. 12

*Tributário e Processual Civil. Embargos infringentes. Advogados da Caixa Econômica Federal. Pagamento de dívida salarial de sobrejornada. Horas extras. Acordo coletivo de trabalho. Irrelevância das expressões “indenização” e “eventualmente”. Natureza remuneratória da verba. Imposto sobre a Renda. Legitimidade da incidência. Pedido autoral improcedente. Prevalência do voto vencido. Embargos providos.*

I. O pagamento, por força de acordo coletivo, celebrado na espécie por advogados da Caixa Econômica Federal (CEF), de quantia devida em razão de quitação de dívida salarial de sobrejornada, tem caráter remuneratório e configura acréscimo patrimonial, incidindo sobre ele o Imposto de Renda.

II. Para fins de incidência de Imposto de Renda é irrelevante o *nomen iuris* que empregado e empregador atribuem a pagamento que este faz àquele, importando, sim, a real natureza jurídica da verba em questão.

III. O fato de ter sido idêntico o valor pago a todos os advogados da CEF e o fato de se ter utilizado as expressões “indenização” e “eventualmente” na cláusula quarta do acordo por eles firmado, não têm a força que lhes pretendem

imprimir os autores. A “indenização” se deu como quitação pelas horas extras trabalhadas em maior ou menor valor que o pactuado, as quais podem ter sido efetivamente trabalhadas, ou não. Prova disso é que na cláusula quinta do referido acordo os advogados dão à CEF-empregadora “a mais ampla, geral e irrevogável quitação relativamente a serviço extraordinário prestado até 31/10/2001”.

IV. Ao pactuarem com a Caixa Econômica Federal (CEF) alteração da carga horária de trabalho e respectiva remuneração para adequá-las aos termos da Lei 8.906/1994, seus advogados intitularam o acordo de “termo de alteração de contrato de trabalho com quitação de horas extraordinárias e honorários advocatícios”, não havendo que se descaracterizar, pois, referida quitação, para transformá-la em indenização excluindo-a da incidência do Imposto de Renda.

V. Valores pagos em retribuição a horas extras têm natureza remuneratória haja vista advirem de serviço prestado a empregador, constituindo renda do empregado, produto de seu trabalho, devendo sobre estes incidir, em consequência, o Imposto sobre a renda. Precedentes do STJ e desta Corte.

VI. Embargos infringentes a que se dá provimento para que prevaleça, no julgamento da AC 2006.33.00.019329-5/BA, o voto proferido pelo Juiz Federal convocado Clodomir Sebastião Reis, pelo qual negara provimento à apelação interposta pelos então autores, ora embargados.

Numeração única: 0019319-70.2006.4.01.3300

Embargos Infringentes 2006.33.00.019329-5/BA

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado – 4ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 05/08/2014, p. 1.714

*Apelação cível. Constitucional e Administrativo. Servidor estadual em gozo de licença sem remuneração. Posse em outro cargo público. Professor universitário. Cumulação. Possibilidade. Art. 37, XVI e XVII, da CF/1988. Precedentes desta Corte. Apelação provida. Sentença reformada.*

I. A Carta Magna somente veda a acumulação de cargos e empregos públicos quando houver remuneração de ambos. O fato de a autora estar em gozo de licença sem vencimentos legalmente prevista não suspende, interrompe ou extingue o vínculo jurídico-funcional com a Administração, mas faz desaparecer o óbice constitucional, visto que fica afastada a percepção de remuneração e, portanto, excluído o fato que enseja a proibição.

II. Saliente-se que o dispositivo não impede a multiplicidade de vínculos funcionais com o serviço público, mas a remuneração pelo exercício de mais de um cargo estatal. A proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente, como deseja a Administração. Verificando-se nos autos que não há remuneração de um deles, por força de licença sem remuneração, não existe desrespeito à norma constitucional. Precedentes desta Corte e dos demais Tribunais Regionais Federais.

III. Os cargos de dedicação exclusiva são regulamentados pelo art. 14, I, do Decreto 94.664/1987, onde se constata que o professor de magistério superior que exerce suas atividades em regime de dedicação exclusiva encontra-se impedido de exercer qualquer outro cargo ou emprego de natureza pública ou privada desde que este seja remunerado, não havendo, por decorrência, vedação com relação ao exercício quando o servidor encontrar-se no gozo de licença sem remuneração.

IV. Apelação provida.

Numeração única: 0023342-30.2004.4.01.3300

Apelação Cível 2004.33.00.023346-6/BA

Relatora : Desembargadora Federal Ângela Catão – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 16/07/2014, p. 40

*Constitucional e Previdenciário. Revisão. Majoração do teto dos benefícios previdenciários. Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. Primeiros aumentos posteriores dos benefícios de prestação continuada. Vinculação a uma suposta proporcionalidade pro rata. Impossibilidade. Sentença proferida com fulcro no art. 285-A do CPC. Requisitos presentes.*

I. O julgamento antecipadíssimo da lide previsto no art. 285-A, verdadeiro mecanismo de celeridade e economia processual, é possível quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos. Estão presentes esses requisitos no caso dos autos, pois não há questão fática controvertida, restando apenas a matéria de direito a ser dirimida.

II. A preservação do valor real dos benefícios previdenciários deve ser feita com base nos índices eleitos pelo legislador ordinário para tanto, a teor do que dispõe o art. 201, § 4º, da CF. Precedentes.

III. O critério da proporcionalidade no primeiro reajuste dos benefícios, antes rechaçado nos termos da Súmula 260 do extinto TFR, passou a ser legitimidade a partir da CF/1988, porque com ela tornou-se obrigatória a correção monetária sobre todos os salários de contribuição usados no cálculo da prestação. Assim, independentemente do mês de sua concessão, os benefícios tinham seu poder aquisitivo preservado, o que outrora não ocorria, de sorte que, reajustados logo em seguida, não mais teria sentido que sobre eles se aplicasse o índice integral de correção, integralidade esta que passaria a ter lugar apenas a partir das revisões seguintes.

IV. Por outro lado, o índice aplicado nos tetos dos benefícios previdenciários não se vincula às datas em que eles são concedidos, tratando-se, sim, de um reajuste geralmente anual (*rectius*: alteração do teto anterior para um novo patamar) que, quando deferido pelo legislador ordinário, tem variação idêntica à das próprias prestações.

V. Os percentuais de aumento do teto dos benefícios podem ser fixados sem nenhum problema, considerando-se uma variação anual aferida a partir de determinado índice, ainda que os benefícios, no seu primeiro reajuste, sejam revisados apenas proporcionalmente com base nesse mesmo padrão.

VI. Não existia na legislação de regência obrigação de que, em razão de aumentos determinados pelo legislador constituinte, a primeira majoração seguinte do teto fosse proporcional, daí porque o uso desse argumento para, obliquamente, buscar-se um fim oposto — qual seja, o de justamente se afastar a necessária proporcionalidade do primeiro reajuste da própria prestação —, não pode ser admitido, sob pena de se propiciar o enriquecimento sem causa do restrito grupo de segurados que seria beneficiado com essa sistemática.

VII. A bem da verdade, a obrigatoriedade da aplicação de um primeiro reajuste integral sobre o valor do teto após as normas em comento é que decorre do quanto nelas se consignou, visto que em ambas foi expressamente determinado que, dali em diante, os limites máximos seriam reajustados com os mesmos índices aplicados sobre as prestações.

VIII. Apelação não provida.

Apelação Cível 0068867-72.2013.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Candido Moraes – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 08/08/2014, p. 783

*Administrativo. Improbidade administrativa. Reparação ao Erário. Condenação TCU. Nova condenação. Incabível. Bis in idem. Multa civil. Pena de caráter pessoal. Falecimento do demandado. Transferência aos sucessores. Impossibilidade.*

I. Esta Corte tem adotado entendimento no sentido que, na existência de título judicial extrajudicial decorrente de condenação pelo Tribunal de Contas da União, descabida nova condenação à restituição ao Erário, sob pena de *bis in idem*.

II. Tratando-se de ação de improbidade administrativa, ação de natureza eminentemente punitiva, em que as penas descritas na lei são de caráter pessoal, salvo a de ressarcimento ao Erário, tendo em vista sua natureza reparatória, não mais subsiste interesse processual por falta de utilidade e necessidade do provimento jurisdicional, ante o falecimento do demandado. Não há como transferir aos seus sucessores eventual pagamento de multa civil, decorrente de possível e futura condenação por ato de improbidade, que quando do falecimento do réu da ação de improbidade, não existia sequer em primeiro grau de jurisdição.

III. Recurso improvido.

Numeração única: 0001628-10.2006.4.01.3311  
Apelação Cível 2006.33.11.001634-2/BA  
Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado) – 3ª Turma  
Publicação: *e-DJF1* de 04/07/2014, p. 37

*Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Homicídios. Indígenas. Supostos autores. Invasão de aldeia para reaver trator. Disputa pelo direito à sobrevivência dos silvícolas. Competência. Justiça Federal.*

I. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, “a competência da Justiça Federal em relação aos direitos indígenas não se restringe às hipóteses de disputa de terras, eis que os direitos contemplados no art. 231 da Constituição da República são muito mais extensos” (RHC 117097/RJ).

II. A interpretação rigorosa e não extensiva da locução “direitos indígenas”, nos termos do art. 109, XI, da Constituição Federal, deve compreender sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, na forma do art. 231, também da Carta Política, o que significa, a rigor, o direito à própria sobrevivência da etnia.

III. “O art. 109, inciso XI, estabelece que “aos juízes federais compete processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas. Não é questão, a meu ver, de dar interpretação extensiva a esse dispositivo. É questão de lê-lo rigorosamente como nele se contém. Fala-se aqui em disputa, e todo processo judicial o é. Sobre direitos indígenas, e todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob esta rubrica. De tal sorte que aquilo que à primeira abordagem alguém poderia apontar com a interpretação ampliada do inciso XI do art. 109, na verdade não é mais do que uma interpretação atenta ao propósito do constituinte, mas, sobretudo, obediente à literalidade da norma, ao que significa disputa e ao que significam direitos indígenas” (Ministro Francisco Rezek – HC 71.835)

IV. Estudo antropológico, realizado por *expert* da própria Fundação Nacional do Índio – Funai, demonstrando ter sido ocasionado o problema na aldeia invadida pela falta de veículos e estradas que impediam ou dificultavam o acesso dos aborígenes aos meios e modo de subsistência *aprendidos* com os regionais (alimentos, remédios, aposentadorias dos anciãos etc), resultado do contato com a população branca e sua influência, que culminaram em mudanças na forma de viver dos índios, situação agravada, por outro lado, pela devastação de seu *habitat* e o desaparecimento da caça e das plantas que sempre fizeram parte do seu cotidiano, é prova suficiente de que o direito à preservação dos silvícolas foi ameaçado.

V. Cabe à Justiça Federal processar e julgar ação penal proposta para apuração de crimes de homicídio, supostamente praticados por indígenas da etnia Apinajé, contra quatro invasores da Aldeia Indígena Buriti Comprido, ainda que estes procurassem reaver um trator pertencente ao Município de Cachoeirinha/TO, pois o fato está diretamente ligado ao direito à vida e à sobrevivência dos silvícolas.

VI. Recurso em sentido estrito provido.

Recurso em Sentido Estrito 0008424-13.2013.4.01.4300/TO  
Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes – 3ª Turma  
Publicação: *e-DJF1* de 18/07/2014, p. 403

*Penal. Processual Penal. Princípio da indivisibilidade da ação penal. Ação penal pública. Delito do art. 148, caput, do Código Penal. Cárcere privado. Invasão do prédio do Iphan. Membros de aldeia indígena. Sentença condenatória. Materialidade e autoria comprovadas. Pena-base. Observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Dosimetria da pena. Sentença mantida.*

I. O Ministério Público Federal está afeito ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, como consequência, da indisponibilidade da persecução penal, atribuição do *Parquet*, já que lhe cabe aferir a existência de indícios suficientes de materialidade e autoria que justifique uma denúncia. Disso não decorre necessariamente o princípio da indivisibilidade da ação penal que, demais, não vige para a ação penal pública, mas, tão somente, para a privada.

II. A peça acusatória atendeu os requisitos do art. 41 do CPP, porquanto narrou a conduta criminosa de forma satisfatória, qualificou o acusado, classificou o delito e trouxe o rol de testemunhas, não se sustentando, pois, qualquer alegação de limite ao exercício de ampla defesa. A denúncia — embasada em indícios veementes de



materialidade e autoria do ilícito penal — descreveu, com clareza, fato condizente com o tipo do art. 148, *caput*, do Código Penal e a conduta do apelante foi suficientemente individualizada, havendo nítida ligação entre a sua atuação e o fato delituoso. Demais, admite-se, que, nos crimes de autoria coletiva, a denúncia prescindida de descrição pormenorizada, bastando a descrição dos fatos delituosos e a demonstração do liame de cada acusado com eles.

III. O acervo probatório produzido ao longo da instrução processual não comporta dúvida quanto ao fato de que o réu, na condição de cacique da Comunidade Indígena Pataxó da aldeia de Cora Vermelha, juntamente com cerca de 200 (duzentos) índios, sob sua liderança, invadiu as dependências do Iphan em Porto Seguro, mantendo os servidores da autarquia em cárcere privado por cerca de nove horas. A manutenção em cárcere deu-se nas dependências do Iphan e foi exercida vigilância impeditiva da liberdade de locomoção. Materialidade e autoria delitivas comprovadas.

IV. Se das circunstâncias do art. 59, três — os motivos, as circunstâncias e consequências do delito — mostraram-se desfavoráveis ao réu, correta a aplicação da pena-base acima do mínimo legal.

V. A pena imposta ao acusado guardou a proporcionalidade entre o ato delitivo praticado e a sanção imposta, tendo sido respeitado o binômio necessidade-suficiência, inclusive no que diz respeito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, haja vista o atendimento dos pressupostos do art. 44 do Código Penal.

VI. Apelação do réu a que se nega provimento.

Numeração única: 0000507-76.2008.4.01.3310

Apelação Criminal 2008.33.10.000507-2/BA

Relator: Desembargador Federal Ney Bello – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* 25/07/2014, p. 1.229

### *Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Redução à condição análoga à de escravo. Condições degradantes de trabalho. Denúncia. Recebimento.*

I. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidiu pela desnecessidade da restrição da liberdade de ir e vir para a configuração do delito de redução à condição análoga à de escravo, bastando as condutas alternativas de submissão a trabalhos forçados ou jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho (INQ 3412).

II. Para a consumação da figura típica de submissão à condição aviltante de trabalho exige-se comprovação de um conjunto de fatores que, associados, demonstrem a degradação da relação trabalhista e a afronta à dignidade do indivíduo.

III. Condições degradantes de habitação, alimentação e sanitárias, além da ausência de equipamentos de proteção individual são circunstâncias que em princípio denotam o crime de redução de trabalhadores à condição análoga à de escravos e dão ensejo à admissão da denúncia.

IV. Recurso em sentido estrito provido.

Recurso em Sentido Estrito 0002953-79.2013.4.01.3600/MT

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado) – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 1º/08/2014, p. 281

### *Penal. Processual Penal. Registrar como seu filho de outrem. CP, art. 242. Lei 6.815/1980, art. 125, inciso XIII. Estatuto do Estrangeiro. Materialidade, autoria e dolo. Comprovação. Dosimetria da pena fixada de forma exacerbada. Redução das penas-base. Regime semiaberto.*

I. Materialidade e autoria plenamente comprovadas pela documentação acostada aos autos.

II. Presença dos elementos componentes do dolo, quais sejam, o *cognitivo*, consistente no conhecimento ato que o agente estava praticando, bem como do elemento *volitivo*, consistente na vontade, no querer praticar a conduta incriminada.

III. Penas-base reduzidas para 3 (três) anos de reclusão quanto ao crime previsto no art. 242 do CP; e para 2 (dois) anos de detenção, quanto ao crime tipificado no art. 125, XIII, Lei 6.815/80.

IV. Mantido o aumento de ambas as penas em 1/6 (um sexto), em razão das circunstâncias agravantes do art. 62, incisos I e II do Código Penal, o que resulta, nas penas definitivas de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, quanto ao crime tipificado no art. 242, *caput*, do Código Penal; e de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, quanto ao crime tipificado no art. 125, inciso XIII, da Lei 6.815/1980.

V. Em observância à regra do concurso material, contida no art. 69 do CPB, somam-se as penas, representando uma condenação à pena restritiva da liberdade de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses, a ser cumprida em regime inicial semiaberto (art. 33, § 2º, *b*, do CP).

VI. Apelação parcialmente provida.

Numeração única: 0000426-08.2004.4.01.3201

Apelação Criminal 2004.32.01.000426-3/AM

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 04/08/2014, p. 83

*Penal e Processual Penal. Crime a bordo de aeronave. Porte, sem autorização, de arma de fogo de uso permitido. Transporte em bagagem despachada. Apreensão em solo, após o desembarque. Incompetência da Justiça Federal.*

I. Hipótese de condenação pelo porte de arma de fogo de uso permitido, mas sem autorização (Lei 10.826/2003 – art. 14), desmuniçada, transportada em bagagem despachada, em aeronave, e apreendida depois do desembarque, em solo. Incompetência da Justiça Federal (STF - RE 463.500).

II. Apesar da literalidade da regra do inciso IX do art. 109 – CF, ao prever que compete aos juízes federais processar e julgar “os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves”, nem todo crime cometido em tais circunstâncias será da competência da Justiça Federal. É indispensável que haja, também, o interesse específico e direto da União, quer como pessoa jurídica de direito público externo (implicação internacional), quer como pessoa jurídica de direito público interno (envolvimento de alienígenas).

III. Não fora esse aspecto, “Se o agente traz consigo a arma desmuniçada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o muniamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal — isto é, como artefato idôneo a produzir disparo — e, por isso, não se realiza a figura típica. (STF - RHC 81057, rel. Min. Ellen Gracie, relator p/ acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 25/05/2004, DJ 29/04/2005.)

IV. Anulação do processo, de ofício. Remessa dos autos à Justiça Criminal do Distrito Federal. Apelação prejudicada.

Numeração única: 0032212-50.2007.4.01.3400

Apelação Criminal 2007.34.00.032353-2/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 04/08/2014, p. 83

*Direito Administrativo sancionador. Unimed de Bragança Paulista. Admissão de profissionais. Cláusula de exclusividade. Infração à ordem econômica. Autuação pelo Cade. Legitimidade.*

I. É verdade que a Constituição estabelece: “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento” (art. 5º, XVIII). Mas esse dispositivo deve ser interpretado em harmonia com o inciso XIII – “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” – e com os princípios da ordem econômica, entre os quais, a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 170, IV e V). De acordo com o art. 173, § 4º, “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

II. Aliás, os serviços de saúde, assim como os de educação, previdência e assistência social, são serviços públicos não privativos, o que os torna sujeitos a controle estatal mais rigoroso que o controle exercido sobre as atividades econômicas *stricto sensu*. De acordo com a Constituição, art. 197, “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle,

devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

III. O caráter de serviço público, embora não privativo (livre à iniciativa privada), significa que a atividade não está sujeita apenas à função social; mais que isso, tem finalidade pública. A forma — prestação por meio de cooperativa — não é apta a descaracterizar essa sua natureza.

IV. A eliminação da regra de exclusividade é consequência do reconhecimento de sua ilegalidade. Não teria sentido anulá-la para todos os efeitos (interesse difuso) e ao mesmo tempo deixá-la permanecer no texto do estatuto.

V. Negativa de provimento à apelação.

Numeração única: 0000596-91.2006.4.01.3400

Apelação Cível 2006.34.00.000599-6/DF

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 09/07/2014, p. 230

*Ação civil Pública. Pretensão de declaração incidental de inconstitucionalidade. Juízo singular. Possibilidade. Usurpação de competência do STF. Inexistência. Processo extinto sem resolução de mérito ao fundamento de que a ACP estaria sendo utilizada como sucedâneo de ADI. Apelação. Provimento. Julgamento de mérito pelo tribunal (art. 515, § 3º, CPC). Inconveniência, no caso.*

I. O Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública objetivando: a) “condenar a Cemig à obrigação de não fazer, consistente na proibição de realizar a suspensão ou ameaça de suspensão do fornecimento de energia elétrica, por falta ou atraso de pagamento de tarifa, para usuários que sejam entidades públicas, ou particulares prestadores de serviços públicos à coletividade”; b) “condenar a Aneel à obrigação de fazer, para que, no exercício do seu poder de polícia sobre os serviços de energia elétrica, passe a fiscalizar, autuar e sancionar a Cemig, sempre que esta promover a suspensão ou a ameaça de suspensão do fornecimento de energia elétrica, por falta ou atraso de pagamento de tarifa, para usuários que sejam entidades públicas ou particulares prestadores de serviços públicos”; c) “condenar a Aneel à obrigação de fazer, para que expeça Resolução adequada à nova situação jurídica, proibindo a suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia para usuários que sejam entidades públicas ou particulares prestadores de serviços públicos”; d) “condenar as Rés, solidariamente, a indenizar o dano moral coletivo causado aos usuários do serviço de energia elétrica, bem como a toda coletividade que tem direito à correta atuação das atividades públicas, em valor não inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em prol do fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85”.

II. Na sentença, entendeu-se que “a ação civil pública não pode, à vista da organização do nosso sistema processual, ser utilizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade”, por isso, foi acatada “a preliminar arguida pelos requeridos” e julgado “extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil”.

III. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local”, pois, “a eficácia *erga omnes* da decisão, na ação civil pública, *ut* art. 16 da Lei 7.347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF” (Reclamação 600-0/190 – São Paulo, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 05/12/2003); “não usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal a declaração incidental de inconstitucionalidade proferida por juiz em ação civil pública” (AG. Reg. na Reclamação 6.449 – Rio Grande do Sul, rel. Min. Eros Grau, julgado em 25/11/2009); “proclamou o Supremo Tribunal Federal não ocorrer usurpação da própria competência quando a inicial da ação civil pública encerra pedido de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo abstrato e autônomo, seguindo-se o relativo à providência buscada jurisdicionalmente” (Reclamação 2.687 – Pará, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 23/09/2004).

IV. A causa envolve relevante questão constitucional, mais exatamente, a necessidade de discutir a constitucionalidade de artigo de lei e de resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica que permitem a interrupção do fornecimento de energia elétrica às entidades públicas, por falta de pagamento. Como na sentença foi extinto o processo sem resolução do mérito, talvez por isso, o Ministério Público Federal e Centrais Elétricas de Minas Gerais – Cemig não se

ocuparam de discutir o mérito, na apelação. Apenas a Aneel o fez. Aliás, o Ministério Público pede expressamente “seja o presente recurso recebido e conhecido, bem como que lhe seja dado o devido provimento, *para reformar a sentença recorrida, a fim de que a presente ação coletiva prossiga regularmente até decisão final com julgamento de mérito*”. Não se pede, como visto, aplicação do referido art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil. No parecer oferecido por ilustre procuradora regional da República também não se discute o mérito da questão. Nessas circunstâncias, ou seja, à falta de maior debate sobre a relevante questão constitucional e à falta de pedido expresso do apelante, não é conveniente que a Turma julgue desde logo o mérito.

V. Provimento à apelação, apenas.

Numeração única: 0004324-06.2003.4.01.3802

Apelação Cível 2003.38.02.004256-8/MG

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 06/08/2014, p. 519

*Processual. Agravo de instrumento. Pedido de ingresso de estrangeiro no Programa Mais Médicos para o Brasil. Requisito não atendido. Estatística da Organização Mundial da Saúde (OMS). Agravo desprovido.*

I. É requisito para ingresso de médicos formados em instituições de educação superior estrangeiras, ou seja, sem habilitação para o exercício da Medicina no Brasil, que “o país de exercício profissional do médico deve apresentar relação estatística médico/habitante com índice igual ou superior a 1,8/1000, conforme Estatística Mundial de Saúde, da Organização Mundial de Saúde, a ser verificado pelo Ministério da Saúde”, conforme disciplina o Edital 39, de 08/07/2013.

II. No caso, o agravante não demonstrou atendimento às exigências previstas no Edital 39, de 08/07/2013, e sequer apresentou a documentação que atesta a sua condição de médico.

III. Agravo de instrumento não provido.

Agravo de Instrumento 0057125-04.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 21/07/2014, p. 18

*Civil e Processual Civil. Ação de reintegração de posse. Descumprimento de contrato vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial, instituído pela Lei 10.188/2001. Pedido de indenização por perdas e danos, consubstanciado nas parcelas vencidas. Possibilidade.*

I. É possível a cumulação de pedido possessório com o de indenização, conforme autoriza o art. 921, inciso I, do Código de Processo Civil (CPC), conforme, inclusive, já decidiu esta Turma (AC 0005959-14.2006.4.01.3900/PA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, *e-DJF1* de 23/05/2014).

II. A Caixa Econômica Federal tem o direito de ser ressarcida, com base no valor que indica nos autos (parcelas vencidas), pelos danos por ela suportados em razão do inadimplemento relativo ao contrato vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial (PAR), conforme previsto no citado ajuste de vontades.

III. Indevido o acréscimo àquele valor das parcelas que se vencerem até a efetiva reintegração de posse, diante da demora do agente financeiro em reintegrar-se na posse do imóvel, quando o oficial de justiça certificou que deixou de citar o arrendatário porque havia cerca de três anos o citando não morava no local. Assim, retroagindo três anos desde a data em que expedida a referida certidão, verifica-se que antes mesmo do ajuizamento da ação tal fato já era de conhecimento do agente financeiro, mormente quando os avisos de cobrança não foram entregues ao seu destinatário pelo mesmo motivo.

IV. Sentença parcialmente reformada.

V. Apelação provida, em parte.

Apelação Cível 0000129-76.2011.4.01.4002/PI

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 1º/08/2014, p. 347

*Constitucional e Processual Civil. Ação civil Pública. Conjunto arquitetônico e paisagístico da cidade de São Luís/MA. Imóvel tombado de propriedade particular com perigo de desabamento. Necessidade de realização de obras emergenciais de restauração e conservação. Corresponsabilidade do Poder Público. Arts. 19 do DL 25/1937 e 216, § 1º, da CF/1988. Sentença mantida.*

I. Se o particular, proprietário do imóvel tombado, não dispõe de recursos financeiros para realização das obras de conservação, cabe ao Poder Público, na qualidade de corresponsável solidário, a obrigação de realizá-las, através do Iphan, de modo a dar eficiência ao comando inscrito no art. 216 da Constituição Federal, conjugado com o disposto no art. 19 do Decreto-Lei 25/1937.

II. “O § 1º do art. 216 da CF/1988 estabelece que ‘O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação’. Ora, se o Poder Público, diante das circunstâncias concretas da lide, não pudesse adotar as medidas consignadas na sentença recorrida, tal omissão esvaziaria a eficácia do mencionado dispositivo constitucional e deixaria um flanco aberto para toda sorte de vulneração ao postulado fundamental de preservação do patrimônio histórico e cultural do país.” Precedente: 0042709-97.2001.4.01.3800 AC 2001.38.00.042815-2/MG; apelação Cível, rel. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia, órgão 4ª Turma Suplementar, publicação 21/09/2011 e-DJF1 p. 565, data decisão 30/08/2011

III. Remessa oficial a que se nega provimento.

Numeração única: 0002514-16.2000.4.01.3700

Reexame Necessário. 2000.37.00.002561-2/MA

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques – 6ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 1º/08/2014, p. 327

*Processual Civil e Administrativo. Uso indevido das expressões conselho federal e academia federal por entidade privada de formação de detetives particulares. Profissão não regulamentada.*

I. Preliminares rechaçadas. *Não corrência de litisconsórcio.* A representação de colegiado é do seu presidente e não de toda a diretoria da entidade. No ponto, não há que se cogitar em litisconsórcio. A alteração superveniente da presidência não invalida os atos anteriores e legitimamente praticados. A estabilização subjetiva da lide (art. 264 do Código de Processo Civil) não permite que tal circunstância fática altere o polo passivo da ação. Além do mais, “em consulta a Rede Infoseg, tem-se que o Sr. Raimundo Nonato continua como responsável pela Confedepar” (fl. 246). *Inépcia da inicial inexistente.* Requisitos da inicial presentes.

II. Os nomes que foram dados aos réus — *Conselho Federal das Escolas de Formação de Detetives Profissionais Particulares do Brasil — Confedepar e Academia Federal de Detetives Profissionais S/S Ltda* — denotam inegavelmente divulgação inverídica. Deveras, não obstante tais entidades serem pessoas jurídicas de direito privado, os seus nomes induzem terceiros a pensar que se trata de entes públicos, à semelhança do que ocorre com os conselhos profissionais ou mesmo com as academias de polícia. Trata-se realmente de propaganda enganosa, prevista no art. 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

III. Como bem destaca o Ministério Público Federal, “a atividade de detetive particular não é regulamentada por lei, assim inexistindo lei que regulamente a referida profissão, e muito menos a criação do respectivo órgão de fiscalização, a Confedepar jamais poderia ter ostentado a posição de conselho de fiscalização profissional utilizando-se da denominação Conselho Federal, que é de uso exclusivo das autarquias representativas de classe”.

IV. Apelação não provida. Sentença mantida.

Numeração única: 0002687-07.2009.4.01.3900

Apelação Cível 2009.39.00.002688-1/PA

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 11/07/2014, p. 580



*Processual Civil e Administrativo. Ação ordinária. Importação de pneus da China. Dumping. Margem de dumping (art. 11 do Decreto 1.602/1995). Direito antidumping: apuração caso a caso — valor de direito antidumping superior à margem de dumping: impossibilidade (art. 45, parágrafo único, do Decreto 1.602/1995).*

I. Os direitos *antidumping* deverão ser calculados em relação ao dano que a importação causa às empresas nacionais que produzem bens iguais para venda no mercado interno, mediante a apuração da diferença do valor normal desses bens no mercado interno e o valor da importação dos produtos (incluindo o frete, Imposto de Importação, taxa para a Marinha Mercantil e o custo com internação dos produtos).

II. A legislação de regência sobre os procedimentos sobre *dumping* (Lei 9.019/1995; Decreto 1.602/1995 e Decreto 1.448/1995) explicita que o valor do direito *antidumping* deve ser “suficiente para sanar dano ou ameaça de dano à indústria doméstica” (art. 1º da Lei 9.019/1995), não excedendo o valor do direito *antidumping* “a margem de *dumping*” (art. 42, parágrafo único, do Decreto 1.602/1995).

III. Se o preço dos pneus importados da China variou de US\$ 3,36/Kg a US\$ 4,27/Kg, e aplicando-se o disposto no art. 12, II, do Decreto 1.602/1995, e a conclusão do Departamento de Defesa Comercial (Decom), de que o preço normal dos pneus vendidos no Brasil é US\$ 5,00/Kg, o maior valor referente ao *antidumping* deveria ser de US\$ 1,63/Kg, restando excessivo o valor de US\$ 2,59/Kg exigido pelo Decom, porque, a vista d’olhos, é superior à margem de *dumping* (US\$ 1,63/Kg), infringindo a regra do art. 42 do referido Decreto.

IV. O Poder Judiciário ordenar que a Secex aplique os dispositivos da legislação de regência sobre *dumping* não implica em substituição desse órgão pelo Poder Judiciário, pois se está adequando as conclusões do órgão fiscalizador com a legislação de regência.

V. Havendo manifestação da própria consultoria jurídica junto ao Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), admitindo que “a regra geral é o cálculo de margem de *dumping* por empresa fabricante/exportadora”, conclui-se que a regra geral é calcular a margem de *dumping* caso a caso, sempre que possível calcular a margem, como no caso, em que a autora traz DI’s com o valor da mercadoria importada minuciosamente discriminado, bastando mera utilização de cálculos aritméticos para chegar aos valores referentes às alíquotas *antidumping* para o caso específico.

VI. Apelação provida: pedido procedente.

VII. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 24 de junho de 2014, para publicação do acórdão.

Apelação Cível 0034374-13.2010.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado) – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 11/07/2014, p. 583

*Tributário. Imposto de Renda. Cessão de direitos relativa a precatório decorrente de ação trabalhista movida contra o Governo do Distrito Federal. Alegado deságio. Ocorrência do fato gerador. Ganho de capital. Quitação do precatório. Incidência lúdima. Sentença mantida.*

I. “A venda de precatório com deságio submete-se à previsão legal de ocorrência de fato gerador do imposto de renda, quando houver ganho de capital, nos termos do art. 51 da Lei 7.450/1985 e dos arts. 798, 799, 802, 809, 812 e 816 do RIR.” Cf.: AC 0033470-03.2004.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, rel. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado), Oitava Turma, e-DJF1, p. 981, de 22/06/2012.

II. Nos termos do art. 43 do Código Tributário Nacional, o fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica da renda.

III. No caso dos autos, concretizada a cessão do direito de crédito decorrente de precatório judicial trabalhista, o Imposto de Renda a ser recolhido em momento futuro, quando for pago o precatório, não pode ser utilizado pela alienante para o fim de compensação no ajuste anual do tributo, tendo em vista ter deixado de ser sujeito passivo daquele crédito.

IV. Sentença mantida.

V. Apelação desprovida.

Numeração única: 0044108-90.2007.4.01.3400  
Apelação Cível 2007.34.00.044443-2/DF  
Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado – 7ª Turma  
Publicação: *e-DJF1* de 18/07/2014, p. 533

*Direito Civil e Tributário. Mandado de segurança. Remessa ao exterior de rendimentos decorrentes da exploração de obras audiovisuais no território nacional. Art. 2º da Lei 8.685/1993 e art. 703 do Decreto 3.000/1999. Especialidade.*

I. Incide a alíquota de vinte e cinco por cento do Imposto de Renda prevista no art. 2º da Lei 8.685/1993 — que alterou o art. 13 do Decreto-Lei 1.089/1970 — e no art. 706 do Decreto 3.000/1999 sobre as importâncias remetidas ao exterior em decorrência da exploração de obras audiovisuais.

II. A existência de regramento específico relacionado à exploração de obras audiovisuais impede a aplicação da alíquota de quinze por cento estabelecida no art. 28 da Lei 9.249/1995.

III. Remessa oficial a que se dá provimento. Segurança denegada.

Numeração única: 0004544-93.2005.4.01.3200  
Reexame Necessário 2005.32.00.004556-3/AM  
Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma  
Publicação: *e-DJF1* de 18/07/2014, p. 606

*Administrativo. Mandado de segurança. Ordem dos Advogados do Brasil. Atuação de advogado como conciliador no âmbito do Juizado Especial. Impedimento restrito ao patrocínio de causas no local de atuação.*

I. As hipóteses de incompatibilidade com o exercício da advocacia previstas no art. 28 do Estatuto da OAB não alcançam o bacharel em Direito que atua como conciliador no âmbito do Juizado Especial e não ocupa cargo ou função públicas, que nessa condição, somente está impedido do patrocínio de causas nesse local. Aplicação analógica da regra constante do § 1º do art. 7º da Lei 9.099/1995. Precedente do STJ.

II. Remessa oficial a que se nega provimento.

Numeração única: 0001608-54.2008.4.01.3600  
Reexame Necessário 2008.36.00.001608-9/MT  
Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma  
Publicação: *e-DJF1* de 11/07/2014, p. 742



- ★ 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.

